REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXIII
PRIMERA PARTE

ABRIL - MAYO - JUNIO

1991

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

SEGUNDO TRIMESTRE DE 1991



Presidenta
Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente
Rodrigo Vieira Puerta
(reemplazado por el Dr. Carlos Ramírez Arcila
a partir del 1º de junio de 1991)
Miguel González Rodríguez
Jaime Mossos Guarnizo
(reemplazado por el Dr. Ernesto Rafael Ariza
a partir del 24 de junio de 1991)

SECRETARIO
Víctor M. Villaquirán M.

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas,
Presidenta
Clara Forero de Castro
Joaquín Barreto Ruiz
Reynaldo Arciniégas Baedecker
Alvaro Lecompte Luna
Diego Younes Moreno

SECRETARIA
Eneida Wadnipar Ramos

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo,
Presidente
Carlos Ramírez Arcila
(reemplazado por el Dr. Daniel Suárez Hernández
a partir del 1º de junio de 1991)
Julio César Uribe Acosta
Policarpo Castillo Dávila
(reemplazado por el Dr. Juan De Dios Montes Hernández
a partir de 3 de mayo de 1991)

SECRETARIA
Ruth Stella Correa Palacio

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate,
Presidente
Guillermo Chahín Lizcano
Carmelo Martínez Conn
Consuelo Sarria Olcos

SECRETARIO
Jorge A. Torrado Torrado

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez,
Presidente
Jorge Penén Deltieure
Miguel González Rodríguez
(reemplazado por la Dra. Clara González de Barliza
a partir del 18 de febrero de 1991)
José Joaquín Camacho Pardo

SECRETARIO
Octavio Galido Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Javier Henao Hidrón,
Presidente
Jaime Betancur Cuartas
Jaime Paredes Tamayo
Humberto Mora Osejo

SECRETARIA
Elizabeth Castro Reyes

FISCALIAS

1a. Libia Zuluaga Uribe
2a. Edne Cohen Daza
3a. Jaime Ossa Arbeláez
4a. Jairo Maya Betancourt
5a. María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Margarita Olaya de Obando
7a. Mirén De La Lombana de Magyaroff
8a. María Stella Peña de Méndez
9a. Inés Hurtado Cubides
10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Sonia Mireya Pineda
Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

Impreso en Editorial Colombia Nueva Ltda. — Santafé de Bogotá, D.C.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CONTRATO ADICIONAL/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento/CONSTITUCION DE GARANTIAS/CONTRATO DE SEGURO

Al celebrarse por primera vez el contrato se le exige al contratista la constitución de garantías, mientras que tratándose de simples adiciones del plazo, el estatuto habla de "prórroga de garantías", bajo el supuesto de que ya existían unas y solamente deben prorrogarse por el nuevo plazo convenido. Concretamente en el caso de garantías mediante seguros, es preciso considerar que tanto los elementos constitutivos y las formalidades no son iguales para la contratación inicial como para su prórroga o renovación. Un elemental conocimiento de la regulación del contrato de seguro indica que el principio de unidad del mismo redunda en que los anexos necesariamente se refieren a la póliza a que acceden. La Sección incurrió en una indebida aplicación del art. 39 del D. L. 150/76.

CADUCIDAD DEL CONTRATO/ TERMINO LEGAL

El vencimiento de un término es a la medianoche del último día concedido y cualquier momento anterior a éste es válido para que la administración ejerza la facultad de declarar caducado un contrato. En parte alguna la ley ha señalado un lapso de horas o de días previo para ejercer tal prerrogativa, la cual dura tanto como dura el contrato. Por pertenecer la caducidad al contrato, dura para la administración el mismo término de éste, la prerrogativa de dejarlo terminar por el natural transcurso del tiempo o declararlo caducado según las conveniencias públicas.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION- Técnica/LEY SUSTANCIAL

Por principio, no puede tomarse el incumplimiento de una cláusula contractual como equivalente a la violación de la ley sustancial. Y en el supuesto de que la cláusula reproduzca o disponga igual cosa que una norma legal, podrá hablarse de violación de esa norma más no de la cláusula contractual que en tal caso además, sería indirecta pero no directa como se exige para el recurso extraordinario de anulación.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo.- Bogotá, D. E., veintidos (22) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. R-067. Actor: Acoplar Limitada
Recurso de Anulación - Fallo.

Se procede a decidir el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado judicial del FONDO VIAL NACIONAL contra la sentencia del 8 de agosto de 1985 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación en el juicio No. 3158 mediante la cual decretó la anulación de la Resolución expedida por el Ministerio de Obras Públicas que declaró la caducidad del Contrato No. 419-77 y sus adicionales celebrado entre el Fondo Vial Nacional y ACOPLAR Ltda. y ordenó hacer efectivas la cláusula penal pecuniaria y las garantías pactadas.

ALGUNOS ANTECEDENTES

Tuvo por objeto dicho contrato la reconstrucción, rectificación y pavimentación del sector final de la carretera Villavicencio-Puerto López (29.6 Kms. desde Pachaquiaro al río Metica). Mediante contrato adicional No. 501 del 18 de octubre de 1979 se convino un nuevo programa de trabajo e inversiones, se amplió la vigencia de las fianzas y se fijó como término el 22 de julio de 1980. Llegado ese día, por nuevo contrato adicional No. 320 de 1980 se prorrogó el plazo hasta el 22 de agosto de ese mismo año, fecha en la cual el Ministerio expidió la Resolución 8155 mediante la cual se declaró la caducidad del contrato 419-77 y sus adicionales y adoptó las medidas consecuenciales de ordenar hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y las garantías pactadas con Seguros Universal según las Pólizas Nos. 063/7338 de octubre 14/77 y 7405 de 1979 y anexo No. 4813 de julio 29 de 1980. Estas fueron las disposiciones que anuló la Sección Tercera en la sentencia impugnada (la relativa a la efectividad de la multa previamente impuesta por incumplimiento del contrato mediante Resolución No. 5948 de 1980 y confirmada por la No. 7341, no fué objeto de demanda).

Hay constancia sobre el posterior desarrollo de los hechos en el sentido de que la compañía garante (Seguros Universal) se subrogó en el contrato (con la colaboración de Acoplar Ltda. lo que le hizo merecer una reducción del 50% de la cláusula penal pecuniaria -Resolución 3547 mayo 5/81); como consecuencia de tal subrogación se subcontrató con la firma INEXPA, Ltda., la cual continuó la ejecución de las obras.

Para los fines de este recurso se destaca que el fallador de instancia fundó en gran parte su decisión anulatoria en la consideración de que la caducidad se decretó el mismo día (22 de agosto de 1980) en que venció el último plazo concedido al contratista, a más de que no consideró perfeccionada la última prórroga (contrato No. 320-80) pues la aprobación de las pólizas fué posterior, contrariando así lo dispuesto por el art. 39 del Decreto 150 de 1976, según el siguiente discurso de la sentencia:

"D. Como quiera que la caducidad administrativa de un contrato es la terminación ANTICIPADA del mismo, por decisión unilateral de la administración, resulta entonces que ella solo puede declararse durante la vigencia del mismo, o sea antes de su expiración. Cuando el contrato se extingue en forma natural, cumplido o incumplido, por la llegada del día previsto para su terminación, no es posible hablar de caducidad en la misma fecha, se repite, tiene cabida es ANTES, y no coetáneamente, a la llegada del día convenido para su terminación normal.

. . . . . ."

y más adelante agregó:

"E. En el caso **sub-judice**, la Resolución No. 8155 que declaró "la caducidad administrativa del contrato 419-77 y sus adicionales" se expidió el 22 de agosto de 1980, es decir, el mismo día en que **venció** (según la propia motivación del acto acusado) el último plazo concedido al contratista para la ejecución de la obra; luego resulta claro que para ese día ya no era legalmente posible declarar la caducidad o terminación **anticipada** del contrato mencionado, porque justamente ese era el día previsto para su terminación natural. Y como quiera que la declaratoria de caducidad contenida en la resolución acusada resulta extemporánea debe declararse la nulidad de ese acto administrativo.

"Para el efecto de decidir sobre la extemporaneidad de la Resolución de caducidad, es innecesario resolver si para tal día estaba o no perfeccionada la prórroga acordada en el contrato 320-80 (fls. 72 a 74 C. 1), porque aún reconociéndole plenos efectos a esta adición del plazo, para el día en que decretó la caducidad, ya no era posible hacerlo, porque para entonces no podía decretarse la terminación **anticipada** del contrato; luego con mayor razón sería extemporáneo el ejercicio de esa facultad, si la prórroga acordada en el contrato 320-80 no estuviera vigente en tal fecha.

"La Sala considera pertinente precisar que la prórroga de que habla el contrato 320-80 no tiene eficacia legal ninguna, porque para ello era necesario que su perfeccionamiento ocurriera cuando aún estaba vigente el contrato cuya vida jurídica se pretendía mantener. Pero terminado el contrato, por vencimiento del término previsto, no es legalmente posible revivirlo a **posteriori** so pretexto de **'prorrogarlo'.**

"En el caso **sub-judice**, el veintidos (22) de julio de 1980 no estaba aún perfeccionada la prórroga de que habla el contrato 320-80, pues obsérvese que la aprobación de las pólizas (fl. 78 C. 1) y aún su expedición por la aseguradora (fl. 79 y ss. C. 1.), fueron posteriores a tal fecha que era la convenida por las partes para la terminación del contrato 419-77 y su adicional 501-79, que es el que se acaba de citar.

"Según el artículo 39 del Decreto 150 de 1979, los contratos que no requieren revisión del Consejo de Estado, ni registro presupuestal, como cuando simplemente se adiciona el plazo, quedan perfeccionados" con la aprobación de las fianzas" correspondientes. Pero las partes pueden convenir otros requisitos para hacer más exigente ese perfeccionamiento, conforme a sus propios intereses, respetando en todo caso el mínimo de solemnidades ordenadas por la Ley. En tal forma debe entenderse la expresión con la que comenzó el texto del citado artículo 39 cuando dice: "Salvo disposición en contrario.....". De modo que el contrato 320-80 no produjo efecto legal alguno porque se refería a un contrato extinguido, y por lo tanto imposible de prorrogar".

EL RECURSO DE ANULACION

En aras a la brevedad se acoge el resumen de la presentación de los cargos contra la sentencia enjuiciada que consignó la señora Fiscal 2a. así:

"**Primer cargo:** La sentencia es violatoria del artículo 1602 del C. C. por haber ignorado la recta aplicación de la cláusula de caducidad pactada; haciendo consistir la violación alegada en las siguientes razones:

"1.- En cuanto el contrato no fué materia de un análisis lógico jurídico completo, razón que llevó al Consejo a considerar erróneamente como una obligación para el Fondo Vial nacional, lo dispuesto en la cláusula décima segunda del contrato 419 de 1977 relativa a la posibilidad de otorgar anticipos a la contratante, por la circunstancia de haber dictado la Resolución No. 11121 de 22 de noviembre de 1977, por medio de la cual se otorgó un anticipo posiblemente necesario pero no obligatorio con base en la cláusula potestativa ya mencionada, lo cual también constituye otra violación del art. 1602 del C. C.

"2.- También se violó el art. 1602 del C. C. por cuanto al decretarse la

nulidad de las Resoluciones Nos. 8155 y 9969 de 1980 que declararon la caducidad, se desconoció lo acordado por las partes en el contrato respecto del derecho de la garante Seguros Universal S.A. para subrogarse en los derechos y obligaciones derivadas del contrato en cuanto la subrogación no fué demandada en el proceso pero como en consecuencia de la nulidad puede considerarse afectada directamente.

"3.- También se violó el artículo 1602 del C. C. por la interpretación dada a las cláusulas vigésima quinta y vigésima octava del contrato por tratar de su liquidación en cuanto ella se efectuaría con Acoplar Ltda. si no se hubiera producido la subrogación en la firma Seguros Universal, pero como sí se produjo, entonces la obligación de liquidar el contrato seguía vigente, pero no con la firma Acoplar si no con la subrogataria, esto es con la Compañía de Seguros Universal y la liquidación se llevaría a cabo cuando el contrato suscrito con el Fondo Vial Nacional y la sociedad Acoplar Ltda., subrogado en Seguros Universal terminaría definitivamente.

"Al declararse la caducidad del contrato y suscrita la subrogación, no era procedente la liquidación contractual porque a pesar de la declaratoria de caducidad, el contrato continuaba su curso, ya no con el contratista sino con la garante subrogataria, y la obra también continuaba su curso hasta que se cumpliera el objeto contractual o se venciera el plazo para su ejecución, y luego sí, proceder a su liquidación.

"El desconocimiento de la subrogación para efectos de la liquidación del contrato no se compagina con la afirmación de que sí existió la subcontratación celebrada entre la Compañía Aseguradora subrogataria y la firma Ingeniería Explanación y Pavimentos Ltda. Inexpra, tal como la sentencia admite.

"**Segundo cargo:** La sentencia violó directamente el artículo 45 del Decreto 150 de 1976, porque consideró que el contrato 320 de 1980 no tuvo eficacia legal, en cuanto no se perfeccionó durante la vigencia del contrato 419 de 1977 y su adicional 501 de 1979.

"El recurrente afirma que esta apreciación no es cierta, porque el contrato No. 501 de 1979 amplió el plazo del contrato principal -419 de 1977- hasta el 22 de julio de 1980, en esta misma fecha, estando legalmente vigente la contratación entre las partes, se firmó entre el Fondo Vial Nacional y Acoplar Ltda. el contrato No. 320 ampliando el plazo hasta el 22 de agosto de 1980, lo cual demuestra que los contratos 419 de 1977 y 501 de 1979 tenían existencia jurídica hasta las 12 de la noche del 22 de julio de 1980.

El artículo 45 del Decreto-Ley 150 de 1976, exige para los contratos adicionales relacionados con la ampliación del plazo y respecto de su

perfeccionamiento únicamente la firma del jefe de la Entidad contratante y la prórroga de las garantías. En el contrato adicional 320/80, no sólo firmó el Jefe de la Entidad contratante sino también el Contratista, expresándose con este acto uno de los elementos esenciales del contrato, en cuanto se refiere a la prórroga de las garantías, considera que es un elemento accidental o adjetivo, por cuanto su trámite solamente tiene lugar con posterioridad al acuerdo de voluntades.

"La sentencia recurrida aplicó el artículo 39 del Decreto 150 de 1976 para hablar de perfeccionamiento de los contratos, pero cuando se trata de contratos adicionales la norma aplicable es la contenida en el artículo 45 del mismo decreto.

"Tercer cargo: La sentencia viola directamente el artículo 59 de la Ley 4a. de 1913 (C.R.P.M.), por cuanto ella sostuvo que si la caducidad es la terminación anticipada de un contrato, ella tan solo puede darse durante la vigencia del mismo, no siendo posible hablar de caducidad en la misma fecha, porque este fenómeno tiene cabida es antes y no coetáneamente a la llegada del día convenido para su terminación normal.

"Esta apreciación desconoce la existencia del artículo 59 de la Ley 4a. de 1913 que establece que los plazos como el contractual vencen a la media-noche del último día del plazo fijado, luego el plazo contractual vencía el 22 de agosto de 1980, según lo estipulado en el subcontrato adicional No. 320 del mismo año estaba vigente hasta la media noche del 22 de agosto de 1980 y la Resolución No. 8155 de esa misma fecha que declaró la caducidad se dictó en tiempo y no después del vencimiento del contrato.

"Cuarto cargo: La sentencia viola directamente los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 150 de 1976, en cuanto en la cláusula vigésima quinta del contrato No. 419 de 1977, se pactó la caducidad conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del Decreto 150 de 1976.

"A causa de la incapacidad del contratista, el Fondo Vial Nacional, se vió en la obligación de declarar la caducidad administrativa, los motivos que tuvo el Fondo están debidamente demostrados en las Resoluciones Nos. 8155 de agosto 22 y 9969 del mismo año y con los documentos atinentes a la declaración de caducidad".

CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Segunda no duda de la vigencia del contrato 320/80 cuando el 22 de agosto/80 se expidió la Resolución 8155 de caducidad, por haber sido aprobadas las pólizas respectivas el día 20 de agosto y estando dentro de la vigencia del contrato eran válidas ya que la norma no exige que se presenten a

la firma de la adición según lo dispuesto por el art. 45 del Decreto 150/76 que era el aplicable y no el 39 como lo hizo la sentencia.

De ahí deduce que estando vigente el contrato el día 22 de agosto, la resolución dictada ese mismo día no fué inoportuna o extemporánea dado que la cláusula de caducidad exige para su efectividad que sea declarada dentro de la vigencia del plazo contractual.

No comparte la distinguida Fiscal los planteamientos del recurrente sobre violación del art. 1602 del Código Civil no sólo por no demostrarse su violación sino por la errónea formulación del cargo a través de las cláusulas contractuales y su prueba.

Con base en la aceptación de los cargos mencionados sobre oportunidad de la resolución de caducidad, es de opinión que sea anulada la sentencia y proceder conforme al art. 4o. lit. a) del Decreto 3825/85, "para dictar sentencia que sustituya el fallo anulado".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Primer cargo.-

Cierto es que el artículo 1602 del Código Civil estatuye que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, pero esta disposición no puede interpretarse extensivamente en el sentido de que todas y cada una de las cláusulas de un contrato adquieren para ello el carácter de "ley sustancial" con el sentido y alcance que la jurisprudencia de esta Corporación le ha dado a dicha expresión utilizada por el art. 197 del C. C. A. al establecer la única causal admisible en el recurso extraordinario de anulación.

Por principio, no puede tomarse el incumplimiento de una cláusula contractual como equivalente a la violación de la ley sustancial. Y en el supuesto de que la cláusula reproduzca o disponga igual cosa que una norma legal, podrá hablarse de violación de esa norma mas no de la cláusula contractual que en tal caso además, sería indirecta pero no directa como se exige para el recurso extraordinario.

Sirve, lo anterior para desestimar el cargo en la forma como fué planteado bajo la consideración del desconocimiento por parte del Consejo de la facultad del Ministerio de declarar la caducidad legalmente pactada en el contrato, así como la posibilidad de otorgar anticipos y la de subrogar el contrato como efectivamente su subrogó, todas ellas previsiones del contrato cuya errónea o incompleta interpretación hecha en la sentencia no configuran violación directa del art. 1602 del C. C. aún considerándolo como ley sustancial.

No obstante, para la Sala no deja de llamar la atención la inconsecuente

posición de Acoplar Ltda. frente a la subrogación del contrato pues si en ella colaboró con la Compañía de Seguros garante, mereciéndole inclusive una rebaja del 50% de la cláusula penal, mal podía simultáneamente, ante el Consejo, alegar la invalidez de la prórroga al 22 de agosto.

Si el contrato no había sido prorrogado, como lo sostuvo en la demanda ante la jurisdicción, no cabía la subrogación del contrato a favor de la Compañía de Seguros y si ésta, a su turno, la solicitó y obtuvo, asumiendo las respectivas obligaciones, fué sobre la base de la existencia del contrato, válidamente prorrogado. De lo contrario, también la Aseguradora lo hubiera desconocido o hubiera alegado que no estaba obligada a responder por obligaciones del contrato.

La subrogación en la Cía de Seguros y la subcontratación en una nueva empresa (Inexpra) produjo, ciertamente, obvias consecuencias no sólo en la liquidación del contrato (que debía hacerse con esta última) sino en la interpretación del contrato y de la actuación administrativa.

Es razonable estimar que el desconocimiento de este y otros factores o su errada interpretación, condujo a la conclusión adoptada en el fallo, pero éste no puede ser anulado por la vía del recurso extraordinario que se atiende, con el argumento central de violación del artículo 1602 del Código Civil en cuanto dispone que el contrato es ley para los contratantes.

Segundo cargo.-

El artículo 45 del Decreto 150/76, norma indicada como violada por falta de aplicación, se refiere a las formalidades que debían cumplir los contratos adicionales con el criterio de ser mas sencillas o expeditas que las exigidas (por el art. 39) para el perfeccionamiento inicial de los contratos. Después de establecer pautas para los adicionales que impliquen cambio del valor inicial, de lo cual no se trataba en este caso, expresa que "las relacionadas con el plazo sólo requerirán firma del jefe de la entidad contratante y prórroga de las garantías".

Con relación al aspecto de las garantías, que es el punto central de la controversia, la diferencia de esta norma con el artículo 39 del mismo estatuto, en el cual se apoyó la Sección Tercera, estriba en que éste, al regular los requisitos para el perfeccionamiento de los contratos (se entiende el inicial) establece que "..... los contratos que celebre la Nación se entienden perfeccionados. ..... con la aprobación de las fianzas que se constituyan conforme al presente Estatuto....."

La diferencia es obvia y obedece a la realidad de los negocios: al celebrarse por primera vez el contrato se le exige al contratista la constitución de garantías, lo cual debe quedar hecho antes en debida forma y por ello el estatuto condiciona

el perfeccionamiento del contrato a "la aprobación de las fianzas" o sea, a la verificación previa y conformidad expresa de la Administración. Mientras que tratándose de simples adiciones del plazo, el estatuto habla de "prórroga de garantías", bajo el supuesto de que ya existían unas y solamente deben prorrogarse por el nuevo plazo convenido.

Y, concretamente en el caso de garantías mediante seguros, es preciso considerar que obviamente tanto los elementos constitutivos y las formalidades no son iguales para la contratación inicial como para su prórroga o renovación. Un elemental conocimiento de la regulación del contrato de Seguro indica que el principio de unidad del mismo —redunda en que los anexos necesariamente se refieren a la póliza a que acceden.

De tal suerte que cuando un acto administrativo como la Resolución 8155 (página 18 de la sentencia) que declaró la caducidad y ordenó hacer efectiva la garantía del cumplimiento del contrato principal 419 de 1977 y sus adicionales 501-79 y 320-80, mencionó como tales garantías las Pólizas Nos. 063/7338 de octubre 14/77 y 063/7405 de 1979 y el "anexo" No. 4813 de julio 29 de 1980, de Seguros Universal S.A.", esta última identificación como "anexo" de por sí indicaba que se trataba del mismo contrato de seguros (Póliza 063/7338) que en su oportunidad debió ser aprobada cuando se celebró el contrato 419 en el año de 1977 y que el citado "anexo" estaba vinculado necesariamente a la modificación del plazo concertada mediante el contrato 320-80.

Por razón del objeto del contrato adicional 320-80 de prórroga del plazo del contrato por un mes, no era aplicable la exigencia del artículo 39 del Decreto 150/76 relativa a la "aprobación de fianzas", sino el de la "prórroga de las garantías" que consagra el artículo 45 como formalidad de los contratos adicionales y era evidente que ésto se cumplió con la presentación del anexo a la Póliza.

Por tal motivo, resulta claro que la Sección incurrió en una indebida aplicación del art. 39 y simultáneamente en una falta de aplicación del 45, como norma pertinente.

Por otra parte, cuando el art. 39 establece los requisitos necesarios para el perfeccionamiento de los contratos y se inicia diciendo que. . . . . "salvo disposición en contrario. . . . . ." se refiere a disposiciones legales, mas no a las simplemente contractuales, las cuales, por lo demás, no pueden establecer condiciones para el perfeccionamiento o validez, distintas a las de ley y menos aún con un valor tal, que su incumplimiento genere nulidad del contrato.

La incidencia de este aspecto en el sentido del fallo fué capital, puesto que fué uno de los puntos en que se apoyó para considerar extemporánea la resolución de caducidad. El otro punto constituye el siguiente cargo.

Tercer cargo.-

Consiste en la violación directa del artículo 59 de la Ley 4a. de 1913 (C.R.P.M. - artículo 67 del C. C.) en cuanto ordena que "todos los plazos de días, meses o años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la media noche del último día del plazo", regla ésta que se aplica. . . . . ."a cualesquiera plazos o términos prescritos en las leyes o en los actos de las autoridades nacionales. . . . . ".

La sentencia acusada consideró que la resolución que decretó la caducidad del contrato era extemporánea por haberse expedido el 22 de agosto de 1980, es decir, el mismo día en que venció el último plazo concedido al contratista para la ejecución de la obra, cuando ya no era posible declarar la caducidad o terminación "anticipada" del contrato mencionado.

No se requiere mayor esfuerzo para precisar que, si conforme al análisis mismo del fallo, el último día del plazo concedido era el 22 de agosto, vencía a la media noche de este último día y cualquier momento **anterior** a éste era válido para que la Administración ejerciera la facultad de declararlo caducado. En parte alguna la ley ha señalado un lapso de horas o de días previo para ejercer tal prerrogativa, la cual dura tanto como dura el contrato.

La caducidad es una cláusula connatural a los contratos administrativos, tanto que se entiende pactada aunque no se consigne expresamente y tanto que ha servido a algunos para distinguir e identificar a los contratos administrativos. Por ello al pertenecer al contrato dura para la Administración el mismo término de éste; hasta el final del plazo o término pactado del contrato, forma parte de las prerrogativas gubernamentales dejarlo terminar por el natural transcurso del tiempo o declararlo caducado según las conveniencias públicas.

En consecuencia, prospera el cargo.

Cuarto cargo.-

Radica en la violación por parte de la sentencia de los artículos 49, 50 y 51 del Decreto 150 de 1976 que, como se recuerda, establecían las causales para decretar la caducidad (dentro de la cual se encuentra el incumplimiento del contratista que fué alegada por el Ministerio), los efectos de la caducidad y la forma como debía decretarse y los recursos procedentes.

Afirma el recurrente que la actitud del Consejo al anular las resoluciones relativas a la caducidad, es violatoria de los citados artículos porque tales actos habían sido dictados oportunamente y con base en normas legales imperativas.

Así concebido el cargo en más un alegato de instancia que uno propio del

recurso extraordinario de anulación. Además de referirse a la controversia sobre la legalidad de las resoluciones ministeriales, objeto propio de la acción relativa a contratos, implica el examen y valoración de las pruebas, ambos campos ajenos al recurso extraordinario de anulación.

Por ello no es atendible este cargo.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se concluye que por prosperar los cargos segundo y tercero procede declarar la nulidad de la sentencia.

Dispone el artículo 4o. del Decreto 3825 de 1985 en el inciso final del literal a) que, si el recurso prospera, la Sala ordenará en la misma sentencia, siempre que ello fuere necesario, la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que deba sustituir la anulada y así se dispondrá.

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

FALLA

1o.- Declárese la nulidad de la sentencia dictada por la Sección Tercera de esta Corporación el 8 de agosto de 1985 en el juicio No. 3158 promovido por ACOPLAR LIMITADA contra el FONDO VIAL NACIONAL.

2o.- Ordénase la reconstrucción del proceso a efecto de dictar la sentencia que deba sustituir la anulada.

3o. Levántase la caución otorgada por el Fondo Vial Nacional para efectos de este recurso (Póliza Judicial No. 164392 - Seguros del Estado).

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase a la Sección de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en Sesión del 26 de febrero de 1991 y 12 de marzo.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castillo Dávila, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn*, con aclaración de

voto, *Jaime Mossos Guarnizo,* ausente, *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila,* ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION - Técnica (Aclaración de Voto).

La acusación por los cargos que se formulan en la demanda implican el estudio de la cuestión probatoria, de lo cual deriva que la anulación de la ley ya no sería en forma directa, sino indirecta por errada interpretación de las pruebas del proceso, aunque el recurrente para hacer viable la acusación, diga que formula el cargo por violación directa de la ley sustantiva.

Aclaración de Voto del Doctor Carmelo Martínez Conn - Consejero de Estado.

Bogotá, D.E., abril dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. R-067. Actor: Acoplar.

La razón de mi disentimiento del fallo que acogió la ilustrada mayoría de la Sala, es la que permite exponer a continuación con todo respeto.

Como es sabido, el recurso extraordinario de Anulación mientras estuvo vigente, de conformidad con el texto del texto del artículo 197 del Código Contencioso Administrativo (decreto Extraordinario 01 de enero 2 de 1,984), sólo era viable por "violación directa de la Constitución Política o de la Ley Sustantiva", lo cual excluye el derecho la consideración de cualquier error de hecho o de derecho, en la aprobación de las pruebas, hecha por el Tribunal en la sentencia cuya anulación se pide.-

Sin embargo, la acusación por los cargos que se formulan en la demanda implican el estudio de la cuestión probatoria, de lo cual deriva que la anulación de la ley ya no sería en forma directa, sino indirecta por errada interpretación de las pruebas del proceso, aunque el recurrente para hacer viable la acusación,

diga que formula el cargo por violación directa de la ley sustantiva.

En efecto, el primer cargo lo formula el recurrente diciendo que "la sentencia acusada es violatoria del artículo 1.602 del Código Civil, por haber ignorado la recta aplicación de la cláusula de caducidad pactada cuyo objeto, en este caso, es el de dar por terminado el contrato por voluntad unilateral de la Administración y si la causa que genera tal declaratoria de caducidad es imputable a culpa de la contratista, el efecto consecuencial es el de hacer exigible la cláusula penal convenida", A continuación el recurrente procede a transcribir la mencionada cláusula contractual.-

La sóla mención del artículo 1.602 del Código Civil ya es indicativo de que debe acusarse, además, la violación de otra norma o de las estipulaciones del contrato, en virtud de haberse violado el artículo citado, el cual expresa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", por cuanto el no contiene derechos patrimoniales; es declarativo.-

Queda claro entonces, que la violación que formula es indirecta, por cuanto implica el estudio de una norma contractual, causal excluida del recurso de Anulación.-

El segundo cargo, también refiere a cuestiones de hecho. En efecto, él se formula diciendo que la sentencia viola directamente el artículo 45 del Decreto Ley 150 de 1.976, "y, para explicarlo, dice: "En efecto: "Una de las afirmaciones del fallo es que el contrato 320 de 1980 no tiene eficacia legal porque considera que para ello era necesario que su perfeccionamiento hubiera ocurrido cuando aún no estaba vigente el contrato, cuya vida jurídica se pretendía mantener".-

"En otras palabras, quiere decir lo anterior que el contrato 320 de 1.980 no tuvo eficacia legal para el U. (sic) Consejo, porque no se perfeccionó durante la vigencia del contrato 419 de 1.977 y su adicional No. 501 de 1.979".-

"No está conforme con la realidad jurídica tal apreciación jurídica (sic), si tiene en cuenta los siguientes indudables argumentos: Y enseguida el recurrente expresa, que el contrato 501 del 79 amplió el plazo del contrato principal 419 de 1.977 hasta el 22 de julio de 1.980 y continúa exponiendo razones con fundamento en hechos del proceso, según su entendimiento.-

Si bien, el actor formuló el cargo diciendo que la violación de la ley sustantiva, era directa, surge de lo expuesto que en realidad la violación es indirecta.-

Tercer cargo. Lo formula diciendo: "La sentencia viola directamente el artículo 59 de la Ley 4a. de 1.913 (C.D.R.P.M.) y para desarrollarlo explica: "La

sentencia en su página 19 literal d) "dice:" Como quiera que la caducidad administrativa de un contrato es la terminación ANTICIPADA del mismo, por decisión unilateral de la administración, resulta entonces que ella sólo puede declararse durante la vigencia del mismo, o sea antes de su expiración. Cuando el contrato se extingue en forma natural, cumplido o incumplido, por la llegada del día previsto para su culminación, no es posible hablar de caducidad en la misma fecha, porque este fenómeno, se repite tiene cabida es ANTES, y no coetáneamente, a la llegada del día convenido para su terminación normal".-

"Esta apreciación desconoce la existencia jurídica del artículo 59 de la Ley 4a. de 1.913 que establece que los plazos, como el contractual de que se trata, vencen a la media noche del último día del plazo fijado".-

A pesar de que se formula la acusación por violación directa de la ley, de lo transcrito del memorial en que se sustenta dicho recurso, aparece claramente que se trata de una violación indirecta por errada interpretación en la aplicación de la cláusula de caducidad del contrato.-

Cuarto Cargo. Se formula diciendo que "la sentencia viola directamente los artículos 49,50 y 51 del Decreto Ley de 1.976 y para explicarlo dice: "En el contrato No. 419 de 1.977, cláusula vigesimaquinta, se pactó la caducidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 49 del decreto 150 de 1.976".-

"Por causa de la incapacidad del contratista, y su continuo incumplimiento, se dictó la resolución No. 8155 del 22 de agosto de 1.980, la cual fue recurrida por el contratista, pero confirmada por la resolución No. 9969 del mismo año".-

"Los motivos que el Fondo Vial tuvo para declarar la caducidad administrativa están debidamente demostrados en las resoluciones ya mencionadas y con los documentos atinentes a la declaración de caducidad y que obran en expediente (sic)".-

"El Fondo Vial Nacional, en presencia de los hechos gravísimos de incumplimiento de incapacidad del contratista para cumplir con lo pactado, estaba en la obligación de declarar la caducidad del contrato como hizo por medio de las resoluciones ya citadas, dictadas dentro de la plena vigencia del contrato; pero el Honorable Consejo al consignar erróneamente, que el contrato 419 de 1.877 ya no tenía vigencia cuando de (sic) declaró la caducidad precedió a decretar la nulidad de los actos administrativos premencionados (Rs. Nos. 8155 y 9969 de 1.980).-

Planteada la acusación en los términos anteriores, es claro que la acusación es indirecta y no directa como se pretende, por cuanto ella implica el estudio de un punto de hecho respecto del cual no hay acuerdo en el proceso, cual es el relativo a la vigencia del contrato, y, como es sabido, la violación directa de la ley,

es sencillamente un error de juicio del juzgador, en la cual se excluye toda consideración en cuanto a la valoración de los hechos del proceso por cuanto la violación directa supone en cuanto a este punto, que las partes y el fallador no discutan el hecho, de suerte que, como ya se dijo, es un error en la interpretación de la norma, que le hace decir por el fallador, lo que ella no dice, exenta desde luego, de cualquier consideración de hecho.-

Atentamente,

Carmelo Martínez Conn.

SENTENCIA - Aclaración/**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** - Actualización/**LIQUIDACION DE CONDENA/AJUSTE DE VALOR**

Como la sentencia debe ser clara y estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, podrán aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella. La petición en el sub lite es improcedente, toda vez que, con el pretexto de obtener una aclaración, se pide a esta Sala que modifique o reforme sus conclusiones decisorias de su propia sentencia, en el sentido de que, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., que no fue mencionado en la demanda ni tenido en cuenta en la sentencia, se obtenga el efecto de una revaluación judicial de la condena.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D. E., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.*

Referencia: Expediente No. S-095. Actor: Carlos Alberto Marín Ramírez.

Esta Sala, en sentencia de fecha 5 de octubre último, al decidir el recurso de súplica extraordinario interpuesto por el señor apoderado del actor, en su parte resolutiva, infirmó la sentencia dictada por la Sección Segunda el 7 de marzo de 1989, con la siguiente finalidad:

Confirmó parcialmente la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en los siguientes puntos que fueron consignados en la parte dispositiva de dicha decisión:

a) Declaró no probadas "las excepciones de caducidad e ineptitud formal de la demanda" que dió origen al surgimiento de este proceso.

b) En cuanto a las consecuencias dinerarias de la acción de nulidad resarcitoria o de restablecimiento del derecho, la sentencia de esta Sala resolvió confirmar lo resuelto por el a-quo, haciendo las precisiones que enseguida se transcriben:

> "4o.- Como restablecimiento del derecho, ordénase a la Universidad Distrital "Francisco José de Caldas", pagar al doctor Carlos Alberto Marín Ramírez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.078.863 de Bogotá, los salarios correspondientes al cargo de Profesor Catedrático I que desempeñaba en tal Universidad, teniendo en cuenta los aumentos que hubiese tenido el cargo entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se le vencía el período docente en la Universidad, ordenándose la cancelación y pago de las prestaciones sociales y de todos los haberes causados y dejados de percibir hasta el 31 de diciembre de 1.985." (folio 252).

La anterior condena hecha en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, coincide, en lo pertinente con las pretensiones de la demanda, en cuanto al resarcimiento económico buscado, como quiera que en el escrito que dió origen a la formación de este proceso, se solicitó concretamente lo que sigue:

> "Pagar al profesor CARLOS ALBERTO MARIN RAMIREZ el sueldo, las primas, bonificaciones, prestaciones y, en general, cualquier emolumento correspondiente a su empleo, dejado de percibir entre el 14 de enero de 1983 y la fecha en que se produzca su reintegro, liquidados con base en la asignación que para el momento del pago tenga señalado dicho empleo, habida cuenta de los reajustes de remuneración y de la nueva categoría que le corresponda en el escalafón".

c) Declaró, "para todos los efectos legales, que no existió solución de continuidad entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, fecha hasta la cual se extendía el período docente del demandante, conforme a lo mencionado en la parte motiva".

d) Se negó "el ascenso en el escalafón docente, conforme a lo expuesto en la parte motiva" y se dispuso darle cumplimiento a esta decisión, dentro del término previsto en el artículo 176 del C. C. A.

e) De otra parte, la sentencia de esta Sala revoca los numerales 2 y 3 del fallo de primera instancia que se refiere a la declaración de "la inhibición parcial para pronunciarse con relación a las comunicaciones DP-010 y DP-011 de 20 y 21 de enero de 1983, respectivamente" y a la declaración de que se produjo el

fenómeno del silencio administrativo "en que incurrió la administración - Universidad Distrital Francisco José de Caldas - al no dar respuesta oportuna a las reclamaciones formuladas por el demandante con fecha 27 y 31 de enero de 1983 y 4 de febrero del mismo año".

En reemplazo de los anteriores pronunciamientos que fueron declarados nulos, la Sala declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio DP-011 del 21 de enero de 1983, lo mismo que la inhibición "para declarar la nulidad del acto de trámite distinguido como oficio DP-010 de 20 del mismo mes y año".

f) El señor apoderado del actor, en escrito presentado el 27 de noviembre próximo pasado, solicita la aclaración y complementación de esta sentencia, en primer lugar, para que se aclare, en el sentido de precisar "si el artículo 178 del C.C.A. debe aplicarse al momento de liquidar los valores que se hayan de pagar a mi poderdante por concepto de salarios y demás prestaciones causadas entre el 14 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1985, según lo ordenó la sentencia y, en consecuencia, si las cifras nominales correspondientes a esos años deben ajustarse a las que correspondan en el momento del pago, tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor. . . ."

En segundo lugar, para que se complemente el fallo, en orden a que "sea decidido el recurso de apelación, interpuesto el 17 de junio de 1986 en el cual se solicitó reformar la sentencia de primera instancia en cuanto ella había denegado el reintegro del demandante y el pago de remuneración hasta la fecha de su reintegro. . . . . ." (folios 461 y 462).

Para resolver las anteriores peticiones, el señor Consejero Ponente a quien correspondió la redacción de la providencia cuya aclaración y complementación se solicita, presentó un proyecto de decisión que no obtuvo la mayoría requerida para su aprobación, por lo que, como es de rigor en estos casos, con ponencia del Consejero que le sigue en turno, decidirá esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo lo que considere legal, con fundamento en las siguientes,

CONSIDERACIONES

1.- Primeramente ha de reiterar la Sala, en esta ocasión, el conocido principio de que la sentencia no es revocable ni reformable por el Juez que la pronunció, es decir, que una vez producida la decisión jurisdiccional de fondo, ésta no se puede variar, previa discusión sobre la juridicidad de los puntos litigiosos ya resueltos.

Pero existe la figura procesal, o el "remedio procesal de naturaleza excepcional" como lo califica la Corte Suprema de Justicia, de la aclaración de la sentencia dentro del término de su ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte y mediante auto complementario.

Así pues, como la sentencia debe ser clara y estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, conforme a lo previsto en el artículo 309 del C. de P. C., podrán aclararse "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidos en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella".

Y, para estos eventos, por guardar silencio el C.C.A., en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 de este estatuto, deben aplicarse las normas pertinentes del C. de P. C., en lo que hace relación con la aclaración, corrección y adición de las sentencias que dictan los jueces administrativos.

2.- Ahora bien, acerca de los límites de la facultad de aclaración de las sentencias, debe tenerse en cuenta que es necesario partir de la base ya dicha, de que el fallo no es revocable ni reformable por el Juez que lo pronunció, de donde se deduce que no puede ir más allá del contenido de lo ya resuelto en la parte dispositiva, o en la parte considerativa, pero solo en este caso, cuando ésta contenga conceptos oscuros o imprecisos que influyan o incidan en la decisión.

3.- De lo anterior se deduce, según la jurisprudencia que, teniendo las partes el derecho de acudir en estos casos al remedio de pedir la aclaración de la sentencia, el solicitante en estos eventos, debe señalar en su escrito "los conceptos o frases que estima ambiguos o dudosos", los cuales no deben tener el alcance de conducir a "modificar, alterar o reformar lo decidido en la sentencia", ni tampoco de revocar o introducir polémicas acerca de la legalidad o juridicidad de las cuestiones resueltas. . . ." (Corte Suprema de Justicia, auto 089 de 9 de agosto de 1988).

4.- En este orden de ideas y de acuerdo con lo solicitado en el escrito presentado por el señor apoderado de la parte actora, surge, a primera vista, la improcedencia de esta petición, toda vez que, con el pretexto de obtener una aclaración, se pide a esta Sala que modifique o reforme sus conclusiones decisorias de su propia sentencia, en el sentido de que, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., que no fue mencionado en la demanda ni tenido en cuenta en la sentencia, se obtenga el efecto de una revaluación judicial de la condena.

5.- De lo anterior, bien se advierte que el objeto perseguido por el solicitante, por no estar incluido en ninguna de las pretensiones de la demanda, tampoco fue considerado en la sentencia, por lo que se trata entonces de un punto nuevo que no puede decidir esta Sala, por vía de aclaración de la sentencia.

6.- Tampoco es viable la segunda petición del memorialista, en cuanto que la sentencia complementaria solicitada, resultaría también violatoria del principio antes mencionado que no admite excepciones, de que el Juez no puede modificar la sentencia que dictó.

En efecto, se trata en este caso de examinar un punto litigioso que ya fue resuelto en el fallo cuando se negó la pretensión de reintegro al ejercicio del empleo, lo mismo que el pago de las prestaciones debidas hasta la ocurrencia del mencionado reintegro.

Significa lo anterior que esta petición debe denegarse por improcedente.

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

RESUELVE

No acceder a aclarar ni adicionar su sentencia de fecha 5 de octubre de 1990, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Sección de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de dos (2) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo*, Salvó el Voto; *José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castilla Dávila*, ausente; *Guillermo Chahin Lizcano, Miguel González Rodríguez*, Salvó el Voto; *Clara González de Barliza, Jaime Abella Zárate, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Jaime Mossos Guarnizo*, ausente; *Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez*, Salvó el Voto; *Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta*, ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Actualización /**SENTENCIA** - Aclaración/**LIQUIDACION DE CONDENA / AJUSTE DE VALOR** (Salvamento de Voto).

El suscrito estima que debe adoptarse el criterio de la revaluación de oficio en el campo laboral con la siguiente precisión doctrinaria: Cuando la sentencia imponga la condena con relación a un período anterior ya vencido, o sea que la liquidación deba hacerse con referencia no a la fecha de la sentencia, sino a la del fenecimiento del período indemnizatorio, es razonable y equitativo que ese monto así liquidado se revalúe a partir de aquella fecha, para respetar así el concepto de indemnización, el cual está desprovisto de la idea de enriquecimiento. Cuando se revalúa una obligación, lo único que se busca es que su solución se efectúe en términos reales; porque si el acreedor recibe idéntico numerario al que se le debía inicialmente, estará recibiendo menos de lo que efectivamente valía la obligación por la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

Salvamento de Voto. *Carlos Betancur Jaramillo*

Referencia: Expediente S-095. Actor : Alberto Marín Ramírez.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria de 5 de abril de 1.991. Son razones de mi discrepancia:

El Código de Procedimiento Civil, luego de la reforma que le introdujo el decreto 2282 de 1.989, mantiene el principio de que la sentencia no será revocable ni reformable por el juez que la pronunció, pero permite su aclaración o la adición cuando contenga frases o conceptos que ofrezcan verdadero motivo de duda, contenidos en la parte resolutiva o cuando omita la resolución de cualquiera de

los extremos de la litis.

En el presente asunto la parte actora estima que no se dispuso la aplicación del artículo 178 del c.c.a. en cuanto a revaluación o reajuste de la condena, ni se ordenó reintegro al servicio.

En lo que toca con el punto de la revaluación de la condena ha sido reiterado el pensamiento de la Sección III en el sentido de que ella no procede de oficio, porque forma parte de la pretensión indemnizatoria y el juez no puede varias los términos de la propuesta inicial que se hizo en la demanda. No obstante esto, se observa la tendencia a variar el enfoque, no sólo porque el artículo 178 contiene un mandato imperativo, sin distinción alguna ("la liquidación de las condenas....deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor"), sino también por el alcance que el concepto "indemnización" tiene en el campo de las obligaciones y con el cual se trata de volver las cosas al estado anterior, como si el daño no se hubiera producido, bien pagando el objeto que se debe o su equivalente en dinero.

Y no se cumple esta exigencia cuando se debe una obligación dineraria y se paga con posterioridad en suma idéntica, sin tener en cuenta ni la seria devaluación que ha sufrido el peso colombiano ni el interés técnico o efectivo que debió devengar, el que viene a ser el mínimo que el dinero pudo ganar desprovisto de todo sentido revaluacionista.

En materia laboral la doctrina ha sido renuente a reconocer la devaluación monetaria, porque cuando se obliga al pago de salarios y prestaciones correspondientes a un determinado período, la condena tiene en cuenta los aumentos que esos derechos sociales han sufrido en dicho lapso; aumentos que; por regla general, cubren el fenómeno devaluativo o por lo menos buscan mantener el poder adquisitivo de lo devengado.

El suscrito estima que debe adoptarse el criterio de la revaluación de oficio en el campo laboral con la siguiente precisión doctrinaria: Cuando la sentencia imponga la condena con relación a un período anterior ya vencido, o sea que la liquidación deba hacerse con referencia no a la fecha de la sentencia, sino a la del fenecimiento del período indemnizatorio, como se dió en el caso subjudice, en que dicha liquidación deberá hacerse a diciembre 31 de 1.985 y no a la ejecutoria de esta sentencia, es razonable y equitativo que ese monto así liquidado se revalúe a partir de aquella fecha, para respetar así el concepto de indemnización, el cual está desprovisto de la idea de enriquecimiento. Cabe recordar aquí que cuando se revalúa una obligación, lo único que se busca es que su solución se efectúe en términos reales; porque si el acreedor recibe idéntico numerario al que se le debía inicialmente, estará recibiendo menos de lo que efectivamente valía la obligación

por la pérdida del poder adquisitivo del peso colombiano.

En este orden de ideas, el saldo que se liquide con referencia al 31 de diciembre de 1.985 deberá revaluarse a partir de esta fecha y hasta la ejecutoria de esta providencia, teniendo en cuenta la evolución de los índices de precios al consumidor que certifique el Dane desde el mes de diciembre de 1.985 y hasta la indicada ejecutoria. Para el efecto, siguiendo la jurisprudencia de la Corporación, deberá aplicarse esta fórmula: Vp= vh ind.f/ind.i; de dondé Vp= valor presente o actualizado; vh= valor histórico, o sea la suma que se deba a 31 de diciembre de 1.985; ind.f índice de precios final, a la fecha de la ejecutoria del fallo; ind.i o sea el índice vigente en diciembre de 1.985.

La condena se entenderá en concreto, porque la administración al liquidar el período comprendido entre el 14 de enero de 1,983 y el 31 de diciembre de 1.985, facilitará la aplicación de los índices a ese valor histórico. Como es obvio, una vez liquidado éste podrá formularse la cuenta de cobro, acompañada de los índices correspondientes.

La segunda petición (la decisión complementaria por cuanto la sentencia de primera denegó el reintegro y la remuneración hasta que éste se efectúe) no podrá adaptarse porque ella ya fué resuelta en el fallo que aquí se reestudia. Baste leer la parte emotiva para entender que la Sala Plena al infirmar la sentencia de la Sección II y dictar el fallo de instancia, con la confirmación de los decidido en primera instancia en el numeral 4º, estaba negando en forma que no deja dudas la pretensión de reintegro y el pago de los salarios y prestaciones debidos hasta la ocurrencia del mismo. La motivación también es inequívoca y confirma lo que se acaba de decir.

Por lo expuesto, creo que debió accederse a lo pedido por el demandante, en cuanto a la revaluación de la condena y denegarse en lo demás.

Con todo respeto.

Carlos Betancur Jaramillo

Bogotá D.E. Mayo 8 de 1991

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Actualización/ **SENTENCIA** - Aclaración/**LIQUIDACION DE CONDENA/ AJUSTE DE VALOR** (Salvamento de Voto)

El reajuste monetario de la condena económica, dispuesto por el artículo 178 del C.C.A., debe decretarse e imponerse en toda sentencia en donde se acceda a la nulidad del acto administrativo individual, o donde se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, o la responsabilidad contractual, o el reajuste económico del precio del contrato, o la nulidad absoluta de éste y las mutuas restituciones, sin necesidad de que el accionante lo haya solicitado en su demanda, la cual, por lo demás, pudo haberse redactado y presentado antes de la expedición del actual estatuto procesal contencioso administrativo. Ese reajuste procede aun en la denominada acción o proceso de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo.

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

Referencia: Expediente No. S-095. Actor: Carlos Alberto Marín Ramírez. Recurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia de 7 de marzo de 1989, dictada por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa de esta Corporación. Aclaración y Complementación de la sentencia de la Sala Plena de 5 de octubre de 1990.

Compartí la ponencia presentada a la Sala Plena de la Corporación por el H. Consejero, doctor Carlos Betancur Jaramillo, en la cual se accedía parcialmente al reajuste monetario de la condena laboral impuesta en la sentencia de 5 de octubre del año pasado, y me separé de la ponencia adoptada por la Sala que lleva fecha 5 de abril del presente año, en donde se llega a la conclusión de que para que opere la disposición contenida en el artículo 178 del C.C.A., es necesario que

el reajuste monetario de la condena se solicite de modo expreso en la demanda, y, asímismo, para que se pueda solicitar la sentencia complementaria es indispensable que el juez administrativo de la instancia o del recurso extraordinario se haya referido a dicha norma en su decisión, por cuanto considero que el precitado artículo 178 del C.C.A., contiene un mandato imperativo, sin distinción alguna -como se afirmaba en la ponencia inicial- ("la liquidación de las condenas..... **deberá** efectuarse **en todos los casos,** mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor"), el cual debe ser observado por el juez contencioso-administrativo sin necesidad de solicitud de parte, especialmente si se tiene en cuenta que tanto el contencioso, diferente al de simple nulidad, tal como el denominado de nulidad y restablecimiento del derecho, como el de carácter contractual y el de reparación directa, por lo general, es un contencioso de claro carácter "indemnizatorio", concepto que implica un resarcimiento integral de los perjuicios ocasionados por el acto, contrato o hecho de la administración, el cual no se obtendría por el afectado o por la víctima si se reconoce y ordena pagar lo debido con suma de dinero devaluada, es decir, que en el momento de su pago no tiene el mismo valor y poder adquisitivo de la fecha en que se causó: los salarios y complementos salariales que se deben, según la sentencia, por el año de 1988, por ejemplo, y que se ordena reconocer y pagar en el año de 1991, dentro del cual se produjo la ejecutoria de la sentencia, no son los mismos pesos; ellos, al menos, han perdido un porcentaje igual al del incremento del índice de precios al consumidor o al por mayor.

Y si a ello se adiciona: a) los honorarios profesionales que debe pagar el accionante al profesional del derecho que le promueve y atiende el proceso; b) los gastos de producción de la prueba; y c) los perjuicios indirectos resultantes de la expedición del acto acusado y anulado que, por lo general, siguiendo una antigua y reiterada práctica o costumbre del juez administrativo, tampoco se reconocen a diferencia de otros derechos como el francés, para no citar sino uno sólo de los ejemplos que se pueden presentar, se encontrará que en Colombia la que antiguamente se denominaba "acción de plena jurisdicción" -que no debió modificarse en su denominación, a menos que efectivamente se hubiera pretendido que la indemnización sólo comprende o debe comprender los perjuicios directos-, su reemplazo -la acción de restablecimiento del derecho, ahora de nulidad y restablecimiento del derecho- y las para el suscrito modalidades de la misma (las de naturaleza contractual y las de reparación directa), siendo todas de carácter eminentemente indemnizatorio, no tienen esa naturaleza en nuestro derecho administrativo, que siempre hemos considerado en la cúspide del derecho administrativo latinoamericano.

En síntesis:

I. Considero que el reajuste monetario de la condena económica, dispuesto por el artículo 178 del C.C.A., debe decretarse e imponerse en toda sentencia en

donde se acceda a la nulidad del acto administrativo individual, o donde se declare la responsabilidad extracontractual del Estado, o la responsabilidad contractual, o el reajuste económico del precio del contrato, o la nulidad absoluta de éste y las mutuas restituciones, sin necesidad de que el accionante lo haya solicitado en su demanda, la cual, por lo demás, pudo haberse redactado y presentado antes de la expedición del actual estatuto procesal contencioso-administrativo.

II. Ese reajuste procede aún en la denominada acción o proceso de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral no proveniente de un contrato de trabajo, o sea, el promovido por quien tiene o tuvo la condición de empleado público o sus beneficiarios o herederos, para lograr el pago de derechos salariales -sueldo propiamente dicho, primas, subsidios, complementos salariales, etc.,- o de derechos prestacionales, o ambos, que la Administración negó o liquidó y pagó con desconocimiento de la norma superior de derecho.

Fecha Ut Supra.

Miguel González Rodríguez
Consejero de Estado.

SENTENCIA - Aclaración /**INDEMNIZACION DE PERJUICIOS** - Actualización / **LIQUIDACION DE CONDENA / AJUSTE DE VALOR.** (Salvamento de Voto).

El suscrito Consejero no está de acuerdo con la decisión mayoritaria en cuanto negó la aclaración de la sentencia respecto de la aplicación de los dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., sobre actualización de las sentencias, por no estar incluido dicho aspecto en ninguna de las pretensiones de la demanda ni tampoco haber sido considerado en la sentencia. La aplicación de esta norma no puede considerarse como un punto nuevo respecto de una sentencia indemnizatoria o extraño a las pretensiones de indemnización, ya que su aplicación debe entenderse obligatoria en todos los casos de condenas indemnizatorias, pues su contenido hace parte esencial del concepto de indemnización, según el cual ésta debe ser integral.

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez a la Providencia de 5 de abril de 1991.

Referencia: Expediente No. S-095. Actor: Carlos Alberto Marín Ramírez. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 7 de marzo de 1.989, dictada por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa de esta Corporación. Aclaración y complementación de la sentencia de la Sala Plena de 5 de octubre de 1.990.

El salvamento de voto del suscrito Consejero se fundamenta en el hecho de que, en su momento, estuvo de acuerdo con el proyecto de providencia presentado por el H. Consejero Carlos Betancur Jaramillo y que fue derrotado por la mayoría.

La discrepancia fundamental de dicho proyecto inicial frente a la decisión

adoptada y que constituye el objeto de este salvamento, está radicada en la consideración de que aún en materia laboral, pero en relación con sentencias que imponen una condena que cubre un período anterior ya vencido, "o sea que la liquidación debe hacerse con referencia no a la fecha de la sentencia, sino a la del fenecimiento del período indemnizatorio, como se dió en el caso subjudice, en que dicha liquidación deberá hacerse en diciembre 31 de 1.985 y no a la ejecutoria de esta sentencia, es razonable y equitativo que ese monto así liquidado se revalúe a partir de aquella fecha, para respetar así el concepto de indemnización, el cual está desprovisto de la idea de enriquecimiento".

Y lo anterior porque, de acuerdo con el mismo proyecto, "En lo que toca con el punto de la revaluación de la condena ha sido reiterado el pensamiento de la Sección III en el sentido de que ella no procede de oficio, porque forma parte de la pretensión indemnizatoria y el juez no puede variar los términos de la propuesta inicial que se hizo en la demanda. No obstante esto, se observa la tendencia a variar el enfoque, no sólo porque el artículo 178 contiene un mandato imperativo, sin distinción alguna ("la liquidación de las condenas.... deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda en curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor"), sino también por el alcance que el concepto "indemnización" tiene en el campo de las obligaciones y con el cual se trata de volver las cosas al estado anterior, como si el daño no se hubiera producido, bien pagando el objeto que se debe o su equivalente en dinero.

"Y no se cumple esta exigencia cuando se debe una obligación dineraria y se paga con posterioridad en suma idéntica, sin tener en cuenta ni la seria devaluación que ha sufrido el peso colombiano ni el interés técnico o efectivo que debió devengar, el que viene a ser lo mínimo que el dinero pudo ganar desprovisto en todo sentido revaluacionista".

En consecuencia, el suscrito Consejero no está de acuerdo con la decisión mayoritaria en cuanto negó la aclaración de la sentencia respecto de la aplicación de los dispuesto en el artículo 178 del C.C.A., sobre actualización de las sentencias, por no estar incluido dicho aspecto en ninguna de las pretensiones de la demanda ni tampoco haber sido considerado en la sentencia. Como se desprende del proyecto inicial de providencia y del salvamento de voto del H. Consejero Miguel González Rodríguez, la aplicación del artículo 178 del C.C.A. no puede considerarse como un punto nuevo respecto de una sentencia indemnizatoria o extraño a las pretensiones de indemnización, ya que su aplicación debe entenderse obligatoria en todos los casos de condenas indemnizatorias, pues su contenido hace parte esencial del concepto de indemnización, según el cual ésta debe ser integral.

Con todo respeto.

Libardo Rodríguez Rodríguez

Bogotá, D. E. doce de abril de mil novecientos noventa y uno.

INSUBSISTENCIA/PRINCIPIO DE LEGALIDAD/DESVIACION DE PODER - Inexistencia

El acto no motivado de insubsistencia se presume que está inspirado en razones de buen servicio, a menos que se demuestre que fueron otras las que movieron a la Administración y que la obligaban a seguir previamente otro procedimiento. Corresponde al actor desvirtuar la presunción de legalidad del acto de insubsistencia no motivado expresamente, bien por actuaciones de las administraciones anteriores o posteriores a aquél, sin que sea necesaria unidad física documental.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D. E., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Jaime Abella Zárate.*

Referencia: Expediente No. S-053. Actor: José de Jesús Acero Suárez
Recurso de Súplica - FALLO-.

El apoderado del Ingeniero JOSE DE JESUS ACERO SUAREZ interpuso recurso extraordinario de súplica (art. 2o. Ley 11 de 1975) contra la sentencia de única instancia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 14 de junio de 1988 y mediante la cual negó las peticiones formuladas en acción de plena jurisdicción a fín de que se anulara la Resolución 836 de marzo 29/83 del HIMAT por la cual se declaró insubsistente al actor del cargo de Jefe de División y las consecuenciales de reintegro y pago de prestaciones monetarias correspondientes (sin solución de continuidad), más perjuicios morales.

LA SENTENCIA

Se aclaró en la sentencia que en el proceso no se demostró que la declaración de insubsistencia del nombramiento del actor, no vinculado a la carrera, tuviera como causa determinante falta disciplinaria alguna y que, en consecuencia, tuviera por finalidad sancionar dicha falta, con pretermisión del debido proceso disciplinario, como se afirma en la demanda.

Consideró el fallador de instancia "Que el demandante no ingresó a la carrera administrativa y, por lo tanto, no gozaba de los derechos derivados de esa carrera y podía ser discrecionalmente declarado insubsistente su nombramiento por la autoridad nominadora, en cualquier momento y sin motivar la providencia, de conformidad con los artículos 107 y 109 del Decreto 1950 de 1973".

Y finalmente apoyado en jurisprudencia de la misma Sección Segunda - Expediente 783 del 19 de enero de 1987- consideró que la consecuencia del rendimiento ineficiente en el trabajo de los funcionarios amparados por la Carrera Administrativa no es la de considerarlos incursos en una causal de sanción disciplinaria, sino de insubsistencia del nombramiento (art. 240 del Decreto 1950/73), luego no existe razón valedera para considerar lo contrario en lo que atañe a funcionarios de libre nombramiento y remoción; ".....tal norma sirve de orientación inequívoca para fijarle el alcance jurídico al deficiente rendimiento de aquéllos".

"Tampoco se demostró que en el ánimo del nominador para remover al actor, hubiera influído motivación diferente al deficiente rendimiento de éste en el cumplimiento de sus funciones.

"En conclusión, del acervo probatorio traído al proceso se desprende que, el acto acusado fué proferido por la autoridad nominadora, en uso de su facultad discrecional para remover, en cualquier momento y sin motivar la providencia, al demandante, quien no estaba amparado por fuero alguno de estabilidad, con la finalidad de mejorar el servicio público confiado por la ley a la entidad demandada".

EL RECURSO

Primer cargo: haber cambiado la doctrina contenida en la decisión de la Sala Plena del Consejo de Estado del 26 de agosto de 1947, ponente Dr. Pedro Gómez Parra, -actor: Pedro María Sepúlveda- Anales del Consejo de Estado páginas 202 a 206 (recoge decisiones expresadas en abril 18/44 y febrero 20/47).

Se refiere esta sentencia, en síntesis, a la facultad que tiene el funcionario nominador para remover líbremente los empleados no escalafonados en aras del buen servicio público, facultad que debe suponerse ejercida con honestidad, por

lo que al demostrarse que los hechos en que dice fundarse el acto no corresponden a la realidad, se desvirtúa la presunción de legalidad de dicho acto y se impone su anulación.

Se declaró nulo el acto de declaratoria de insubsistencia del nombramiento, por haberse demostrado que contenía una falsa motivación, cual era la existencia de una supuesta renuncia.

Como puede observarse aunque el caso es diferente al planteado en la sentencia acusada, el actor se esfuerza por encajarla con el siguiente argumento:

"El razonamiento de la sentencia recurrida es el siguiente: Como las acusaciones de deficiente rendimiento no se calificaron por el nominador de faltas disciplinarias no hay necesidad de ver si eran o no ciertas, pues su falsedad no influye en la validez del acto. Hay, pues, según el fallo, dos clases de falsa motivación: la grave que anula los actos, cuando se acusa de faltas calificadas como disciplinarias, y las segundas, mentiras leves cuando se acusa de deficiente rendimiento".

La comparación de este párrafo con los breves apartes de la sentencia que fueron transcritos anteriormente, indica que no fué tal el raciocinio del sentenciador en el fallo impugnado, en el cual se dejó en claro que no se expresó en el acto de insubsistencia motivación alguna y por otra parte, que en el proceso no se demostró que tal declaración tuviera por causa determinante alguna falta disciplinaria. Bien diferente es este caso al resuelto en 1947 en el cual mediante el acervo probatorio se estableció que la motivación expresada en el acto administrativo, no correspondía a la realidad.

Al contrario de lo afirmado por el actor, la Sala en lugar de ver contrariada la citada jurisprudencia la ve reafirmada en los apartes que aquél mismo resaltó, relativos al fondo ético que se supone en la actuación administrativa, como enderezada al cumplimiento de los fines del Estado se sustenta la presunción de legalidad, de tal suerte que demostrado no ser ciertos los hechos en que se funda, desaparece dicha presunción de legalidad.

Dijo el sentenciador de 1947:

". . . . . Hay que aceptar como postulado administrativo que el Gobierno es honesto en sus actos, que su conducta se informa en la recta razón, y que todas sus actuaciones se enderezan a la realización de los fines jurídicos del Estado, postulado incompatible con la mentira y la falsedad como fundamentos de sus actos.

"La presunción de legalidad que ampara los actos administrativos y que les da su ejecutoriedad, se excluye y desvanece cuando se demuestra que no son

ciertos los hechos en que el acto se funda, porque la legalidad es la antítesis de la falsedad. De aquí que los actos fundados en hechos mentirosos no sean legales, ni tengan validez alguna".

. . . . . ".

Mas bien la consecuencia que obtuvo la sentencia acusada puede decirse que fué esta: el acto no motivado de insubsistencia se presume que está inspirado en razones de buen servicio, a menos que se demuestre que fueron otras las que movieron a la Administración y que la obligaban a seguir previamente otro procedimiento.

Presumida pues la legalidad de los actos administrativos con fundamento en una supuesta buena fé en el obrar de los funcionarios que los producen, no hay ninguna razón para presumir lo contrario, si no se desvirtúan aquéllas con adecuadas probanzas.

Segundo cargo. Radica en haber cambiado la doctrina contenida en la sentencia de la Sala Plena del consejo de Estado del 27 de abril de 1981 (aducida en fotocopias autenticadas del archivo de la Corporación por no haber sido publicada). Ponente Dr. Jorge Valencia Arango, actor: Oscar Londoño Pineda, en la cual no prosperó un recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de la Sección Segunda del Consejo.

No se encontró en tal sentencia contrariedad con la sentencia de la Sala de lo contencioso Administrativo del 24 de enero de 1963 (Anales Tomo 66, págs. 480 Expediente No. 1710 - Ricardo Bonilla Gutiérrez) sobre el tema de la "desviación de poder", pero así quedó en firme la nulidad del acto de insubsistencia acusado, nulidad fundamentada por la Sección Segunda en que si bien inicialmente el Decreto de insubsistencia carecía de motivación, a los pocos días mediante Circular de amonestación al personal se hizo clara referencia a él, estableciéndose así la vinculación con tal motivación oculta del acto acusado.

El valor de la sentencia de Sala Plena radica en que ésta respaldó la decisión de la Sección porque no encontró contrariedad con jurisprudencia de la Corporación porque "en el fondo encontró unidad jurídica e intelectual" entre el decreto de insubsistencia y la Circular expedida cinco días después y ninguna de las jurisprudencias citadas como fundamento de la acusación, exige una "unidad física documental predicada del acto de insubsistencia en particular, o del acto administrativo, en general, acusados por "falsa motivación".

Con relación al caso planteado, como puede observarse por las circunstancias de hecho relatadas, no encaja la jurisprudencia anterior en la cual la prueba de la motivación se vino a establecer con un documento de fecha posterior al acto de insubsistencia, lo cual no se ha producido en el juicio que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad.

Por lo demás, en el fondo esta jurisprudencia coincide con la anterior en el sentido de que corresponde al actor desvirtuar la presunción de legalidad del acto de insubsistencia no motivado expresamente, bien por actuaciones de la administración anteriores o posteriores a aquél, sin que sea necesaria unidad física documental.

Pero según la sentencia impugnada en esta ocasión, sucede que no se demostró que en el ánimo del nominador hubiera influído motivación diferente al logro del buen servicio, buscando una mejor prestación de las funciones encomendadas al actor, pero sin que se hubiera calificado su deficiente rendimiento como falta sancionable disciplinariamente. Esto último no se demostró en ningún momento anterior o posterior al acto de insubsistencia, luego no hay contrariedad con la jurisprudencia invocada, en la cual sí hubo tal prueba.

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:

No prospera el recurso de súplica incoado.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE A LA SECCION DE ORIGEN. CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fué estudiada y aprobada en Sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castillo Dávila*, ausente; *Guillermo Chahin Lizcano, Miguel González Rodríguez, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Jaime Mossos Guarnizo, Jorge Penen Deltieure*, ausente; *Carlos Ramírez Arcila*, ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, ausente; *Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia /**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION.**

El recurso extraordinario de súplica no procede contra las sentencias que decidan recursos extraordinarios de anulación, sean de Sala Plena Contenciosa o de Sección.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. José Joaquín Camacho Pardo.*

Referencia: Expediente No. Q-004. Recurso Queja. Actor : Josué Castro Cortés.

Según consta en las copias examinadas, el señor apoderado de la parte actora, interpuso el recurso de queja contra el auto proferido por la sección Segunda del Consejo, el día 6 de julio último, a virtud del cual se abstuvo dicha sección de concederle al mismo peticionario, el recurso extraordinario de súplica que interpuso contra la sentencia de 15 de mayo último.

Para decidir si este medio excepcional de impugnación resulta procedente en este caso, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

ANTECEDENTES

Contra la sentencia dictada el 21 de noviembre de 1.986, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda consistentes en la declaración de nulidad, con restablecimiento del derecho, de la Resolución No. 2171 de 29 de abril de 1.980, expedida por el Superintendente Bancario, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Josué Castro Cortés del cargo de empleado del Banco de la República, el demandante

interpuso el recurso extraordinario de anulación que fue resuelto desfavorablemente por la Sección Segunda del Consejo en fallo del 15 de mayo de 1.990.

Al no prosperar dicho recurso, el apoderado del actor, inconforme, interpuso contra esta providencia el recurso extraordinario de súplica para ante la Sala Plena de lo Contencioso, solicitando de ésta "revocar la sentencia de 15 de mayo de 1.990, de la Sección Segunda, y en su lugar, anular la sentencia de 21 de noviembre de 1.986 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y acceder a las pretensiones de la demanda, negadas en esta última sentencia" por haber acogido aquella, afirma el recurrente, doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación sin la aprobación de la Sala Plena.

La Sección Segunda consideró improcedente la súplica y así lo decidió por auto de 6 de julio de 1.990.

Contra este último proveído el procurador judicial del demandante interpuso recurso de reposición con el objeto de que se revocara, y de que, en su lugar, se concediera el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, interpuesto contra la sentencia de 15 de mayo de 1.990.

Como quiera que la Sección Segunda no repuso el auto recurrido, ordenó la expedición de las copias pertinentes y subsidiariamente solicitadas por el impugnante a efecto de acudir en queja, la que ahora esta Sala procede a resolver.

CONSIDERACIONES

Se circunscribe el asunto a decidir si fue bien o no denegado el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el actor contra la sentencia de 15 de mayo de 1.990 proferida por la Sección Segunda y a la cual ya se ha hecho referencia.

En síntesis, dijo, inicialmente, la Sección, contrariando los argumentos del recurrente:

1. Que el recurso extraordinario de súplica sólo procede contra sentencias no ejecutoriadas, por lo cual no es del caso revisar la proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, cuya revocación se pretende.

2. El impugnante pretende, utilizando el recurso de súplica y contrariando su objeto, que se revisen dos sentencias: la de la Sección Segunda del Consejo de Estado y la del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

3. Las sentencias de única instancia dictadas por los Tribunales Administrativos, así como las proferidas por alguna de las Secciones del Consejo de estado sólo podían revisarse, estando ejecutoriadas, mediante recurso extraordinario

de anulación, el que en el caso de autos, ya se surtió.

Inconforme con estos razonamientos el actor contraargumentó en la reposición impetrada que "Nada hay en el recurso extraordinario de súplica que impida el que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, al infirmar la sentencia de una Sección, pueda proceder a revisar la sentencia del Tribunal Administrativo".

La Sección, al desatar el recurso para no reponer el auto impugnado, adujo las razones de orden jurídico que sintetiza así:

El recurso extraordinario de súplica, "ni directa ni indirectamente está establecido para obtener la anulación de sentencias en firme" y, antes por el contrario, "la súplica extraordinaria tiene lugar dentro del proceso o instancia, jamás después que el proceso ha culminado su existencia con la sentencia ejecutoriada...." (folio 44).

Los puntos de orden jurídico definidos por la Sección segunda en forma breve y precisa, para no reponer el auto impugnado, han sido reiterados por la Corporación, en providencias que dejan bien claro su pensamiento sobre estas materias, como sucede en las siguientes decisiones adoptadas por esta Sala, con ponencia del señor Consejero de Estado doctor AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ:

Expediente No. S-035; actor MIGUEL ANTONIO MORALES MORALES; recurso de súplica extraordinario contra el auto de fecha 29 de febrero de 1.988 proferido por la Sección Segunda y expediente No. S-103, recurrente JOSE GUILLERMO PINILLA PINILLA.

En la primera providencia citada, la Sala precisó lo siguiente:

> "La Sala reitera ese criterio jurisprudencial, pues siendo así que la ley procedimental determina con precisión, respecto de cada uno de los recursos contra las decisiones judiciales - los ordinarios y los extraordinarios - el género y hasta la especie de providencias posibles de cada uno de ellos, y la oportunidad y requisitos de su interposición, como condición indispensable para la preclusión de cada una de las etapas del debate que se pretende concluya en la sentencia o por los modos atípicos o anormales que la misma ley procesal prevé, no es lógico que tratándose del recurso extraordinario de súplica, de por sí excepcional por cuanto no atañe al control de la legalidad sino al de la jurisprudencia de la Sala, ese medio de impugnación se extienda más allá de los límites fijados por la norma que determina su régimen de aplicación, el artículo 2o. de la ley 11 de 1975.-".

En tanto que en la segunda decisión se dijo lo siguiente:

"De todo ello resulta que la previsión del artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, en cuanto consagró el recurso extraordinario de súplica respecto del auto interlocutorió o de la sentencia dictados por una de las Secciones que se divide la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, se debe entender referida a las decisiones que dichas secciones adoptan en función de juez de instancia (de única o segunda del Consejo), que no cuando desatan recurso extraordinario de anulación contra sentencia de única instancia de los Tribunales Administrativos, por cuanto entonces actúan en función de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, competente para desatar ese recurso conforme al texto del Art. 130 del C.C.A., antes de su modificación por el Art. 21 del Decreto 2304 del 1989.

. . . . . .

Pero la improcedencia de la súplica extraordinaria contra sentencia que decide recurso extraordinario de anulación, sea de la Sala Plena Contenciosa o de Sección, también resulta de la expresa prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 186 del C.C.A., aplicable por remisión especial del artículo 195 ibídem.

En efecto, al disponer que "..... en materia de competencia se aplicarán las reglas señaladas en el artículo 186.....", no se refiere en singular a la previsión del inciso primero de esta norma, sino que en plural alude a "las reglas" contenidas en la aludida disposición bajo el epígrafe de competencia y, por ende, contra la sentencia que decida la anulación "no habrá recurso...".

Los argumentos expuestos en esta queja, como el mismo actor lo advierte, son una reiteración de los que consignó en los otros escritos de impugnación, y que fueran, como atrás se dijo, controvertidos por la Sección en la providencia que aquí de examina, y en las que desató la reposición interpuesta, lo que releva a la Sala de hacer mayores consideraciones y análisis, pues ya expresó el porqué de su coincidencia con las diáfanamente esgrimidas por aquella.

Definitivamente, el recurrente no logra desvirtuar la argumentación de la Sección que, por lo demás, en sentir de la Sala, está en un todo acorde con el lineamiento jurisprudencial reseñado y que en parte transcribió en su auto como respaldo a su decisión.

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

RESUELVE

Declarar bien denegado, por improcedente el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte demandante dentro del expe-

diente No.2863 contra el auto de 6 de julio de 1.990, dictado por la Sección Segunda del Consejo de Estado en virtud del cual decidió no conceder el' mencionado recurso.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la Sección de origen y cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, Policarpo Castilla Dávila, Guillermo Chahin Lizcano, Miguel González Rodríguez,* con Salvamento de Voto, *Clara González de Barliza, Jaime Abella Zárate, Amado Gutiérrez Velásquez, Carmelo Martínez Conn, Jaime Mossos Guarnizo, Jorge Penen Deltieure,* Ausente; Carlos *Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Procedencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION** (Salvamento de Voto).

Algunos de los argumentos expuestos en la sentencia de la cual me aparto, podrían servir para buscar una modificación de la disposición contenida en el art. 2º de la ley 11 de 1975 mas no para restringir sus efectos o alcances, como se hace en la sentencia de que disiento, mas si se tiene en cuenta la intención del legislador al consagrar el indicado recurso extraordinario de súplica.

Salvamento de Voto, del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez

Referencia: Expediente No. Q-004. Actor Josué Castro Cortés.
Ponente: Dr. Camacho Pardo.

Por las consideraciones o razones que expuse en salvamento de voto a la providencia dictada por la Sala en el proceso S-103, actor: José Guillermo Pinilla, y que ahora reitero, me aparté de la decisión mayoritaria adoptada en el juicio de la referencia.

Ellas son:

"a) El artículo 2o. de la ley 11 de 1975, dice textualmente: 'Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia'.

"La norma, en primer lugar y como se puede constatar, no establece excepciones como la que surge de la decisión de la Sala de la que me aparto: excepto o salvo cuando se trate de sentencia dictada por una sección en torno a un recurso de súplica ejercitado contra fallo proferido por el tribunal adminis-

trativo en proceso de única instancia, y el juez, por consiguiente y siguiendo un principio general de derecho, no puede establecer la salvedad o excepción a la regla general.

"La norma, en segundo lugar, es clara, y en consecuencia, aplicando un principio general de derecho consagrado expresamente en nuestra normatividad, no es dable **desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.** Pero si se consulta la intención del legislador, se encontrará, como es bien sabido, que ella fue la de evitar contradicciones jurisprudenciales en el seno de la Corporación, como acontecía antes de la expedición de la ley 11 de 1975, y aún hoy en día sigue sucediendo.

"b) Algunos de los argumentos expuestos en la sentencia de la cual me aparto, tal como el que hace relación a que, si no prosperó el recurso de anulación por cuanto no se encontró la violación directa de la Constitución o de la ley sustantiva, sería absurdo que el fallo de instancia pudiera invalidarse mediante juicio de contradicción jurisprudencial, porque ello sería tanto como reconocer a la jurisprudencia rango superior a la constitución y a la ley sustantiva, o el de que se atentaría contra la firmeza de la cosa juzgada, si se aceptara la viabilidad o procedencia de un recurso de súplica extraordinaria contra la sentencia que decidió el igualmente extraordinario de anulación, podrían servir para buscar una modificación de la disposición contenida en el art. 2o. de la ley 11 de 1975, mas no para restringir sus efectos o alcances, como se hace en la sentencia a que me vengo refiriendo, más si se tiene en cuenta la intención del legislador al consagrar el indicado recurso de súplica extraordinaria.

"c) Pero, además, de un lado, quién ha dicho que la firmeza de la cosa juzgada, de manera general y absoluta, no se puede desconocer a través de un recurso extraordinario. No encontramos acaso, que el recurso extraordinario de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas?; no encontramos, igualmente, que el recurso extraordinario de anulación, hoy suprimido, estaba consagrado contra sentencias ejecutoriadas? De otro lado, en dónde aparece que el recurso extraordinario de súplica se hubiera ejercitado contra la sentencia del Tribunal ejecutoriada, si es evidente que se ejercitó, por así consagrarlo la ley expresamente y sin excepciones, contra la sentencia de la Sección, cumpliéndose así uno de los presupuestos -el otro es el del término para ejercitarlo- de la norma?

"d) De dónde se deduce, sin haber procedido el correspondiente estudio y conclusión sobre el particular, que la apreciación jurídica hecha por la Sección Segunda de la Sala es la correcta, y que esa apreciación no puede desconocerse con fundamente en la apreciación que sobre el mismo particular ha realizado con anterioridad las extinguidas salas contenciosa y de negocios generales o la actual sala plena de lo contencioso administrativo, que no se sabe, porque no se estudió, si es la correcta o incorrecta?.

"Pero lo que es más concluyente: acaso el recurso extraordinario de súplica

no se estableció por el legislador, para que fuera la propia Sala Plena de lo contencioso Administrativo, la que decidiera si medió o no el cambio jurisprudencial al dictarse la sentencia por la sección correspondiente de ella, y, en últimas, dijera cuál es, para la corporación -que es el todo- el alcance de una norma jurídica a aplicar a un caso controvertido, sin importar que la sentencia hubiera sido dictada por la Sección de la Sala en proceso de conocimiento de ella, en única instancia, en segunda instancia, o en virtud de recurso extraordinario, recurso que no se puede decir que no existía durante la vigencia de la ley 167 de 1941, pues dentro de su normatividad se encontraba el recurso extraordinario de revisión contra sentencias relacionadas con reconocimientos periódicos (art. 165 y ss.)?

"e) Pero se dice, además, en la sentencia -y ese fue finalmente el argumento que sirvió para que muchos de los que apoyaban la ponencia elaborada por el suscrito, se inclinara por la declaratoria de improcedencia del recurso- que, de acuerdo con el art. 186 del C.C.A., aplicable por remisión especial del artículo 195 ibídem, la sentencia dictada para decidir el recurso extraordinario de anulación, no es susceptible de recurso alguno, pues al disponerse que 'en materia de competencia, se aplicarán las reglas señaladas en el artículo 186', no se refiere en singular a la previsión del inciso primero de esta norma, sino en plural a las reglas de competencia contenidas en la aludida disposición.

"Con el debido respeto por ese planteamiento, considero que la remisión no debe entenderse hecha en relación a los dos aspectos, o sea, competencia y recursos; pero, aceptando en gracia de discusión que ello pudiera ser así, habría que tener en cuenta que ello guardaría perfecta concordancia, en su momento y no en el actual, con lo que disponía el artículo 268 del C.C.A., en lo relativo a derogatoria expresa de la ley 11 de 1975, consagratoria del recurso extraordinario de súplica -que según los asesores del gobierno para la expedición del decreto 01 de 1984, se reemplazaría por el extraordinario de anulación-, pero en manera alguna la guardaría después de que la Corte Suprema de Justicia en sentencia de julio de 1984 declaró su inexequibilidad, reviviéndose, como resultado, el recurso extraordinario indicado.

"Por esas observaciones, consideré y sigo considerando, que el recurso era viable o procedente, y que no es aceptable que se sacrifiquen derechos prestacionales de las personas que prestan sus servicios a la Administración o de sus herederos o beneficiarios, con argumentos que son muestra del más exagerado procesalismo, lo que es común en nuestros jueces".

Miguel González Rodríguez
Consejero de Estado

Fecha Ut Supra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION / JUICIO EJECUTIVO / EXCEPCIONES / SENTENCIA / JURISDICCION COACTIVA.

La providenciá que resuelve sobre las excepciones en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva es una sentencia y, por tanto, era susceptible de ser impugnada por la vía del recurso extraordinario de anulación.

JUICIO EJECUTIVO / EXCEPCIONES / PRESCRIPCION / TITULO EJECUTIVO / CONTRATO DE SEGURO / JURISDICCION COACTIVA.

Si el título ejecutivo no se conforma dentro de los dos años señalados por el artículo 1081 del C. de Co., no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que el derecho y la obligación ya se encuentran prescritos, asunto éste materia de cuestionamiento o controversia dentro del control de legalidad del acto administrativo así expedido, más no de la excepción de prescripción de la acción en el proceso ejecutivo. En el sub-lite no había operado la prescripción de la acción.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. R-087
Demandados: "Mario Herrera S. y Humberto Tehelen S. y Cía. Ltda." Flavio Araujo Quiñones y Seguros del Estado S.A.
Actor: La Nación- Fondo Vial Nacional.

Adelantado el trámite de reconstrucción del expediente se procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación con fecha 14 de mayo de 1,984, al resolver el incidente de excepciones propuesto por Seguros del Estado S.A., contra el auto de mandamiento del pago de 12 de agosto de 1982 emanado del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales.

I. LA SENTENCIA RECURRIDA.

Mediante la sentencia recurrida en anulación, la Sección Cuarta declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó continuar la ejecución. La sentencia se fundamentó, en lo que atañe a la excepción de prescripción, cuya no prosperidad originó el recurso que ahora se decide, en los siguientes argumentos, que se transcriben, así:

> "La excepción de prescripción prevista por el artículo 1081 del Código de Comercio debió proponerla la compañía de Seguros del Estado S.A. en el momento de notificación del Acta Final No. 13 de 10 de abril de 1.981 y adicional No. 130 de 1.978 (sic), diligencia que se efectuó el 18 de agosto de 1.981 o con el escrito de 4 de septiembre de 1.981 (folios 24, 25, y 26) presentando por la sociedad impugnando el acta. En tales oportunidades la compañía de Seguros guardó silencio sobre la referida prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio. Como en el caso sub-judice se trata de un crédito a favor del Estado que se cobra por jurisdicción coactiva, el término de prescripción aplicable es el mismo al de la acción ejecutiva de diez (10) años previsto por el artículo 2536 del Código Civil. Este término, contado desde la fecha de notificación del acta de liquidación final del contrato No. 446 de 1976, el 28 de agosto de 1981 hasta la fecha de notificación del mandamiento de pago, 29 de diciembre de 1.983, no alcanzó a transcurrir, luego la excepción no prospera.
>
> "Cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado, diferentes de los que existen entre el asegurado y el Estado en el cobro coactivo. La obligación que surge del contrato de seguro se transforma en un crédito Fiscal entre el Estado y la Aseguradora distinto de los elementos propios del contrato de seguro".

II. LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

En el escrito de interposición del recurso plantea el recurrente los siguientes cargos, que reitera en su alegato de conclusión (folios 8 a 20 y 82):

a.- Violación directa de los artículos 2536 del C.C., 1081 del C. de Co., y el

Parágrafo del numeral 3 , de la cláusula séptima del Capítulo Primero Resolución No. 08660 de 1.981 de la Contraloría General de la República.

El artículo 2536 del C.C. en el que se apoyó el fallo recurrido para no acceder a declarar la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta, no es aplicable al caso controvertido, por ser una norma de carácter general, frente a la cual existen disposiciones especiales y posteriores reguladoras de la materia, como son el artículo 1081 del C. de Co., y la Resolución Orgánica No. 08660 del mismo año, razón para que de conformidad con el artículo 5º de la Ley 153 de 1.887 deba darse a éstos aplicación prevalente.

El siniestro o realización del riesgo asegurado que es el hecho que da base a la acción, se encuentra expresamente definido respecto de las garantías otorgadas por las compañías de seguros para los contratos de la Administración en la Cláusula Sexta, numeral 4, de la Resolución Orgánica No. 08660 de 1.981 proferida por la Contraloría General de la República y adoptada en idéntico texto por la Superintendencia Bancaria, según oficio DS y C 2758 de 8 de julio de 1.983 y el término de prescripción de la acción ejecutiva regulado por el artículo 1081 del C. de Co.

En aplicación de las normas anteriores, aplicación que la sentencia omitió, el siniestro se entiende causado " Cuando como resultado del Acta de Liquidación del contrato se determine que el contratista resultó a deber dineros a la Entidad contratante y no se allane a pagarlos". Habiendo sido elaborada el Acta de Liquidación del contrato el 10 de abril de 1.981, la acción ejecutiva prescribió el 10 de abril de 1.983, por lo cual a la fecha de notificación del mandamiento de pago, 29 de diciembre de 1,983, ya había operado el fenómeno de la prescripción.

Agrega el recurrente que el argumento esgrimido en la sentencia, consiste en que la prescripción prevista por el artículo 1081 del Código de Comercio debió proponerla la compañía de Seguros en el momento de notificación del Acta Final , 28 de agosto de 1.981, o en el escrito mediante el cual impugnó dicha Acta, 4 de septiembre del mismo año, resulta "deleznable" pues no podía "saber, imaginar, precaver, o profetizar, Seguros del Estado en 1.981 que el Fondo Vial no presentaría la demanda oportunamente, o que el 'mandamiento de pago correspondiente, tan solo se le notificaría hasta el 29 de diciembre de 1.983". No puede la ley obligar a los particulares a alegar hechos futuros, cuando es imposible determinar si ocurrirán o no.

b.- Violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto la Sección Cuarta de esta Corporación, en auto de 9 de marzo de 1.984, negó la solicitud de los demandados atinente a la devolución del expediente al juzgado de origen, a fin de que se notificara el mandamiento de pago a uno de éstos, con el argumento de que siendo los demandados codeudores solidarios, el acreedor puede ejecutar a cualquiera de ellos. En virtud de tal decisión, se ha dictado

sentencia contra un ciudadano sin haber sido oído y vencido en juicio y se ha dejado sin base cierta el ejercicio del derecho de subrogación que contemplan los artículos 1096 y 1099 del código de Comercio, según los cuales el asegurador que pague una indemnización se subrogará por ministerio de la ley en los derechos del asegurado contra el causante del siniestro, inclusive en los seguros de cumplimiento. Así pues, en caso de que Seguros del Estado deba pagar la indemnización, el deudor no notificado podrá alegar inoponibilidad de fallo por no haber sido parte en el proceso, cuando en realidad es un demandado a quien cobija tanto el mandamiento de pago como la sentencia.

III. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

El Fondo Vial Nacional, ejecutante en el proceso de jurisdicción coactiva, se opuso a las pretensiones del recurrente, por las razones aludidas en el alegato de conclusión (folios 76 a 81) que la Sala resume, así:

a.- La Resolución Orgánica No. 08660 de la Contraloría General de la República no es aplicable al caso debatido, pues fue proferida en 1.981 y las pólizas cuya efectividad se pretende fueron expedidas en 1.976.

b.- El término de prescripción de la acción ejecutiva, en cuanto mira a la relación entre la aseguradora y la Entidad Contratante, es de diez años conforme el artículo 2536 del C.C., el cual no había transcurrido a la fecha de presentación de la demanda que dió lugar al proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva.

c.- En el supuesto de ser aplicable el artículo 1081 del C. de Co., tampoco habría operado la prescripción, ya que la Entidad Contratante tuvo conocimiento del hecho que dió base a la acción en la fecha de elaboración del Acta de Liquidación, 10 de abril de 1.981 y, la demanda fue presentada y el mandamiento de pago librado, 12 de agosto de 1,982, con anterioridad al transcurso de los dos años. La prescripción se interrumpió, de conformidad con el artículo 90 del C. P. C., con la presentación de la demanda, lo que ocurrió el 29 de marzo de 1,982, es decir, antes de que tuviera lugar la prescripción de que habla la norma citada.

d.- El derecho de defensa tutelado por el artículo 26 de la Constitución Nacional, tampoco resulta conculcado, puesto que en el contrato se pactó solidaridad entre los contratistas, razón para que la contratante pudiera dirigir la acción contra cualquiera de ellos. Además, este aspecto fue materia de definición en auto de 9 de marzo de 1.984, luego mal puede ahora plantearse tal violación cuando el recurso se dirige a obtener la anulación de una providencia distinta, la sentencia que decidió sobre las excepciones.

CONSIDERACIONES

1.- Estima conveniente la Sala, en primer término, definir la naturaleza

jurídico-procesal de la providencia que resuelve sobre el incidente de excepciones de los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva. Ello, en razón a que la procedencia misma del recurso de anulación estaba condicionada a que éste se intentara contra una **sentencia** ejecutoriada de única o de segunda instancia proferida por una de las Secciones del Consejo de Estado, o de única instancia proferida por un Tribunal Administrativo.

Si bien, el recurso extraordinario de anulación desapareció del ordenamiento jurídico en virtud de la derogatoria de las normas que lo consagraban y regulaban, artículos 194 a 205 del C. C. A. , según Decreto No. 597 de 1.988, no le es menos que tal aspecto reviste importancia frente a los recursos de anulación que aún se tramitan en esta Corporación, a más de la entidad que desde el punto de vista de una definición jurisprudencial amerita el tema en cuestión.

1.- El artículo 302 del C.P.C. define la sentencia como la providencia del juez que decide "sobre las pretensiones de la demanda o **las excepciones** que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y de revisión.".

La doctrina, por su parte, ha precisado que la **sentencia** es el pronunciamiento del juez que resuelve sobre las pretensiones y **las excepciones** que se oponen a la prosperidad de aquéllas. Así Chiovenda (Instituciones de Derecho Procesal Civil), para no citar más que a uno de los numerosos tratadistas en la materia, la define como "la resolución que acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o inexistencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien, o lo que es igual, respectivamente la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que garantiza un bien al demandado".

A más de la definición antes transcrita y del concepto doctrinario, no debe olvidarse que la sentencia, en estricto sentido, pone fin al proceso mediante un pronunciamiento de fondo o de mérito y en el proceso ejecutivo, tal pronunciamiento no es otro que el que resuelve sobre las excepciones, ya que éste termina con tal decisión cuando ellas prosperan, pues de lo contrario culminará con el pago. Es esta razón para que el C. P. C. dé a la decisión que resuelve sobre las excepciones en el proceso ejecutivo la denominación y el tratamiento de una sentencia.

2.- El hecho de que la ley limitara las causales para la procedencia de recurso, a las de violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva, no implica que la sentencia que resuelva sobre las excepciones no pueda infringir tales disposiciones. Por el contrario, en tratándose de excepciones de fondo extintivas del derecho alegado, bien puede configurarse la citada violación.

En otras palabras, no puede afirmarse de manera general que la providencia que resuelve sobre las excepciones no conlleva aplicación de la ley sustancial

y que por tanto, ésta no pude resultar desconocida en forma directa.

3.- De las circunstancias de que el recurso extraordinario de casación que guarda analogía con el desaparecido recurso extraordinario de anulación, no proceda contra las sentencias emitidas en todo tipo de procesos, sino contra las que taxativamente enumera el artículo 366 del C. P. C. y de que entre ellas no se encuentre contemplada la que resuelve sobre las excepciones en el proceso ejecutivo, no puede derivarse igual regla para proscribir el recurso de anulación frente la sentencia que decida sobre las excepciones en los procesos ejecutivos por jurisdicción coactiva, en ausencia de norma expresa que consagre excepción a la regla general que sentaba el artículo 194 del C. C. A. según el cual, el citado recurso podía intentarse contra las sentencias proferidas en toda clase de procesos por las Secciones del Consejo de Estado en única o en primera instancia y por los Tribunales Administrativos en única instancia.

Es decir, que mientras el recurso extraordinario de casación sólo cabe contra las sentencias emitidas en los procesos expresamente señalados, el recurso extraordinario de anulación solamente estaba excluido frente a las sentencias de primera instancia procedentes de los Tribunales Administrativos.

Como consecuencia de los expuesto, la providencia que resuelve sobre las excepciones en el proceso ejecutivo por jurisdicción coactiva es una sentencia y, por tanto, era susceptible de ser impugnada por la vía del recurso extraordinario de anulación.

II. Dilucidada la cuestión previa anterior, se adentrará la Sala en el examen de los cargos formulados.

1.- El artículo 197 del Decreto Ley No. 01 de 1.984, en materia del recurso extraordinario de anulación, establecía que "Podrá anularse una sentencia por violación directa de la Constitución Política, o de la ley sustantiva".

Esta misma Sala ha precisado, en diversas oportunidades, que sólo puede aducirse como fundamento del recurso la infracción de normas que tienen categoría constitucional o legal en sentido estricto y, dentro de éstas últimas, las que tienen el carácter de ley sustantiva.

Se excluirán, por tanto, para los fines de estudio y decisión del presente recurso, las normas invocadas como violadas y que no tienen la categoría antes señalada, como es la Resolución No. 08660 de 2 de marzo de 1.981 de la Contraloría General de la República.

2.- Con la anterior limitación, analizará la Sala los dos cargos planteados por el recurrente, así:

PRIMER CARGO.- Se contrae la violación alegada a que de conformidad

con la sentencia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, el término de prescripción de los créditos a favor del Estado que se cobran por jurisdicción coactiva es el señalado para la acción ejecutiva por el artículo 2536 del C. C., mientras que para el recurrente tal término es el de dos años consagrado en el artículo 1081 del C. de Co.

a.- El título ejecutivo que dió origen al mandamiento de pago respecto del cual plantearon las excepciones resueltas en el sentencia materia del recurso, se halla conformado por el contrato administrativo de obra pública No. 446 de 1.976 (folios 13 a 30) y su adicional No. 130 de 1.978 (folios 32 a 33); el Acta Final y Definitiva de Liquidación del Contrato, distinguida con el No. 13 de 10 de abril de 1.981 (folios 44 a 46) en el cual se determinó la suma de $8´221.783.60 a cargo del contratista por concepto de saldo de amortización del anticipo; la póliza CU-103 No. 241 de 10 de noviembre de 1.976, su Anexo No. 1 y Certificado de Modificación No. 7100, que garantiza el cumplimiento del contrato (folios 35, 36 y 40); la Póliza No. CU-103 No. 0227 de 9 de noviembre de 1.976 y su Certificado de Modificación No. 7118 que ampara el buen manejo y la devolución de fondos provenientes del anticipo no amortizados por el contratista (folios 37 y 38).

La conformación del título ejecutivo, según la relación anterior, ocurrió el 4 de septiembre de 1.981, fecha en la que quedó ejecutoriada el Acta de Liquidación Final del Contrato, habida consideración que su notificación se produjo el 28 de agosto del mismo año y contra ella no se interpuso el recurso de reposición, único procedente para el caso.

Anota la Sala que si bien para la fecha en que quedó en firme el Acta de Liquidación Final del Contrato, ésta no prestaba mérito ejecutivo, en razón a que el artículo 192, inciso tercero, del decreto-Ley No. 150 de 1.976, que le otorgaba el carácter, fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 1o. de diciembre de 1.977, para la época en que se libró el mandamiento de pago, ya se encontraba vigente el Decreto-Ley No. 222 de 1.983 que en su artículo 289 le atribuye el referido mérito. No significa lo anterior, que a la norma últimamente citada se haya dado efecto retroactivo, simplemente se hizo uso de una acción que para entonces era procedente.

b.-El cobro de las obligaciones fiscales a favor del Estado por la vía de la jurisdicción coactiva es una de las expresiones del privilegio de la ejecución de oficio, forzosa o administrativa que presupone el carácter ejecutorio y ejecutivo del respectivo acto administrativo. La Ley 167 de 1.941, Código Contencioso Administrativo, bajo cuya vigencia se produjeron la celebración del contrato, la expedición de pólizas, la ocurrencia del siniestro, la conformación del título ejecutivo, la expedición y notificación y mandamiento de pago, no contemplaba el evento de la pérdida de fuerza ejecutoria por el simple transcurso de un tiempo en ella señalado y por tanto, no preveía término de prescripción de la acción que por jurisdicción coactiva puede intentar la Administración cuando en la confor-

mación del respectivo título ejecutivo interviene un acto administrativo, como hoy sucede en virtud de la preceptiva contenida en el artículo 66, numeral 3, del actual C. C. A. (Decreto-Ley No. 01 de 1.984) La anterior precisión se requiere a fin de ubicar la norma aplicable a la prescripción que propuesta como excepción, la Sección Cuarta declaró no probada y ello enmarcado dentro de las preceptivas contenidas en los artículos 2536 del C. C. y 1081 del C. de Co. pues por la razón antes anotada habrá de prescindirse de los elementos de juicio que se derivan del artículo 66, numeral 3, del Código Contencioso Administrativo vigente a partir del 1o. de marzo de 1.984.

El artículo 1081 del C. de Co. establece una prescripción extintiva ordinaria de dos (2) años y extraordinaria de cinco (5) años para el derecho y obligación correlativos y para las acciones que se deriven del contrato de seguro. Dentro de tales términos quedan comprendidas tanto la acción ejecutiva como la ordinaria. Dicha norma consagra una excepción a la regla general sentada por el artículo 2536 del C. C., según el cual el término de prescripción de la acción ejecutiva, que no del derecho y obligación mismos, es de diez (10) años.

En los eventos en que la Administración pretendía exigir derivara de un contrato de seguro por acaecimiento del siniestro o riesgo asegurado y éste hubiera sido otorgado para amparar obligaciones del contratista frente a la Administración contratante, la regulación de la prescripción se sujetaba en su integridad a la normas antes citada. Es decir, la acción que la Administración podía intentar contra el asegurador prescribía en los términos señalados en el artículo 1081 del C. de Co. Del hecho de que al crédito a favor del Estado se le diera el calificativo de obligación fiscal, no se derivaba consecuencia diferente a la antes señalada, ya que tal calificativo no tenía, ni tiene hoy en día la virtualidad de transmutar la naturaleza jurídica y el origen mismo de la obligación. Tampoco conducía a una conclusión distinta el argumento atinente a la conformación del título ejecutivo que permite a la Administración el cobro de la obligación por la vía de la jurisdicción coactiva. Concretamente en el evento que nos ocupa, la circunstancia de que tal título se estructurara, a más del contrato en que es parte contratante la Administración y de la póliza, con uno o varios actos administrativos, para nada incidía en la determinación del término de prescripción de la acción, pues únicamente concernía a la posibilidad o viabilidad de incoar la acción ejecutiva por la vía de la jurisdicción coactiva. De otra parte, el artículo 1081, en forma por demás expresa y precisa, determina que la prescripción en él señalada corre en contra del interesado y es claro que siendo la Administración contratante asegurada y beneficiaria, es parte interesada. Anota la Sala, que la misma sentencia objeto del recurso expresó que "Cabe anotar que el artículo 1081 del Código de Comercio se refiere a relaciones jurídicas que nacen del contrato de seguro, vale decir, los vínculos jurídicos entre asegurador y asegurado. . ." de donde hay que concluir que en la misma sentencia se reconoce la aplicabilidad del artículo 1081 del C. Co., a eventos como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

De lo anterior se concluye que desde el momento en que ocurría el siniestro o riesgo asegurado empezaba a correr el término de la prescripción extraordinaria de cinco años y desde la fecha en que la Administración Contratante había tenido y debido tener conocimiento de tal ocurrencia empezaba a correr el término de la prescripción ordinaria de dos años, lo anterior tanto para el derecho y obligación correlativos, como para la acción, a diferencia de lo que ocurre a partir de la vigencia del actual C. C. A. , en que cabe diferenciar el término de prescripción de la obligación y del derecho que emanan del contrato de seguro, aspecto éste regido por el artículo 1081 del C. de Co. y, el término de prescripción de la acción ejecutiva por jurisdicción coactiva regulado por el artículo 66, numeral 3), del C. C. A. De manera que si el título ejecutivo no se conforma dentro de los dos años señalados por la norma primeramente citada, no será viable el cobro ejecutivo por jurisdicción coactiva de la obligación derivada del contrato de seguro, en razón a que el derecho y la obligación ya se encuentran prescritos, asunto éste materia de cuestionamiento o controversia dentro del control de legalidad del acto administrativo así expedido, mas no de la excepción de prescripción de la acción en el proceso ejecutivo.

c.- Para fines de determinar el momento en que el término de prescripción empezó a correr en el caso sub-judice y poder así concluir acerca de si la indebida aplicación del artículo 2536 del C. C. y la falta de aplicación del artículo 1081 del C. de Co. incidió en la parte resolutiva de la sentencia, como lo exigía el numeral 3 del artículo 199 del C. C. A. y como lo pretende el recurrente, habrá de tenerse en cuenta que la ocurrencia del riesgo asegurado, anticipo no amortizado, fue conocido por la Administración contratante al liquidar el contrato y no podía ser de otra manera, pues es en tal oportunidad cuando se determina frente al valor ejecutado del contrato, el saldo que pueda quedar pendiente de amortización a cargo del contratante.

Habiéndose efectuado la liquidación del contrato carácter de firmeza el 4 de septiembre de 1.981 y librado el mandamiento de pago el 2 de agosto de 1.982, es indudable que la prescripción de la acción no había operado, pues no habían transcurrido los dos años de que habla el artículo 1081 del C. de Co., razón para concluir que el cargo no puede prosperar.

Considera conveniente la Sala agregar, en orden a dilucidar el tema atinente a la regulación que toca con la ocurrencia del siniestro, que las resoluciones orgánicas expedidas por la Contraloría General de la República, reglamentarias de las garantías otorgadas por las compañías de seguros respecto de los contratos celebrados por la Administración Pública y, en las que se apoya el recurrente para determinar la fecha de causación del riesgo, que se han venido ocupando de establecer normas al respecto, que, aunque como Actos Administrativos que son gozan del amparo de la presunción de legalidad, por no tener el carácter de ley sustantiva, según lo que por tal ha entendido la Sala, no sirven para formular, con base en su eventual contradicción con la sentencia, el

extinguido recurso extraordinario de anulación. En otras palabras, no es procedente anular una sentencia por supuesto quebrantamiento de actos administrativos, así éstos sean de carácter general.

SEGUNDO CARGO.- Se hace consistir en la violación directa del artículo 26 de la Constitución Nacional, con fundamento en que no se notificó el mandamiento de pago a uno de los contratistas que mancomunada y solidariamente celebraron el contrato.

Para desechar tal cargo, basta considerar que este cuestionamiento no fue materia de decisión en la sentencia objeto de este recurso, sino del auto de 9 de marzo de 1.984, en que la Sección Cuarta de esta Corporación proveyó al respecto. Se trata pues, de un asunto resuelto con anterioridad a la sentencia que se pronunció sobre las excepciones y cuyo debate no puede pretenderse revivir con ocasión del recurso extraordinario interpuesto que ocupa la atención de la Sala.

Pero, por otra parte, observa la Sala que cuando se está en presencia de deudores solidarios, basta la notificación del mandamiento de pago a uno solo de los solidariamente obligados.

En consecuencia, no prospera tampoco este cargo ni el recurso extraordinario de anulación y así habrá de declararlo la Sala.

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:

PRIMERO.- No prospera el recurso extraordinario de anulación propuesto contra la sentencia de excepciones proferida por la Sección Cuarta del Consejo de estado, de fecha 14 de mayo de 1.984.

SEGUNDO.- CONDENASE EN COSTAS a la ejecutada,. Por Secretaría, procédase a su liquidación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Carlos Betancur Jaramillo, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Policarpo Castillo Dávila,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz,*

Joaquín Camacho Pardo, Clara Forero de Castro, aclaró voto, *Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Jorge Penen Deltieure, Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Carlos Ramírez Arcila, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* aclaró voto, *Rodrigo Vieira Puerta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

JUICIO EJECUTIVO/EXCEPCIONES/PRESCRIPCION/CONTRATO DE SEGURO/JURISDICCION COACTIVA (Aclaración de Voto)

Las consideraciones hechas por la Sala para concluir que en materia de prescripción de la acción ejecutiva, estando de por medio un contrato de seguro, debe aplicarse el artículo 1081 del C. de Co. y no el 2536 del C.C., a mi juicio no tuvieron en cuenta que lo asegurado en este caso, es el cumplimiento de unas obligaciones contractuales adquiridas para con la Administración que fue la otra parte contratante.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., catorce (14) de Mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. R-087. Actor: La Nación - Fondo Vial Nacional.

Aclaración de Voto de la doctora Clara Forero de Castro.

Por estar de acuerdo con la decisión contenida en la parte resolutiva del fallo de 7 de mayo de 1981, me limito a aclarar en forma respetuosa mi voto, por las siguientes razones:

Las consideraciones que en dicha providencia se hacen, para concluir que en materia de prescripción de la acción ejecutiva, estando de por medio un contrato de seguro, debe aplicarse el artículo 1081 del Código de Comercio y no el 2536 del Código Civil, a mi juicio no tuvieron en cuenta que lo asegurado en este caso, es el cumplimiento de unas obligaciones contractuales adquiridas para con la Administración que fue la otra parte contratante.

En mi opinión la situación es diferente de la que se presenta cuando una persona particular que toma un seguro, pretende que se le paguen las sumas

derivadas de la ocurrencia del riesgo asegurado; porque el particular que contrata con la Administración se obliga para con ella y el seguro lo que viene a garantizar es el cumplimiento de esas obligaciones del contratista particular frente a la Administración.

Por eso comparto plenamente las razones expuestas en sentencia de 5 de diciembre de 1988 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Doctor Jaime Abella Zárate, las cuales me permito transcribir:

"Con relación a la PRESCRIPCION propuesta como la tercera excepción, la Sala en reiterada doctrina ha expresado que las disposiciones del artículo 1081 del Código de comercio, no resultan aplicables en este campo. Para ello se ha fundado en que siendo de garantía el contrato de seguro de cumplimiento, su ejecutividad se rige por las normas que gobiernan el acto administrativo con el cual se integra y solamente a falta de norma especial resultan aplicables las generales de la prescripción señaladas por los artículos 2512, 2517, 2536, 2538 y concordantes del Código Civil.

Considera la Sala que siendo en estos casos el seguro de un contrato de garantía, debe reputarse como accesorio, ya que el objeto de éste es asegurar el cumplimiento de otro y sus obligaciones no existen por sí solas ni en forma independiente, sino ligadas al contrato principal y siendo éste administrativo, adquiere las mismas características el de seguro, en virtud del aforismo accesio cedit principale, recogido en el artículo 1499 del Código Civil.

Además, el artículo 1081 del Código de Comercio fija dos momentos distintos como puntos de partida para contar los términos de prescripción ordinaria o extraordinaria, pero las situaciones allí contempladas no corresponden a las que se presentan en torno del cumplimiento de las obligaciones originadas en las garantías otorgadas a favor del Estado, ni en relación con los hechos y la normatividad aplicable, en las cuales su exibilidad depende de la expedición del acto administrativo que declara la ocurrencia del riesgo, acto que no tiene ninguna similitud con lo que ocurre entre particulares a cuyas relaciones están destinadas las previsiones del artículo 1081 del Código de Comercio.

"Estando condicionado el cobro de las obligaciones a cargo de la aseguradora garante de la expedición de la resolución administrativa que declara la ocurrencia del siniestro, la caducidad de las acciones que de ellos se derivan a favor del Estado, empieza a contarse a partir de la ejecutoria de la respectiva resolución y no de los eventos contemplados en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Ahora bien, antes de la expedición del Decreto 01 de 1984, no había norma

especial que indicara el término de la Administración para iniciar la acción ejecutiva, salvo casos especiales como el de Impuestos Nacionales, por lo cual le eran aplicables las normas generales que el Código Civil enseña en materia de prescripción de las acciones en los artículos 2512 y siguientes. Pero a raíz de la expedición del citado Decreto 01 de 1984, este aspecto vino a quedar comprendido entre el término de 5 años otorgado a la Administración por el art. 66, para realizar las correspondientes medidas, so pena de perder la fuerza ejecutoria del acto administrativo.

Como conclusión la Sala precisa que para situaciones en las que por su antigüedad no resultan aplicables las normas del Decreto 01 de 1984, la acción ejecutiva que emana de los contratos de seguro que garantizan el cumplimiento de otro administrativo, caduca junto con las de la obligación principal dentro del término de diez años, según lo dispuesto por el artículo 2536 del Código Civil".

Como considero juicioso y acertados los anteriores razonamientos, estimo que para casos ocurridos antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984, no era aplicable el artículo 1081 del Código de Comercio en materia de prescripción de la acción ejecutiva y debía acudirse al artículo 2536 del Código Civil.

Clara Forero de Castro.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del señor Consejero, doctor Julio César Uribe Acosta, refiere su conocida posición en punto del recurso extraordinario de anulación, sobre los efectos que produce la norma de habilitación.

ACTO SEPARABLE/ACTO CONTRACTUAL/CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Entiende la Sala por actos administrativos relativos al contrato, los que se dictan dentro de la operación contractual y por actos separables los que aun siendo relativos al contrato, se profieren dentro de la etapa precontractual. Los demás que se dicten en desarrollo o ejecución del contrato tienen su origen en él y deben impugnarse mediante las acciones relativas a los contratos. El acto que declaró realizado un riesgo fue dictado con motivo de la ejecución del contrato; no cabe duda que es un acto que no puede controlarse en forma separada del contrato. La acción es, por ende, la contractual.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo contencioso Administrativo. Bogotá, D.E., Mayo diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas

Referencia: Expediente C-171. Actor: Sociedad Murrle y Rodas Limitada. Conflicto de Competencia.

Se dirime el conflicto de competencias surgido entre los Tribunales Administrativos de Cundinamarca y del Valle del Cauca.

La SOCIEDAD MURRLE Y RODAS LTDA., en ejercicio de la acción contencioso administrativa de carácter contractual (art. 87 del C.C.A.) demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad de las Resoluciones 00206 de 30 de agosto de 1988 y 00100 de 22 de febrero de 1990 expedidas por el Gerente General de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA, por medio de las cuales se declaró la realización del riesgo amparado por la póliza de seguros

expedida por la Compañía de Seguros COLMENA S.A., y se confirmó tal decisión. Pidió igualmente, a manera de restablecimiento del derecho, el pago de los perjuicios ocasionados.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante providencia de agosto 15 de 1990 dispuso que el proceso pasara a conocimiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por considerar que la acción intentada es la de nulidad y restablecimiento del derecho y que como se pretende la nulidad de actos administrativos de autoridad nacional la competencia al tenor del artículo 132 -ordinal 9º- es del tribunal del lugar donde se produjo el acto.

Por su parte, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a través de auto de 25 de octubre de 1990 expresa que por ser las resoluciones acusadas actos expedidos en desarrollo de un contrato administrativo de obras públicas, celebrado entre la SOCIEDAD MURRLE & RODAS LTDA. y COLPUERTOS, la acción se enmarca dentro de las controversias contractuales a que se refiere el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, ya que los actos impugnados no son separables del contrato, por haber sido dictados con posterioridad a su celebración y encontrarsen directamente vinculados con su desarrollo. Concluye de esta manera que el competente para conocer del proceso es el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca por ser el del lugar en que debía ejecutarse el contrato (art. 132 - ord. 8º del C.C.A.).

OBSERVA LA SALA

El asunto tiene que ver con los "actos administrativos relativos al contrato" y su solución depende de si a los actos acusados se les da o no la calificación de "actos separables" como quiera que de ello se derivará la naturaleza de la acción y por consiguiente, las reglas de competencia que deben aplicarse.

Si bien el artículo 17 del Decreto 2304 de 1989 suprimió la referencia que el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo hacía de los actos separables, no puede perderse de vista que esta noción, desarrollada por la jurisprudencia antes de ser recogida por la legislación positiva, sigue vigente y que es de la mayor utilidad para distinguir los actos administrativos relativos al contrato que pueden juzgarse con independencia de él, es decir, que son acusables por vía diferente a la controversia contractual.

Entiende la Sala por actos administrativos relativos al contrato, los que se dictan dentro de la operación contractual y por actos separables los que aún siendo relativos al contrato, se profieren dentro de la etapa precontractual. Los demás que se dicten en desarrollo o ejecución del contrato tienen su origen en él y deben impugnarse mediante las acciones relativas a los contratos.

El acto cuya censura dio lugar al conflicto de competencias que se examina,

declaró realizado un riesgo (mal manejo e incorrecta inversión del anticipo) amparado por póliza de cumplimiento expedida por Compañía de Seguros y fue dictado con motivo de la ejecución del contrato de obras públicas celebrado entre la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA - COLPUERTOS- y la actora, SOCIEDAD MURRLE & RODAS LTDA., como contratista.

No cabe duda por tanto, que es un acto que no puede controlarse en forma separada del contrato de obras públicas en cuyo desarrollo fue expedido ni de su accesorio de seguro, en el cual la obligación primordial del asegurador se hace exigible con la ocurrencia del siniestro que mediante el referido acto es declarada por la autoridad administrativa, como consecuencia de la declaración de incumplimiento de una de las obligaciones que por virtud del contrato de obra adquirió el demandante.

La acción es, por ende, la contractual prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y la regla de competencia territorial la contemplada en el inciso 2º del ordinal 8º del artículo 132 del Código Contencioso Administrativo.

Como el contrato de obras públicas que dio lugar al acto debió ejecutarse en la ciudad de Buenaventura, el competente es entonces, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

RESUELVE:

1.- Declárese que el competente para conocer del proceso que originó el conflicto es el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca.

2.- Ordénase remitir el expediente al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y seis (16) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; salvó voto; *Jaime Abella,* Salvó Voto; *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Policarpo Castillo Dávila, Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano,* Salvo Voto; *Clara Forero de Castro,* Salvó Voto; *Clara González de Barliza,* Salvó Voto; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Salvó Voto; *Jaime Mossos Guarnizo, Jorge Penen Deltieure, Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta, Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes*

Moreno.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACTO SEPARABLE / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / ACTO CONTRACTUAL / CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Salvamento de Voto)

Son controversias contractuales todas las que directamente se refieren a los contratos administrativos o privados con cláusula de caducidad. Los actos administrativos expedidos en el proceso de contratación o de ejecución del contrato sólo pueden ser demandados y juzgados, como los demás actos administrativos, mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. Los actos administrativos expedidos después del perfeccionamiento del contrato, como los que lo interpreten, modifiquen o declaren caducado son autónomos o independientes y, por lo mismo, sólo pueden ser controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las reglas generales, mediante acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

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

Salvamento de voto de los doctores: Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza y Carmelo Martínez Conn.

Referencia: Radicación C-171. Actor: Sociedad Murrle y Rodas Limitada.

Disentimos de la providencia de la mayoría de la Sala por los siguientes motivos:

1o.- La doctrina, la legislación y la jurisprudencia tradicionalmente han distinguido entre los actos administrativos y los contratos de la administración. Los primeros se caracterizan como las decisiones unilaterales y obligatorias de

la administración, o proferidas en función administrativa, para producir efectos jurídicos, y los segundos como los acuerdos de voluntades de las entidades administrativas, entre sí o con los particulares, con la misma finalidad. La distinción proviene de las diferentes maneras en que actúa la administración: mediante actos administrativos si lo hace en relación de subordinación o de contratos o convenios si en coordinación con otra persona jurídica de derecho político o con un particular.

Las Leyes 130 de 1913 y 167 de 1941 regulaban exclusivamente el juzgamiento de los actos administrativos porque las controversias contractuales de la administración eran dirimidas por la jurisdicción ordinaria.

El Decreto-ley 528 de 1964 por primera vez atribuyó a los órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juzgamiento "de las controversias relativas a contratos administrativos" y derogó el ordinal 1o. del artículo 73 de la Ley 167 de 1941 que prohibía demandar los actos administrativos originados en contratos de administración. De manera que el Decreto-Ley 528 de 1964 hizo posible promover ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo las controversias referentes a contratos administrativos, en única o primera instancia, según la cuantía, y demandar ante élla los actos administrativos que se fundaran en contratos de la administración, según las reglas generales.

La ley no hacía referencia ni menos regulaba los actos separables y sólo la jurisprudencia los definió como las decisiones que, **aunque hacían parte de un proceso de contratación, tenían la necesaria identidad y autonomía para que fueran juzgados autónomamente, no como partes integrantes de una controversia contractual, sino como actos administrativos.** También la jurisprudencia señaló los actos que, como las ordenanzas departamentales o los acuerdos municipales, aunque autorizaran la celebración de contratos o se expidieran en el proceso de contratación, **se definieron como separables para que fueran juzgados con el exclusivo carácter de actos administrativos.** En el lapso comprendido entre la vigencia del Decreto-Ley 528 de 1964 y la del Decreto-Ley 01 de 1984, la jurisdicción de lo contencioso administrativo elaboró la jurisprudencia que permitió distinguir los contratos administrativos de los privados de la administración; admitió la posibilidad de juzgar, independientemente de los contratos, los actos separables y **conoció, mediante acción de nulidad o de plena jurisdicción, las controversias promovidas contra actos administrativos que se expidieron con fundamento en contratos de la administración.**

2o.- El Decreto-ley 01 de 1984 introdujo algunas reformas al régimen expuesto. Tras reiterar que la jurisdicción de lo contencioso administrativo entiende, según las reglas de competencia, de las controversias relativas a contratos administrativos, agregó las relativas a los contratos privados de la administración con cláusulas de caducidad; dispuso que "los actos separables del

contrato serán controlables por medio de las otras acciones previstas en este código", que las mismas decisiones sólo podían ser demandadas después de terminado el contrato y que el proceso especial se debe adelantar para dirimir las controversias contractuales y de reparación directa y cumplimiento.

Estas disposiciones hicieron que la jurisprudencia del consejo de Estado definiera como actos separables los expedidos en el proceso de contratación, cuyo juzgamiento debía adelantarse por la vía ordinaria, y como controversias contractuales las que tuvieran por fundamento el contrato o los actos expedidos con posterioridad a su perfeccionamiento. La distinción también le permitió afirmar que las controversias contractuales se debían promover en el lugar de cumplimiento del contrato, dentro del término de dos años de caducidad de la acción, y surtirse por el procedimiento especial, que prescribía el Decreto-Ley 01 de 1984, para las controversias contractuales y de reparación directa.

Sin embargo, la falta de claridad de las disposiciones pertinentes del Decreto-Ley 01 de 1984 no hizo posible elaborar una jurisprudencia unánime, coherente y estable a este respecto.

3o.- Con el Decreto-Ley 2304 de 1989 se trató de remediar esta situación y regular claramente las controversias contractuales y las relativas a los actos administrativos expedidos en el proceso de contratación y de ejecución de los contratos, a saber:

a) Definió como controversias contractuales las referentes directa y exclusivamente a los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad. El artículo 17 del Decreto-Ley 2304 de 1989 determina, por vía de ejemplo, algunas de las pretensiones contractuales, pero la misma disposición, in fine, prescribe que también es posible pedir que acerca del contrato "se hagan otras declaraciones y condenaciones". De donde se concluye que, según el artículo 17 del Decreto-ley 2304 de 1989, **son controversias contractuales todas las que directamente se refieren a los contratos administrativos o privados con cláusulas de caducidad.**

b) Los actos administrativos que se expidan en el proceso de contratación o de ejecución del contrato pueden ser juzgados como tales conforme a las reglas generales sobre la materia:

Los artículos 14 y 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989 -que sustituyeron, en su orden, los artículos 84 y 85 del Decreto-Ley 01 de 1984- regulan las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, cuyo régimen determina el mismo estatuto legal. Por consiguiente, los actos administrativos expedidos en el proceso de contratación o de ejecución del contrato **sólo pueden ser demandados y juzgados, como los demás actos administrativos, mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.** La

legislación colombiana, como la de numerosos países, no clasifica los actos administrativos por su contenido, para denominarlos, por ejemplo, educativos, contractuales o agrarios para los efectos de su juzgamiento, sino de todos, indistintamente, cualquiera que sea la materia, tienen a este respecto, idéntico régimen jurídico: el que prescribe la ley para la acción de nulidad y la **de nulidad y restablecimiento del derecho.**

c) La jurisprudencia y la doctrina francesa elaboran la teoría de los "actos separables" para hacer posible "un mejor control de la administración", sobre todo, mediante la posibilidad de demandar, **independientemente del contrato,** los actos administrativos expedidos en el proceso de contratación, conforme a las reglas generales. De este modo se amplía el control jurisdiccional porque, **además del contrato,** pueden controvertirse los actos administrativos expedidos en el proceso de contratación. **Esta separación** puede implicar -como en la legislación colombiana- que un acto administrativo separable deba ser juzgado por el órgano competente de las jurisdicciones de lo contencioso administrativo, **con fundamento en la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho,** y que la controversia contractual también se adelante ante la misma jurisdicción, **pero con fundamento en las reglas de competencia y caducidad propias de las de su género.** Pero puede suceder que el acto administrativo separable -como todos los actos administrativos- deba ser juzgado por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que la controversia contractual -relativa al contrato mismo- tenga que adelantarse ante la jurisdicción ordinaria, por no ser administrativo ni privado con cláusulas de caducidad: en esta hipótesis, cualquiera que fuere el sentido del acto, la acción que se promueva contra el mismo **no podría ser sino de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho,** porque con las únicas que la ley prescribe para controvertir los actos administrativos. No sería una controversia contractual **porque se propuso contra un acto administrativo y porque ella, como tal, no podría surtirse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino ante la ordinaria, por tratarse de un contrato civil, comercial o laboral.**

d) Los actos administrativos expedidos después del perfeccionamiento del contrato, como los que lo interpreten, modifiquen o declaren caducado con autónomos o independientes y, por lo mismo, **sólo pueden ser controvertidos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, según las reglas generales, mediante acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho:** si los actos separables -que se expiden en el proceso de contratación- sólo pueden demandarse, como hemos indicado, mediante la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, **a fortiori únicamente es posible controvertir los que se expidan después de su perfeccionamiento, según el caso, por medio de acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.**

e) **Es posible que una controversia de nulidad y restablecimiento**

del derecho verse, por ejemplo, sobre la interpretación, la modificación o la caducidad de un contrato y que para comprobar la pretensión del actor se requiera aducir copia fehaciente del contrato: en esta hipótesis, el contrato sería una prueba conducente para demostrar el mérito de la acción -no contractual- sino de nulidad y restablecimiento del derecho: **la acción se determina por las peticiones de la demanda, no por las pruebas conducentes que se deben allegar al proceso.**

4o. La mayoría estima que los actos administrativos demandados -las Resoluciones números 00206 de 30 de agosto de 1988 y 00100 de 22 de febrero de 1990, proferidas por el Gerente de la empresa "Puertos de Colombia- no pueden "controlarse en forma separada del contrato de obras públicas" que les sirve de fundamento y que, por consiguiente, se trata de una controversia contractual que compete al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, porque el contrato debía cumplirse en Buenaventura.

No compartimos el criterio mayoritario porque los artículos 14, 15 y 19 del Decreto-Ley 2304 de 1989, que sustituyeron los artículos 84, 85 y 87 del Decreto-Ley 01 de 1984, diferencias claramente las controversias relativas a actos administrativos de las de carácter contractual y porque la providencia mayoritaria ilegalmente las confundió hasta afirmar, contraevidentemente, que la acción propuesta, **tendiente a que se declare la nulidad de las Resoluciones números 00206 de 30 de agosto de 1988 y 00100 de 22 de febrero de 1990, expedidas por el Gerente de Puertos de Colombia,** y se ordene restablecer el pretendido derecho del actor, no está regulada por el artículo 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989 -relativo a "la acción de nulidad y restablecimiento del derecho"- sino por el artículo 17 del mismo estatuto que, respecto de "las controversias contractuales", prescribe que "cualquiera de las partes de un contrato administrativo o privado con cláusula de caducidad podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento; que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenaciones". Sin embargo, de lo expuesto se deduce, sin la menor duda, que **mientras los artículos 14 y 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989 regulan todas las controversias sobre actos administrativos, el artículo 17 del mismo estatuto exclusivamente rige las que versan sobre contratos administrativos y privados con cláusulas de caducidad,** entre las cuales no está comprendida -ni podría estarlo- la propuesta, porque **indudablemente es, como hemos indicado, de nulidad y restablecimiento del derecho.**

5o.- Consideramos que las Resoluciones números 00206 de 30 de agosto de 1988 y 00100 de 22 de febrero de 1990, proferidas por el Gerente de Puertos de Colombia, para la sociedad "Murrle y Rodas Ltda.", **sólo podían ser demandadas por ésta, dentro del término de caducidad de la "acción de**

nulidad y restablecimiento del derecho", prescrita por el artículo 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989. Si la demanda reune los demás requisitos legales, es admisible. Por consiguiente, verificar si los actos controvertidos son o no fundados, particularmente si se realizó o no el "riesgo amparado por la póliza de seguros", y resolver si se accede o no a ordenar restablecer el derecho impetrado, es un problema de fondo, propio de la sentencia, que sólo se profiere después de surtido el debate procesal. Se trata, por consiguiente, según el artículo 15 del Decreto-Ley 2304 de 1989, **de una controversia de plena jurisdicción, denominada de "nulidad y restablecimiento del derecho";** pero la mayoría **ilegalmente estimó, por un motivo de fondo, que se trata de una controversia contractual,** no obstante que el artículo 17 del Decreto-Ley 2304 de 1989 **sólo define como tales las que versen directa y exclusivamente sobre contratos administrativos o con cláusulas de caducidad.**

6o.- Como los actos administrativos demandados fueron expedidos en Bogotá, según el artículo 131, numeral 9, del Decreto-Ley 01 de 1984, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -no el del Valle del Cauca- es el competente para conocer de la acción propuesta que es, según lo expuesto, de nulidad y restablecimiento del derecho.

En conclusión, estimamos que la Sala debió resolver que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca es el competente para conocer y que, en consecuencia, se le remita el expediente.

Consuelo Sarria Olcos, Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Carmelo Martínez Conn.

Fecha Ut Supra.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia

> **En ninguna parte de la sentencia objeto del recurso considera como supuesto fáctico un "mal mantenimiento o conservación" de la obra; pues al contrario, la Sección, en conformidad con los hechos planteados en el libelo tuvo en cuenta un "mal mantenimiento o conservación" de la obra, sino "la falta del debido mantenimiento y limpieza" de la misma, lo cual es bien diferente. La jurisprudencia invocada como contrariada, parte del supuesto fáctico de que los danos causados tengan origen en el conjunto de "operaciones materiales realizadas" para la construcción, reparación o conservación de la obra pública. Pero, tal hipótesis es diferente de la de inexistencia de operaciones materiales respecto de la reparación o conservación, o lo que es igual para este caso, la falta del debido mantenimiento y limpieza de la obra, sobre cuya base la sentencia recurrida sostiene que la acción tiene un procedimiento ordinario, en lo atinente a la pretensión indemnizatoria por dicha omisión.**

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D. E., junio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. R-005. Actor: Florentino Tandioy Tisoy
Recurso de Súplica.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sección Tercera el 9 de

mayo de 1985, mediante la cual se declaró inhibida "PARA ENTRAR AL FONDO DEL ASUNTO POR INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA".

El artículo 2o. de la ley 11 de 1975, estableció el recurso así:

"Habrá recurso de súplica ante la sala plena de lo contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la sala plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o fallo".

Además, ha dicho la Corporación que ". . . . .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. . . . ." (Sentencia de la Sala Plena, del 25 de marzo de 1981, Anales, tomo 100, pags. 526-529).

En consecuencia, la prosperidad del recurso está condicionada a que de la confrontación entre la sentencia recurrida y la jurisprudencia que invoque el recurrente, se verifique que en la primera se acogió una doctrina contraria a la de la Sala Plena o de la Sala de Negocios Generales. Para ello se requiere, entonces, transcribir en lo pertinente la sentencia recurrida.

Dijo la Sección Tercera en la sentencia suplicada:

"La Fiscal Segunda, solicita a la Sala, "abstenerse de entrar a decidir el fondo del problema, por falta de demanda en forma", para lo cual, hace las siguientes consideraciones:

"El actor en su demanda considera que los daños por los cuales reclama fueron: **"con motivo de la construcción por parte de aquel (Incora) del denominado Canal** Artificial "B" en la Intendencia Nacional del Putumayo (sic), Corregimiento de Santiago, **y por falta del debido mantenimiento y limpieza del mismo,** hechos ocurridos en los meses de julio de 1974 y 1975" (fl. 15 C#1).- "Más adelante dice nuevamente el actor: ". . . . .a reconocer y pagar al señor Florentino Tandioy Tisoy, mayor de edad y vecino del Corregimiento de Santiago (Intendencia del Putumayo), los perjuicios de orden material que se le ocasionaron -lucro cesante y daño emergente **con motivo de la construcción y falta de mantenimiento y limpieza del canal "B"** en el Valle de Sibundoy, Intendencia del Putumayo, sobre los inmuebles de su propiedad anteriormente

descritos. . . . . " (Se subraya).

Dice luego la demanda:

4o.- A consecuencia de la insuficiencia de los muros de contención, pero especialmente en razón de la falta de mantenimiento del canal "B" por parte del INCORA. . . . . " (fl. 15 vto.).

5o.- Igualmente, en dicha época y por mala construcción del Canal "B" por parte del contratista del INCORA, pues se desvió de su cauce en forma antitécnica el río "Tamauca" al darle un giro de 90º grados y en terreno de ascenso lo que hizo que, con el invierno aumentara el caudal de sus aguas, el río "Tamauca" se vino en sentido inverso por el canal, rompiendo parte del trayecto de éste, tomando como cauce el antiguo lecho del río "Quinchoa", en parte, e inundando las tierras de propiedad del demandante", (fls. 15 vto. y 16).

De las transcripciones que se han hecho, no cabe la menor duda que se reclama por dos hechos fundamentales:

1o.- Por la construcción del canal "B".
2o.- Por la falta de mantenimiento y limpieza del canal "B".

Los hechos narrados en la demanda así lo indican y consecuente con ellos son también las peticiones.

Ahora bien, cuando se demanda por la realización de una obra pública, como sería en este caso el mencionado canal "B", lo procedente es entablar la acción de indemnización por trabajos públicos, acción ésta especial establecida en el artículo 261 y ss. del C.C.A.

En cambio, la falta de mantenimiento del canal si podría calificarse de falla del servicio, como lo dice la demanda y la vía o acción para reclamar en este evento es la acción ordinaria de indemnización de perjuicios.

Pretender acumular en un solo juicio las peticiones enunciadas y que tienen su origen en hechos diferentes, resulta improcedente, configurándose una indebida acumulación de pretensiones".

"Como el proceso ha recibido el trámite correspondiente, sin que se observe causal alguna de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver por la Sala, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte el concepto Fiscal anteriormente transcrito, por

considerar, que efectivamente dentro de este proceso, en la demanda se incurrió en indebida acumulación de pretensiones, toda vez que según ella, fueron dos los hechos generadores de los perjuicios por los cuales reclama, a saber:

1).- La construcción de un canal artificial por parte del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, y;

2).- La falta del debido mantenimiento y limpieza del mismo, obras éstas a cargo del INCORA.

La construcción del canal artificial (sic) B, constituye un trabajo público y si con la construcción de ese canal, se causaron perjuicios, su reparación debe solicitarse y tramitarse, atendiendo las voces de los artículos 261 y ss. del C.C.A., mediante un procedimiento especial..

La falta del debido mantenimiento y limpieza de ese mismo canal, por su parte, encuadra dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, más concretamente, en la falla o falta del servicio.

ACCION EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.

La doctrina del Consejo de Estado es numerosa en la calificación de las acciones de responsabilidad extracontractual del Estado y la especial por Trabajos Públicos en cuanto a la calificación de las dos acciones y en sus diferenciaciones. -La acción derivada de la falla del servicio la hace derivar por la presunción de culpa que se observa de la conducta de la Administración o de sus agentes, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio público que el Estado está obligado a prestar a los ciudadanos residentes en Colombia (art. 16 de la Constitución Nacional).

El plazo o término para que se intenta (sic) la acción de reparación como consecuencia de la falta o falla del servicio, era de tres años, según el antiguo Código Contencioso Administrativo, contados a partir del momento en que tuvo ocurrencia el hecho, operación u omisión.

Esta acción de reparación directa tiene un procedimiento ordinario, carece de traslado y contestación de la demanda y de las formalidades especiales que para el caso de la acción de responsabilidad por trabajos públicos señalan las normas que regulan.

ACCION ESPECIAL POR TRABAJOS PUBLICOS

La responsabilidad que surge por la realización de trabajos públicos, tiene su fuente en la índole objetiva de la responsabilidad en que incurre la administración, cuando quiera que se ocasione un daño a un particular, siempre

y cuando éste tenga una relación de casualidad con el trabajo público a cargo de la Administración, para que proceda la reparación.

Son, pues en consecuencia dos las pretensiones que se acumularon en la demanda con que se inició el proceso. Entre las dos existen diferencias sustanciales que finalmente llevan a la conclusión que no se pueden acumular, teniendo en cuenta que no pueden tramitarse bajo la misma cuerda".

A renglón seguido, dicha sentencia después de transcribir el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil y comentarios de un tratadista sobre la acumulación de pretensiones, concluyó:

"La indebida acumulación de pretensiones da lugar a ineptitud sustantiva de la demanda que conlleva fallo inhibitorio como reiteradamente lo ha dicho esta corporación".

LA JURISPRUDENCIA PRESUNTAMENTE CONTRARIADA

Afirma el recurrente que la sentencia impugnada contrarió la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del 20 de marzo de 1956, proferida en el caso de "Castillo Angulo Hermanos Ltda.", publicada en los Anales de la Corporación, tomo 61, págs. 403 y siguientes, de la cual transcribe estos apartes:

"1.- Los elementos que caracterizan, según los doctrinantes, "los trabajos públicos" son:

a) Que estos sean efectuados por cuenta del ESTADO, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la Nación, los Departamentos, los Municipios y, en general, por entidad oficial.

b) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.

c) Que se realice en inmuebles; y

d) Que el daño recaiga sobre una propiedad raiz y que entre él y el trabajo público exista una relación de causa a efecto.

2.- La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación -como es lo técnico y sería lo deseable-; así, ella corresponde:

A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comporta la ocupación permanente de la propiedad privada (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de Junio de 1955) y siempre que se aunen estas

dos condiciones: **que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación;** y que el perjuicio sea directo -que exista una relación de causa a efecto entre éste y aquel-, en otras palabras, que no se haya interpelado (sic) ningún elemento extraño productor del daño". (Las subrayas son del recurrente).

Y alega:

"III. **La contradicción entre el fallo recurrido y la jurisprudencia invocada como desconocida sin que el cambio de ella se hubiere efectuado por Sala Plena de lo Contencioso, conforme al art. 24 del decreto ley 528 de 1964.**- Como se puede ver, basta una confrontación entre la sentencia recurrida y el fallo de la Sala Contenciosa del H. Consejo de Estado en donde se encuentra consagrada la jurisprudencia de la Corporación, para encontrar que mientras según ésta hay acción indemnizatoria por causa de trabajos públicos, cuando el daño que se ocasiona a un bien inmueble es el fruto o la resultante no solo de la construcción de la obra, sino también de las labores o tareas de la Administración relacionadas con su reparación **o su conservación,** por el contrario, según la sentencia recurrida, la acción indemnizatoria por trabajos públicos solo se da cuando el daño es causado tan solo por la construcción de la obra, más no -según se expresa claramente en ella- cuando es consecuencia del mal mantenimiento o conservación de la obra ya ejecutada con anterioridad, correspondiendo en este caso -según la sentencia- la acción ordinaria de indemnización por responsabilidad extracontractual, fundada en la noción de la falla o falta del servicio.

Como consecuencia, se considera, entonces, en la sentencia recurrida, que **la indemnización del daño debía de buscarse separadamente:** la acción de indemnización por trabajos públicos para buscar la reparación de los daños provenientes de la falta de mantenimiento y limpieza del canal "B" construído por el Incora; y la acción ordinaria de indemnización por responsabilidad extracontractual, fundada en la falla del servicio, por razón de los defectos de construcción del mismo canal "B".

El planteamiento como se ve, es contrario al tradicional del H. Consejo de Estado, de lo cual es clara demostración la sentencia de 1956 invocada en este escrito. Pero no es solo ello, sino que es totalmente equivocado. En efecto, si en gracia de discusión se pudiera aceptar ese planteamiento, se desconocería un claro principio de derecho procesal: el de **la continencia de la causa,** lo que es claramente inadmisible pues todas las legislaciones procedimentales del mundo civilizado tratan de impedir la (sic) división de ella, en consideración a que ello podría originar el caos jurídico y jurisdiccional de fallos dispares sobre lo mismo y entre los mismos. Es inadmisible, que habiéndose dado o causado los daños, que son los mismos, por unos hechos concurrentes atribuibles a la misma persona jurídica de derecho público: construcción insuficiente o defectuosa de la obra, de

un lado, y falta de conservación o mantenimiento de la obra, de otra parte, hubiere necesidad de promover dos juicios o acciones habiendo identidad de personas, cosa y acción, o por lo menos, identidad de personas y cosas (Ver Guillermo Cabanellas, Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, págs. 492 y 493).

A nadie se le puede ocurrir, entonces, que por unos hechos atribuibles a la misma persona que causaron daños sobre los mismos inmuebles de propiedad de una misma persona, deba dividirse la continencia de la causa.

Ahora bien; lo que existe en materia de indemnización por trabajos públicos - o por lo menos lo que existía en el anterior C.C.A. era una acción contenciosa diferente a la acción indemnizatoria prevista en el art. 68 del C.C.A. de 1941; o, por el contrario, era la misma acción indemnizatoria del citado art. 68 de la ley 167 de 1941, pero tramitable por un procedimiento especial, y no por el ordinario?. La respuesta no puede ser otra que la siguiente: la acción indemnizatoria por causa de trabajos públicos, hasta la expedición del decreto ley 528 de 1964, no era otra que la acción indemnizatoria o de plena jurisdicción por causa de hechos u operaciones administrativas prevista en el art. 68 de la citada ley 167 de 1941, y solamente ella, ya que debemos tener en cuenta que las controversias sobre responsabilidad extracontractual del Estado - salvo esa originada en trabajos públicos cuando el daño recaia sobre un inmueble-, estaban atribuídas a la jurisdicción ordinaria, incluidos los casos de ocupación permanente de propiedad inmueble como consecuencia de esos trabajos públicos. A partir, de la vigencia del decreto ley 528 de 1964, la acción prevista en el art. 68 de la ley 167 de 1941, era la indicada y adecuada para reclamar de las entidades públicas la indemnización de perjuicios, fueran estos ocasionados por causa de trabajos públicos (daños y ocupación temporal de inmuebles) o por causa de cualquier otra actividad estatal (genéricamente las fallas o faltas del servicio); solo que sin razón alguna -explicable todo por razón del traslado de competencias de la jurisdicción ordinaria y la contenciosa administrativa dispuesta por el art. 30 del decreto ley 528 de 1964, concordante con el art. 20 ibídem-, si la causa del daño era un trabajo público, la controversia era tramitable por un procedimiento especial (el de indemnización por causa de trabajos públicos previsto en los arts. 261 y ss. de la ley 167 de 1941); y si la causa no era un trabajo público o el daño causado por éste recaía sobre bienes de otra naturaleza a los inmuebles, la controversia era tramitable por el procedimiento ordinario, no difiriendo el uno del otro sino en las dos primeras etapas del proceso: traslado de la demanda y apertura del juicio a prueba, en el uno; notificación de la demanda y fijación en lista en el otro, pues en todo lo demás, tanto en primera como en segunda instancia, el procedimiento era similar o igual.

Hoy, el legislador para evitar esa duplicidad en los procedimientos innecesaria y absurda, fruto repito del traslado de competencia de una jurisdicción a otra, unificó el procedimiento, consagrando en el decreto 01 de 1984, el denominado juicio de reparación directa y cumplimiento para tramitar la acción

del mismo nombre consagrada en el art. 86 del nuevo C.C.A. que en su inciso segundo dijo: "La misma acción tendrá todo aquel que pretenda que se le repare el daño por la ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos", lo que tampoco está muy bien redactado, pues debió decirse: "La misma acción tendrá todo aquél que pretenda que se le indemnice por el daño, por la ocupación temporal o permanente por causa de trabajos públicos".

En síntesis, que el actor a través del suscrito, sí escogió la acción indicada -la del art. 68 de la ley 167 de 1941 como claramente se expresa en la demanda- para buscar la satisfacción de su pretensión (la indemnización por los daños que se le ocasionaron), y no hay acumulación indebida de pretensiones, en razón a que tanto la construcción de la obra, como las tareas de mantenimiento, reparación o conservación, integran la noción de trabajo público y éste recayó sobre inmuebles, razón por la cual debe revocarse la sentencia recurrida, para en su lugar, entrar a considerar las pretensiones de la acción, las que están debidamente fundadas y establecidas en el proceso".

Finaliza su alegato la parte recurrente con aspectos que por no tener relación con el recurso, como allí mismo se plantea, la Sala no hará consideración alguna al respecto.

El expediente se destruyó en los hechos ocurrido en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo cual la parte recurrente solicitó y obtuvo la reconstrucción del recurso.

Llegado el momento de dictar sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Con el propósito de determinar la prosperidad del recurso, la Sala considera oportuno precisar en los siguientes términos, el contenido y alcance de la sentencia proferida por la Sala el 20 de marzo de 1956, que el recurrente sostiene haber sido contrariada:

Lo primero que debe tenerse en cuenta, es que el fallo se produjo como consecuencia de la acción regulada en los artículos 261 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, entonces contenido en la ley 167 de 1941. Vale decir, que se ejercitó la acción de indemnización originada en la realización de una obra pública (trabajos públicos) y no la acción ordinaria de indemnización de perjuicios originada en la falta de mantenimiento o falla del servicio.

Como consecuencia de lo anterior, el fallo se refiere únicamente al contecioso de trabajos públicos y comienza por precisar cuales son los elementos que caracterizan esos trabajos; y hecha tal precisión, concluye, con base en ella

y a la luz de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1955 y de la legislación entonces aplicable, que no siempre corresponde a la jurisdicción contenciosa la competencia para conocer de los perjuicios derivados de los trabajos públicos. Pues para ello se requiere que no se haya producido ocupación permanente de la propiedad privada, y que concurran estas dos condiciones:

- Que los daños causados tengan origen en **el conjunto de operaciones materiales realizadas** para la construcción, reparación o conservación del trabajo público, y

- Que el perjuicio sea directo, es decir, que exista una relación de causa a efecto entre el perjuicio y el trabajo público.

Una vez determinado el contenido y alcance de la sentencia, procede la Sala a determinar si realmente ella fue contrariada por la providencia recurrida.

Sea lo primero en aclarar, que las dos sentencias tienen como fuente, acciones diferentes: mientras la providencia de la sección Tercera fué producto de la acción incoada con base en el artículo 68 de la ley 167 de 1941, según se desprende tanto de su encabezamiento (fol. 7) como del texto mismo del recurso (fol. 5), la sentencia que se dice haber sido contrariada tuvo como fuente el artículo 261, ibídem. De donde debe concluirse que al no haber identidad de acciones, mal puede hablarse de identidad de situaciones que permita inferir que lo predicado por la Sala Plena de lo contencioso Administrativo, es aplicable al caso definido por la Sección.

Lo segundo que debe observarse, es que en el recurso sub-examine no es objeto de debate asunto alguno sobre competencia o incompetencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cual es el objeto primordial de análisis en la sentencia del 20 de marzo de 1956.

Luego, por este aspecto, tampoco puede haber contradicción entre los dos fallos.

Igualmente anota la Sala que la demanda instaurada por el actor, que dió lugar a la sentencia recurrida, fué estructurada fundamentalmente sobre la omisión reiterada del demandado en hacer los trabajos de mantenimiento y conservación en el canal, omisión de la cual hace derivar los perjuicios alegados, según anota en forma reiterada en los hechos del líbelo introductorio que aparecen transcritos a folios 9 y 10, y que en ninguna parte la sentencia objeto del recurso considera como supuesto fáctico un "mal mantenimiento o conservación" de la obra; pues al contrario, la Sección Tercera, en conformidad con los hechos planteados en el libelo demandatorio, tuvo en cuenta no un "mal mantenimiento o conservación" de la obra, sino "la falta del debido mantenimien-

to y limpieza" de la misma, lo cual es bien diferente. (fls. 7 a 12). En consecuencia, no atina el recurrente cuando afirma a folio 4 que según la sentencia suplicada, "la acción indemnizatoria por trabajos públicos solo se da cuando el daño es causado tan solo por la construcción de la obra, mas no -según se expresa claramente en ella- cuando no es consecuencia del mal mantenimiento o conservación de la obra. . . . ."

También es evidente que la jurisprudencia del 20 de marzo de 1956 invocada como contrariada, parte del supuesto fáctico de que los daños causados tengan origen en el conjunto de "operaciones materiales realizadas" para la construcción, reparación o conservación de la obra pública. Pero, tal hipótesis es diferente a la de inexistencia de operaciones materiales respecto de la reparación o conservación, o lo que es igual para este caso, la falta del debido mantenimiento y limpieza de la obra, sobre cuya base la sentencia recurrida sostiene que la acción tiene un procedimiento ordinario, en lo atinente a la pretensión indemnizatoria por dicha omisión.

Consecuentemente, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, no puede prosperar el recurso de súplica interpuesto.

En mérito de lo dicho, 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:

No prospera el recurso extraordinario de súplica formulado por el señor Florentino Tandioy Tisoy contra la sentencia proferida por la Sección Tercera el nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985), dentro del proceso por él instaurado contra el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

Aprobado en la Sala del 21 de mayo de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, ausente; *Jaime Abella Zárate,* Vicepresidente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Clara Mercedes González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna,* Salva el voto; *Carmelo Martínez Conn, Jaime Mossos Guarnizo,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltiure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes Moreno, Francisco Zuleta Holguín,* Conjuez, ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS / FALLA DEL SERVICIO POR OMISION (Salvamento de Voto).

> **En el presente caso se trataba de una típica responsabilidad extracontractual, los daños sobrevinieron por una confluencia de causas, tanto por la construcción defectuosa del canal como por la omisión de no mantenerlo limpio y conservado. Por eso el suscrito tampoco puede compartir ciertas aseveraciones o acotaciones que la parte motiva de la providencia de la que disiente, resalta: un "mal mantenimiento o conservación" y la "falta del debido mantenimiento y limpieza" son la misma cosa, por lo que no puede compartir que tales sutilezas o distinciones que sólo dependen del estilo de quien escribe, haga depender la prosperidad de un caso de tanto significado como el presente.**

Salvedad de Voto, del Consejero Alvaro Lecompte Luna en el fallo de Sala Plena calendado a cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991), aprobado en sesión celebrada a 21 de mayo del mismo año.

Referencia: Radicado No. R-005. Actor: Florentino Tandioy Tosoy
Recurso Extraordinario de Súplica (Reconstrucción).

Contrariamente al criterio sentado en la providencia acogida por la ilustrada mayoría de la Sala Plena en este asunto, muy respetuosamente el suscrito consejero estima que el recurso extraordinario de súplica ha debido prosperar y, como consecuencia de ello, al infirmarse la sentencia de nueve (9) de mayo de mil novecientos ochenta y cinco (1985) de la Sección Tercera, si se hubiera entrado a proferir fallo de instancia, estableciéndose los daños ocasionados sobre las fincas que se relacionan en el memorial-poder (fol.2) y su cuantía, tal vez habría sido posible condenar a la entidad pública demandada a pagar al actor la indemnización del caso.

Así se tiene: la sentencia de 20 de marzo de 1956 (consejero ponente Dr. Ildefonso Méndez, juicio de Castillo Angulo Hermanos Ltda.), de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de aquella época, que se dice contrariada por la del 9 de mayo de 1985, de la Sección Tercera según afirma el recurrente, y que por razones didácticas vuelve a reproducirse por el suscrito en su parte pertinente, es del siguiente tenor:

"1.- Los elementos que caracterizan, según los doctrinantes, 'los trabajos públicos' son:

a) Que estos sean efectuados por cuenta del ESTADO, ya sea directa o indirectamente, lo que vale decir en nuestro país, por cuenta de la Nación, los departamentos, los municipios y, en general, por entidad oficial.

b) Que el trabajo tenga una finalidad estrictamente de interés público o social.

c) Que se realice en inmuebles; y

d) Que el daño recaiga sobre una propiedad raiz y que entre él y el trabajo público exista una relación de causa a efecto.

2.- La competencia para conocer de los perjuicios derivados de tales trabajos no está unificada en nuestra legislación -como es lo técnico y sería lo deseable-; así, ella corresponde:

A lo contencioso administrativo, cuando el trabajo público no comparta la ocupación permanente de la propiedad privada (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 20 de junio de 1955) y siempre que se aunen estas dos condiciones: **que los daños causados tengan origen en el conjunto de operaciones materiales realizadas para su construcción, reparación o conservación;** y que el perjuicio sea directo -que exista una relación de causa a efecto entre éste y aquél-, en otras palabras, que no se haya interpolado ningún elemento extraño productor del daño". (Anales del consejo de Estado, Año XXXIV, Tomo LXI, núms, 382-386, 1955, págs. 403 y ss.; las subrayas son del recurrente y del suscrito por ser los vocablos que más incidencia tienen en la argumentación que seguidamente ha de hacerse para observar y deducir dónde se halla el desacuerdo entre ese pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo y el de 9 de mayo de 1985, de la Sección Tercera.).

La contradicción anotada estriba en la circunstancia de que la Sección Tercera vio en la demanda que dio origen al proceso una "indebida acumulación de pretensiones" porque dedujo que se estaban entremezclando solicitaciones propias de la antigua acción especial de indemnización por trabajos públicos -que

es a la que se refiere la jurisprudencia de 20 de marzo de 1956- (art. 261, C.C.A.: ley 167 de 1941), con las que caracterizaban la acción indemnizatoria que definía el art. 68 ibidem (o sea, la actual "acción de reparación directa").

En otras palabras, lo que quiere significar el recurrente es que la Sección Tercera (sorprendentemente el encabezamiento del proveído objeto de la súplica dice "Sección Cuarta") advirtió de modo equivocado una pretensión propia de la "acción especial de indemnización por trabajos públicos" donde no la había, contrariando de esa suerte los parámetros que para distinguir la una de la otra, había señalado la jurisprudencia de 1956.

Al tenor de la jurisprudencia de 1956, para que tuviera lugar la indemnización por trabajos públicos era indispensable que **hubiera ocupación temporal** del inmueble o que, además, esa ocupación ocasionare daños sobre la propiedad inmueble ocupada. Es decir, que la causa del daño fuese el trabajo con motivo de la ocupación del predio. Eso fue lo que observó, sin mayor detenimiento, la Sección Tercera porque el demandante solicitó condenar al **INCORA** "a reconocer y pagar al señor **FLORENTINO TANDIOY TISOY. . . .**"los perjuicios de orden material que se le ocasionaron con motivo de la construcción y falta de mantenimiento y limpieza del Canal B en el Valle del Sibundoy. . . . .", cuando en verdad, lo que pretendió fue que se le indemnizara por ese hecho (la construcción defectuosa y la falta de mantenimiento) que la causó daño, máxime si se tiene en cuenta que las fincas del actor **no estaban ocupadas** por los trabajos u obras, máxime cuando todo parece indicar que éstas ya habían concluído.

Para el suscrito consejero, la Sala Plena no sólo ha debido realizar un cotejo entre la sentencia que se dice contrariada o desconocida por la Sección, sino detenerse en las explicaciones silogísticas del recurrente, porque de haberlo hecho, habría sido fácil observar esa contradicción y, por lo tanto, habría prosperado el recurso. En el caso que se originó en la demanda de 6 de julio de 1977 en ejercicio de la acción indemnizatoria (art. 68), se trataba de una típica responsabilidad extracontractual. Los daños sobrevinieron con una confluencia de causas, tanto por la construcción defectuosa del canal como por la omisión (que es un hecho negativo) de no mantenerlo limpio y conservado. Por eso tampoco puede compartir ciertas aseveraciones o acotaciones que la parte motiva de la providencia de la que disiente, resalta: un "mal mantenimiento o conservación" y "la falta del debido mantenimiento y limpieza" son la misma cosa, por lo que no puede compartir que tales sutilezas o distinciones que sólo dependen del estilo de quien escribe, haga depender la prosperidad de un caso de tanto significado como el presente.

Mas, sin embargo, el núcleo de lo que separa al suscrito del pensamiento de la mayoría plasmado en la sentencia de que ahora se disiente descansa en la evidente y casi palpable contradicción del criterio de la Corporación sobre

indemnización por trabajos públicos y lo que entendió por tal la Sección Tercera en el fallo recurrido, que la distinguida mayoría no advirtió.

Con todo acatamiento,

Alvaro Lecompte Luna

Fecha: Ut Supra.

MAGISTRADO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO - Inhabilidades / **INSUBSISTENCIA** (Adición de Voto).

Si por la declaración juramentada del solicitante no pudo establecerse la inhabilidad para desempeñar el cargo, sino que resulta manifiesta con posterioridad a la confirmación del nombramiento, éste debe ser declarado insubsistente. De otra parte, constituye mala conducta el incumplimiento de los deberes propios, la infracción de las incompatibilidades y la incursión en los impedimentos de conducta para el ejercicio del cargo.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D. E., once (11) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Adición de Voto.

Referencia: Expediente No. C-169. Actor: Eduardo Pascuaza Benavides.

Con la consideración debida a la Sala Plena adiciono mi voto en los siguientes términos:

Entre las pruebas que deben aportarse para la confirmación de un nombramiento señala el numeral 5o. del artículo 67 del Decreto 1660 de 1978 la declaración juramentada del solicitante sobre ausencia de impedimentos e inhabilidades para el desempeño del empleo.

Y la autoridad competente para hacer la confirmación podrá negarla cuando se establezca que el funcionario o empleado está impedido o inhabilitado para desempeñar el cargo (art. 66 ibídem).

Si por la declaración juramentada del solicitante no pudo establecerse la

inhabilidad para desempeñar el cargo, sino que resulta manifiesta con posterioridad a la confirmación del nombramiento, este debe ser declarado insubsistente, en atención a lo dispuesto por el Capítulo I Título II, del Decreto 1888 de 1989.

De otra parte, constituía, mala conducta conforme al artículo 96 del Decreto 250 de 1970 el incumplimiento de los deberes propios, la infracción de las incompatibilidades y la incursión en los impedimentos de conducta para el ejercicio del cargo.

Deducible entonces que el nombramiento hecho en contravención de lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto 250 de 1970 fue el del doctor Claudio Pascuaza Benavides como Magistrado del Tribunal Administrativo de Nariño, por estar vinculado al mismo Tribunal su hermano Eduardo Pascuaza Benavides, es dicho nombramiento, el del doctor Claudio Pascuaza Benavides, el que debe declararse insubsistente de conformidad con el artículo 6o. del Decreto 1888 de 1989.

Mal podría repercutir el nombramiento de tal naturaleza en la situación del empleado vinculado al Tribunal desde el 9 de octubre de 1973, puesto que la inhabilidad sobrevino por haber sido designado cuando no podía serlo, el doctor Claudio Pascuaza Benavides, por prohibición explícita del artículo 18 del Decreto 250 de 1970. Y el incumplimiento de las normas sobre elección de funcionarios, la elección de funcionario inhábil, no puede generar efectos sino respecto de este, en cuanto su inhabilidad es la determinante de la aplicación del artículo 6o. del referido Decreto 1888, es decir, de su insubsistencia, y sólo de esta, la que por cierto, resulta suficiente a la obtención del fin propuesto por tal norma.

Aplicarla también respecto al nombramiento del señor Eduardo Pascuaza Benavides sería reconocerle efectos a una falta disciplinaria contra quien no ha incurrido en ella, no fue designado siendo inhábil ni nunca lo fue para desempeñar su cargo de Auxiliar, Grado 11, en el Despacho del Magistrado doctor Gonzalo Muñoz.

Nadie puede ser sancionado por una falta disciplinaria, si no fue consecuencia de su propia acción u omisión ni pudo evitar el resultado de la acción u omisión de un tercero, constitutiva de dicha falta.

Jaime Paredes Tamayo.

EMPLEADOS DE CARRERA JUDICIAL - Inhabilidades / **MAGISTRADO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO** - Inhabilidades / **CARRERA JUDICIAL**

La causal de inelegibilidad por inhabilidad consagrada en el artículo 5 del Decreto 1888/89, de llegar a configurarse, tendría que recaer, necesariamente, en el funcionario y no en el empleado, toda vez que, aquél fue el último de los designados para ocupar el cargo. Frente a la situación del Magistrado y para adelantar la investigación sobre la posible inhabilidad en que haya podido incurrir, se ordena abrir el correspondiente informativo.

Consejo de Estado.- Sala Plena.- Bogotá, D. E., siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *doctora Clara González de Barliza.*

Referencia: Expediente No. C-169. Actor: Eduardo Pascuaza Benavides.

En memorial de fecha 7 de Diciembre de 1990, el señor Eduardo Pascuaza Benavides identificado con cédula de ciudadanía No. 14.930.273 de Cali, pone en conocimiento del H. Consejo de Estado el siguiente hecho:

Por Oficio No. 19065 de 8 de Noviembre de 1990, dirigido a la Jefe de la Oficina Seccional de Pasto, el Director Nacional de la Carrera Judicial considera que su nombramiento debe declararse insubsistente por considerarlo incurso en la inhabilidad sobreviniente señalada en el art. 6 del Decreto 1888 de 1989, en razón de que su hermano Claudio Pascuaza Benavides fue elegido como Magistrado del Tribunal Administrativo de Nariño, sin tener en cuenta que cuando éste fue vinculado a la Entidad, el suscrito se encontraba prestando sus servicios en ella desde el 9 de octubre de 1973.

El Oficio en mención dispone:

"En atención a su Oficio OSCJ-0731-90 del 5 de Octubre de 1990, comedidamente me permito dar respuesta en los siguientes términos:

"el artículo 5 del Decreto 1888 prevee: ". . . .no podrán ser designados para una misma corporación o despacho judicial, ni para cargos entre los cuales haya dependencia funcional, quienes sean cónyuges entre si, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil".

"De otra parte el artículo 6º del citado decreto establece que:

". . . . Los nombramientos que se hagan en contravención de lo dispuesto en el presente capítulo y aquellos respecto de los cuales sugiere inhabilidad en forma sobreviviente, serán declarados insubsistentes mediante providencia motivada, aunque el funcionario o empleado se encuentre escalafonado en la Carrera Judicial. Esta providencia es susceptible de las acciones contenciosas administrativas pertinentes".

"Con base en las disposiciones anteriormente transcritas considero que existe inhabilidad sobreviniente, dado que los hermanos Pascuaza Benavides han sido nombrados para una misma corporación; en consecuencia el nombramiento del señor Eduardo Pascuaza como Auxiliar Judicial debe declararse insubsistente en forma inmediata, con las formalidades prescritas en el Artículo 6º del Decreto 1888 de 1989".

Ninguna dificultad presenta entender que, de acuerdo con los elementos de juicio que actualmente reposan en el informativo, la causal de inelegibilidad por inhabilidad consagrada en el artículo 5 del Decreto 1888 de 1989, de llegar a configurarse, tendría que recaer, necesariamente, en el funcionario y no en el empleado, toda vez que, aquél fue el último de los designados para ocupar el cargo.

Como del texto del Oficio transcrito se concluye que la controversia actual se contrae en la permanencia en el cargo del empleado adscrito al Tribunal, en aplicación del artículo 6º del citado Decreto 1888 de 1989 es al nominador del mismo a quien le corresponde pronunciarse al respecto.

Como de autos se establece que el señor Eduardo Pascuaza Benavides desempeña el cargo de Auxiliar Grado 11 del Tribunal Administrativo de Nariño, Despacho del doctor Gonzalo Muñoz Muñoz, es este funcionario quien está legalmente en capacidad de definir la situación planteada en el Oficio Nº 19065 de 8 de Noviembre de 1990 emanado del director Nacional de la Carrera Judicial.

Frente a la situación del Magistrado y para adelantar la investigación

sobre la posible inhabilidad en que haya podido incurrir, se ordena abrir el correspondiente informativo.

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

DECIDE:

Abstenerse de emitir pronunciamiento alguno sobre la permanencia en el cargo del señor Eduardo Pascuaza Benavides.

Enviar las presentes diligencias al Tribunal Administrativo de Nariño, Despacho del Magistrado Gonzalo Muñoz Muñoz, para su conocimiento.

Por la Secretaría General de esta Corporación, compúlsense copias de los documentos que obran en el expediente y ábrase el correspondiente informativo para investigar la posible causal de inegibilidad en que haya podido incurrir el doctor Claudio Pascuaza Benavides.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala en la sesión del 21 de Mayo de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barrero Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jaime Betancur Cuartas, José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Javier Henao Hidrón, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Juan Montes Hernández, Humberto Mora Osejo, Jaime Mossos Guarnizo, Jaime Paredes Tamayo,* con adición de voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* votó negativamente, *Rodrigo Vieira Puerta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Rechazo / **SALA UNITARIA / SALA DE DECISION / RECURSO DE SUPLICA**

El recurso extraordinario de súplica procede únicamente en contra de las sentencias y autos interlocutorios dictados por las Salas o Secciones de la Corporación. En consecuencia es improcedente el recurso interpuesto contra un auto de Sala Unitaria. Además, tampoco procede en contra de las providencias de la Sala de Decisión que resuelven el recurso ordinario del mismo nombre.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D. E., Siete (7) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Referencia: Expediente No. S-018. Actor: Flota Mercante Grancolombiana S.A.

El auto del 3 de marzo de 1987 dictado por el Señor Consejero Sustanciador del Proceso decretó la nulidad de todo lo actuado porque la jurisdicción Contecioso-Administrativa no es competente para su conocimiento.

En su contra se interpusieron los siguientes recursos:

a.- El extraordinario de súplica, por el Señor Fiscal Primero (1º) de la Corporación y el señor apoderado de Puertos de Colombia.

b.- El ordinario de súplica, mediante escrito que suscribe el apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda.

Este último recurso se resolvió desfavorablemente por la Sala de Decisión

de la Sección Primera en providencia del 16 de mayo de 1987, contra la cual, el mismo apoderado interpone el recurso extraordinario previsto en el artículo 2º de la Ley 11 de 1975.

En consecuencia, la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo debe resolver, en ese orden, el recurso extraordinario de súplica propuesto contra el auto dictado por el Sustanciador el 3 de marzo de 1987 y el propuesto contra el auto del 16 de mayo de 1987 de la Sala de Decisión.

Para el efecto **SE CONSIDERA:**

1o.- El recurso extraordinario de súplica que consagraba el artículo 2º de la Ley 11 de 1975 y que consagra hoy el artículo 130 del C.C.A. (Decreto 2304 de 1989) procede únicamente en contra de las Sentencias y autos interlocutorios dictados por las Salas o Secciones de la Corporación.

Esta es razón suficiente para determinar la improcedencia de los recursos interpuestos por el Ministerio Público y por el apoderado de la firma Puertos de Colombia en contra del auto de Sala Unitaria del 3 de marzo de 1987.

2o.- De otro lado, el recurso extraordinario de súplica tampoco procede en contra de las providencias de la Sala de Decisión que resuelven el recurso ordinario del mismo nombre.

Así lo prescribe el artículo 183 del C.C.A. en su inciso final:

> "El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será el ponente para resolverlo. **Contra lo decidido no procederá recurso alguno".** (Subraya la Sala).

Por consiguiente, no es de recibo la impugnación propuesta por el Señor apoderado de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda. en contra de la providencia del 16 de mayo de 1987 expedida por la Sección Primera - Sala de decisión.

En mérito de lo expuesto **SE RESUELVE:**

Rechazar por improcedentes los recursos extraordinarios de súplica interpuestos contra los autos de 3 de marzo de 1987 por el señor Agente del Ministerio Público y el señor apoderado de la Empresa Puertos de Colombia, y de 16 de mayo de 1987, pronunciado en Sala de Decisión - Sección Primera, propuesto por la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y Transportadora Grancolombiana Ltda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que esta providencia fue aprobada por la Sala en sesión de fecha cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, ausente; *Jaime Abella Zárate, Juan de Dios Montes Hernández, Reynaldo Arciniégas B. Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas,* ausente, *Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández, Diego Younes Moreno, Delio Gómez Leyva,* Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad / **CONFLICTO DE COMPETENCIA** - Trámite.

Cuando se presenta una petición en interés particular ante una entidad o autoridad administrativa y ésta se considera incompetente para conocer de ella y adoptar una decisión en relación con la petición, debe proceder a remitir la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará la remisión de la actuación al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado, según las reglas de competencia. En manera alguna está consagrada la posibilidad, como sí lo estuvo en vigencia del primitivo art. 88 del C.C.A., de que una persona que demuestre interés directo pueda intentar acción contenciosa ante esta jurisdicción.

CONFLICTO DE COMPETENCIA / JUNTA DE ADMINISTRACION - Registro / **ALCALDIA MAYOR / COMPETENCIA**

En ninguno de los casos en los cuales se presentó el conflicto de competencias administrativas se está en presencia de las "Asociaciones" creadas conforme a las previsiones de la Ley 56/85. Se trata, en la mayoría de los casos de Asociaciones o Juntas de Administración creadas conforme a las normas del C.C. sobre asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, para administrar fondos suministrados por propietarios o arrendatarios de inmuebles sometidos a las disposiciones sobre propiedad horizontal o por pisos. La competencia para conocer de la solicitud de registro de representantes legales y dignatarios de las indicadas Asociaciones y Juntas de Administración, y expedir con base en esos registros las certificaciones correspondientes, está radicada en la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. C-177. Actor: Antonio Bustos Esguerra, Personero del D.E. de Bogotá.
Acción de definición de competencias administrativas entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Ministerio de Desarrollo Económico - Superintendencia de Industria y Comercio.

El doctor Antonio Bustos Esguerra, Personero del Distrito Especial de Bogotá, por conducto de apoderado especial constituído al efecto, en ejercicio de la "ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS, prevista en el artículo 88 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 18 del Decreto 2304 de 1989", acude a esta Corporación para que, "con audiencia del Ministerio Público y notificación al señor Ministro de Desarrollo Económico, doctor Ernesto Samper Pizano y a la señora Superintendente de Industria y comercio, doctora Fidelia Villamizar de Pérez, se hagan las siguientes declaraciones:

"1. Que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es el organismo competente para conocer de las SOLICITUDES DE INSCRIPCION DE REPRESENTANTE LEGAL Y DIGNATARIOS elevadas por las siguientes asociaciones:
"....
"2. Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO el recibo de las solicitudes antes referidas a fin de que sea este organismo el encargado de estudiarlas y evacuarlas".

Fundamenta su demanda, en los siguientes

HECHOS:

1o. Que con fundamento en la ley 56 de 1985 "Por la cual se dictan normas sobre arrendamientos de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones", artículo 21, en su decreto reglamentario 1918 de 1986, por el cual se adiciona la estructura y funciones de la Superintendencia de Industria y comercio, las Oficinas Jurídicas de la alcaldía Mayor de Bogotá, mediante oficio 0278 de enero 9 de 1991, remitieron a la Superintedencia precitada, una serie de expedientes referidos a la solicitud de inscripción de representante legal y dignatarios, formulada por asociaciones de propietarios o copropietarios de unidades residenciales, condominios, conjuntos multifamiliares, etc.

2o. Con el propósito de devolver 293 expedientes en trámite relacionados con las asociaciones mencionadas, el 22 de febrero de año en curso se dirigieron a la Alcaldía Mayor de Bogotá unos funcionarios de la Superintedencia de Industria y comercio, quienes en declaración efectuada a sus superiores manifestaron que en la citada dependencia se negaron a recibir los indicados expedientes.

3o. Ante esta situación e invocando el derecho de petición, la Superintedencia Delegada para Arrendamientos, mediante oficio 0427 de febrero 26 del presente año, se dirigió al señor Personero Distrital solicitándole que le fueran recibidos los expedientes relacionados en la lista que junto con el oficio explicatorio le envió el jefe de la Oficina Jurídica de la alcaldía Mayor de Bogotá, para que ellos fueran repartidos a dicha oficina.

4o. Con el fin de atender la petición referida, se comisionó al Personero Delegado para el Derecho de Petición, Consulta y Copia, quien le dió cumplimiento al referido encargo, recibiendo los expedientes que ahora se hacen llegar, como anexo de la demanda, a esta Corporación.

LA DECISION

Para decidir, **se considera:**

1.- En providencia de once (11) de febrero de 1991 (expediente C-124, actor: Carbones de los Andes Ltda.), con ponencia del señor consejero de entonces, Dr. JOSE PADILLA VILLAR, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación encontró las siguientes diferencias existentes entre la norma contenida en el anterior artículo 88 del C.C.A. y la del artículo 18 del decreto-ley 2304 de 1989 que subrogó a aquélla:

a. El Decreto 2304 expresamente suprimió la posibilidad de que cualquier persona que demuestre interés directo pueda intentar la acción ante esta justicia, como sí lo proveía el Decreto 01 de 1984.

Así que sólo quedaron como titulares de la acción de definición de competencias administrativas las propias entidades administrativas protagonistas del conflicto de competencia.

b. Que dicho conflicto se "promoverá a solicitud de parte" como lo expresa el artículo 18 del decreto 2304 de 1989, modificatorio del 88 del C.C.A., tiene el significado de que las personas privadas pueden adelantar las diligencias del caso en la esfera gubernativa, ante los entes administrativos, tendientes **a que el conflicto se suscite por éstos a su vez frente a la presente jurisdicción y con observancia del procedimiento previsto en el susodicho artículo 18, incisos 2o., 3o. y 4o.** "Promover", según el diccionario de la Lengua Española

tiene la acepción de "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro", "resolver" equivale a "hallar la solución a un problema" y "dirimir" denota "componer una controversia". Así que utilizando la misma terminología del artículo 88 las personas privadas pueden gestionar ante la administración que sometan a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencia presentado en su seno para que sea el juez administrativo quien lo resuelva.

En otras palabras: cuando se presenta una petición en interés particular ante una entidad o autoridad administrativa y ésta se considera incompetente para conocer de ella y adoptar una decisión en relación con la petición, debe proceder a remitir la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, ordenará la remisión de la actuación al Tribunal correspondiente o al Consejo de Estado, según las reglas de competencia. En manera alguna está consagrada la posibilidad, como sí lo estuvo durante la vigencia del primitivo artículo 88 del C.C.A., de que una persona que demuestre interés directo pueda intentar acción contenciosa ante esta jurisdicción.

Por ello, la demanda presentada por el señor Personero Distrital de Bogotá fue rechazada de plano por el señor consejero ponente.

Empero, ante la circunstancia de no haber cumplido la Superintedencia de Industria y Comercio la norma positiva de derecho procesal precitada, que le imponía la obligación de remitir la actuación a esta Corporación por estarse en presencia de un conflicto de competencias administrativas, de naturaleza negativa, sino que, por el contrario, devolvió la documentación a la autoridad que primeramente se declaró incompetente para adelantar la actuación y tomar una decisión dentro de ella, la que se abstuvo de recibirla, razón por la cual, finalmente, llego ella a la Personería Distrital de Bogotá, por razones de economía procesal, el consejero ponente decidió avocar el conocimiento del conflicto negativo de competencias administrativas, que se presentó entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Las razones alegadas por las partes en conflicto.

Para la Alcaldía Mayor de Bogotá la competencia para conocer y decidir acerca de las solicitudes de **inscripción de representantes legales y dignatarios,** presentadas por asociaciones de propietarios o copropietarios de unidades residenciales, condominios, conjuntos familiares, etc., le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, Tercer Delegado, por cuanto correspondiendo a dicha agencia estatal la atribución de "otorgar, suspender, cancelar o negar Personería Jurídica a las Asociaciones de que trata el artículo 21 de la Ley 56 de 1985" y "aprobar o rechazar los reglamentos adoptados por las asociaciones de vecinos, copropietarios, coarrendatarios o arrendatarios", en la medida de las delegaciones que le otorgue el superintendente (art. 4o. del Decreto-Ley 1918 de 1986, reorgánico de la Superintedencia indicada), asociacio-

nes que, de acuerdo con el artículo 21 de la ley 56 de 1985, es permitido constituir, con personería jurídica, a los copropietarios, coarrendatarios o a los arrendatarios de vivienda compartida y vecinos, con el objeto de procurar servicios comunes asociados con la vivienda, tales como vigilancia vecinal, aseo y mantenimiento de áreas de uso común y aquéllos de la misma índole que se deriven de los reglamentos de copropiedad o coarrendamiento, es apenas natural y obvio que sea el mismo organismo el competente para conocer de aquellas que tienen íntima relación con las actuaciones propias de los objetivos o funciones señalados en sus Estatutos o Reglamentos.

Considera la Alcaldía de Bogotá, por otra parte, que se está en presencia de una regulación específica para determinado tipo de asociaciones sin ánimo de lucro, como ocurre en otras similares como las educativas, las sindicales, las de tipo cooperativo, las asociaciones y fundaciones relacionadas con asuntos indígenas y las Juntas de Acción Comunal, las Cajas de Compensación Familiar, etc., respecto de las cuales la competencia para el otorgamiento de la personería jurídica y la inscripción de sus representantes legales se encuentra radicada en entidades diferentes a la Alcaldía Mayor de Bogotá -Ministerio de Educación, ICFES, Ministerio de Trabajo, Departamento Administrativo de Cooperativas, Ministerio de Gobierno, Superintendencia de Subsidio Familiar, etc.- por disposiciones especiales, y no en dicha Alcaldía que, en los términos de la ley 22 de 1987, norma de carácter general, asumió desde su vigencia la competencia que hasta entonces correspondía al Ministerio de Justicia en relación con asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, con régimen diferente al establecido de manera especial para cada una de las asociaciones, fundaciones, corporaciones y entidades sin ánimo de lucro señaladas, a título de ejemplo, por la Oficina Jurídica de la Alcaldía de Bogotá.

Por su parte, la Superintendencia de Industria y Comercio expresa las siguientes razones para llegar a la conclusión de que la competencia le corresponde a la Alcaldía Mayor de Bogotá:

a) Las Asociaciones creadas conforme a la ley 56 de 1985, tienen características bien definidas, como puede verse de su artículo 21, en concordancia con el artículo 1o. ib.: ellas sólo pueden constituirse sobre inmuebles destinados a **vivienda urbana** y que tengan como objetivo procurar servicios comunes asociados con la vivienda, tales como vigilancia, aseo y mantenimiento de áreas comunes, y aquellos de la misma **índole** que se deriven de los reglamentos de copropiedad o coarrendamiento, lo que quiere decir que las asociaciones que se aparten de este objetivo, no están bajo la competencia de la Superintendencia.

b) Según la ley 22 de 1987, corresponde al Gobernador de Cundinamarca y al Alcalde del D. E. de Bogotá, reconocer y cancelar personería jurídica a las asociaciones, corporaciones, fundaciones de utilidad común que tengan su domicilio en el Departamento de Cundinamarca y en el Distrito Especial de

Bogotá, respectivamente, cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia.

Una buena parte de los expedientes que envió la Alcaldía de Asociaciones, otorgan personería jurídica con base en esta ley, antes de entrar en vigencia las asociaciones de la Ley 56 de 1985, otras tienen personería otorgada después de esta fecha y tiene objetivos o finalidades muy diferentes a las del artículo 21 de la ley 56 indicada.

c) Muchas de otras Asociaciones son de copropietarios de oficinas y locales comerciales, que desde luego nada tienen que ver con VIVIENDA, que es requisito sine qua non de las asociaciones de la ley 56, y no obstante que la ley 182 de 1948, sobre régimen de propiedad de pisos y departamentos bajo la cual fueron creadas, establece que no requieren de personería jurídica, la Alcaldía se las otorgó equivocadamente, situación que debe ser subsanada por la respectiva entidad territorial.

d) Finalmente, se encuentran las Asociaciones a quienes se les reconoció personería por la Alcaldía Mayor con base en la ley 16 de 1985, asociaciones que se refieren exclusivamente a propiedad horizontal, y, respecto de las cuales el artículo 7o. del decreto reglamentario 1365 de 1986, es claro en fijar la competencia de registro y certificaciones en la Alcaldía Mayor de Bogotá.

En conclusión: de las cuatro clases de asociaciones citadas, sólo cuando se trata de las primeras, corresponde el conocimiento a la Superintendencia de Industria y Comercio, y no hay un sólo expediente de los enviados por la alcaldía en que los solicitantes o interesados hayan invocado para el reconocimiento de personería jurídica el artículo 21 de la ley 56 de 1985, o el decreto 1918 de 1986.

3. De las diferentes disposiciones citadas por la Alcaldía Mayor del D. E. de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio, para fundar en ellas la competencia de la entidad contraria para llevar el registro de los representantes legales y dignatarios de las asociaciones de propietarios, copropietarios, arrendatarios y coarrendatarios y vecinos, y expedir los correspondientes certificados con los cuales se pueda probar esa representación legal o el cargo directivo en la asociación, la Sala deduce lo siguiente:

a. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 22 de 1987, "corresponde al Gobernador del Departamento de Cundinamarca y al Alcalde Mayor del distrito Especial de Bogotá, reconocer y cancelar personería jurídica a las Asociaciones, Corporaciones, Fundaciones e Instituciones de utilidad común, que tengan su domicilio en el Departamento de Cundinamarca, y en el Distrito Especial de Bogotá, respectivamente, **cuya tramitación se venía adelantando ante el Ministerio de Justicia"** (Subraya la Sala).

Se pudiera decir, que esa es la regla general de competencia administrativa y que las excepciones a ella son de alguna consideración, pues, como bien lo observa la Secretaría General de la alcaldía de Bogotá, existen una serie de regulaciones específicas para asociaciones, fundaciones, corporaciones e Instituciones de Utilidad Común que tienen determinados objetivos que se relacionan con uno u otro Ministerio, uno u otro Departamento Administrativo, una u otra Superintendencia, que no sólo ejercen las funciones de inspección y vigilancia sobre ellas en particular por desarrollar actividades propias del ramo, sino que son los organismos encargados de "formular, dirigir y desarrollar las políticas nacionales" en la materia propia de ese ramo, y a quienes, por razones obvias se les ha otorgado la competencia no sólo para otorgar o reconocer la personería jurídica a la nueva Asociación, corporación, Fundación o Institución de Utilidad Común, sino también, y como consecuencia lógica de ello, la de llevar el registro de sus representantes legales y dignatarios de sus órganos de dirección. Tales son los casos, puestos a título de ejemplo por la Alcaldía Mayor de Bogotá, a saber: 1. El reconocimiento u otorgamiento de la personería jurídica a las Confederaciones, Federaciones y organizaciones sindicales por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (C. S. de T., artículos 366 y 423); 2. El reconocimiento u otorgamiento de personería jurídica a las Cooperativas por parte del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas (Ley 24 de 1981 y 79 de 1988, y Decreto reglamentario 3559 de 1981); 3. El reconocimiento u otorgamiento de personería jurídica a las instituciones no oficiales de educación superior por parte del Ministerio de Educación, previo concepto del ICFES (ley 24 de 1988, Decreto 80 de 1980, Decreto 2743 de 1980, 925 de 1985 y 2001 de 1986); 4. Otorgamiento de personerías jurídicas a las juntas, asociaciones, federaciones y confederaciones de acción comunal y de las corporaciones y fundaciones que desarrollan actividades relacionadas con las comunidades indígenas por parte del Ministerio de gobierno (Decretos 126 de 1976, 1930 de 1979, 2145 de 1985 y 300 de 1987); etc.

b. También le corresponde a las alcaldías municipales y a la del C. E. de Bogotá, conforme a lo dispuesto en el art. 5o. de la Ley 16 de 1985, modificatoria de la ley 182 de 1948 sobre propiedad horizontal, y en el art. 7o. del decreto reglamentario 1365 de 1986, llevar el registro sobre la existencia y representación legal de las personas jurídicas relativas a la propiedad horizontal, y expedir las posteriores certificaciones, previa comprobación de que la escritura de protocolización del reglamento de copropiedad y de la declaración municipal, a que alude el artículo 19 de la precitada ley 182 de 1948, se hallan debidamente registradas en la correspondiente Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Se trata, en este caso, de propiedad horizontal constituída conforme a lo establecido en la ley 16 de 1985, o de inmuebles que se sometieron al régimen de la ley 182 de 1948, pero respecto de los cuales sus propietarios, con posterioridad, resolvieron acogerse a las disposiciones de la ley 16 de 1985, previa reforma del reglamento y el cumplimiento de las diligencias ordenadas en dicha ley, convir-

tiéndose, en consecuencia, en persona jurídica distinta de los propietarios de los bienes de dominio particular o exclusivo individualmente considerados.

Se aclara, por la Sala, que realmente, como lo observa la Superintedencia de Industria y Comercio cuando el inmueble se constituyó en propiedad horizontal bajo el régimen de la ley 182 de 1948, y, por otra parte, los propietarios no han decidido acogerse al régimen de la ley 16 de 1985, no hay lugar a reconocerle personería jurídica por parte de las Alcaldías a la propiedad horizontal, personería que sólo confiere la ley 16 precitada a las constituídas conforme a ella, es decir, a partir de su vigencia, y a las que habiéndose constituído bajo el régimen anterior, se sometan al nuevo régimen de propiedad horizontal, previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley y su decreto reglamentario. Tampoco hay lugar en este caso al registro en las alcaldías municipales de la persona que haya sido designada, por los propietarios en asamblea general, como Administrador de copropiedad o condominio, circunstancia que se prueba con la copia autenticada de la correspondiente acta de la Asamblea o del órgano de dirección a quien, según el reglamento de copropiedad, corresponda la designación de dicha persona.

c) Finalmente, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio otorgar la personería jurídica a las Asociaciones que se creen por los propietarios, los coarrendatarios o los arrendatarios de vivienda compartida y los vecinos, con el objeto de procurar servicios comunes asociados con la vivienda, tales como vigilancia vecinal, aseo y mantenimiento de áreas comunes y aquellos de la misma índole que se deriven de los reglamentos de copropiedad o coarrendamiento, competencia que no sólo surge de la misma ley 56 de 1985, art. 21, inciso tercero, ya que aquella es la entidad "encargada de cumplir tales funciones -las de inspección y vigilancia administrativa- en cuanto **al contrato de arrendamiento**" (subraya la Sala), sino igualmente del decreto 1818 de 1986, art. 4o., reorgánico de la Superintendencia precitada. Obviamente, será la misma Superintendencia la encargada de llevar el registro de los representantes legales y dignatarios de los organismos de dirección de dichas asociaciones, y certificar sobre el particular.

Es entendido que esas Asociaciones a que se refiere la ley 56 de 1985 tienen que ver exclusivamente con inmuebles destinados a **vivienda urbana,** ya que la indicada ley contiene normas "sobre arrendamiento de vivienda urbana", es decir, que no tiene relación alguna con inmuebles destinados al funcionamiento de oficinas, de locales comerciales, o al funcionamiento de oficinas y locales. En otras palabras, son Asociaciones que pueden ser creadas por propietarios de diferentes inmuebles destinados a vivienda y no sometidos a un régimen de propiedad horizontal, o por propietarios y coarrendatarios o arrendatarios de esos mismos inmuebles, o por arrendatarios de vivienda compartida, o por vecinos de determinado barrio o sector de una población o ciudad, propietarios o arrendatarios de inmuebles no sometidos a un régimen de propiedad horizon-

tal, para procurarse servicios comunes asociados con la vivienda, tales como vigilancia vecinal, aseo y mantenimiento de áreas de uso común.

Las Asociaciones de propietarios, o de éstos y arrendatarios o coarrendatarios, de inmuebles no destinados a vivienda, que también pueden crearse, conforme a la ley, para los mismos objetivos de procurarse servicios comunes, y que no tengan ánimo de lucro, deben solicitar y obtener su personería jurídica de la Gobernación o de la alcaldía, quien igualmente tiene la competencia para llevar el registro de los representantes legales y dignatarios de ella, como cualquier otra corporación, asociación o entidad común, según lo prescrito en la Ley 22 de 1987.

De acuerdo con lo anterior se tiene que, en cuanto hace al caso que ocupa la atención de la Sala, se ha presentado conflicto negativo de competencias administrativas en relación con las solicitudes de inscripción de representantes legales y dignatarios formuladas por las siguientes Asociaciones o Corporaciones:

1. **Asociación de Propietarios de la Unidad Residencial Roma III,** con personería jurídica otorgada por resolución 4545 de septiembre 11 de 1981, proferida por el Ministerio de Justicia.

2. **Conjunto Multifamiliar Gonzalo Jiménez de Quesada** con personería jurídica otorgada por resolución 4231 de 1973 del Ministerio de Justicia.

3. **Asociación conjunto Residencial Bosque de los Comuneros,** con personería jurídica conferida por Resolución 008 de enero 5 de 1989, proferida por la Alcadía Mayor de Bogotá.

4. **Edificio Baraya,** con personería jurídica otorgada por resolución 3811 de 1979, expedida por el Ministerio de Justicia.

5. **Junta Administradora del Edificio Andrés,** con personería jurídica conferida por resolución No. 2157 de 18 de septiembre de 1984, expedida por el Ministerio de Justicia.

6. **Asociación de Adjudicatarios y/o copropietarios de vivienda Multifamiliar "Asoadvimul" de la Supermanzana Siete de ciudad Kennedy,,** con personería jurídica conferida por resolución 3920 de 1969, proferida por el Ministerio de Justicia.

7. **Asociación de Propietarios del Condominio El Rincón de los Sauces,** con personería jurídica conferida por resolución 0683 de mayo 17 de 1988 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

8. **Asociación de Propietarios del Barrio Bello Horizonte** "Asoprovibello", con personería jurídica otorgada por resolución 0145 de mayo 7 de 1986, proferida por el Ministerio de Justicia.

9. **Asociación de Copropietarios del Edificio Mariscal,** con personería jurídica conferida por resolución 1256 de 1982, expedida por el Ministerio de Justicia.

De la documentación que se anexó a la demanda no admitida presentada por el señor Personero distrital, es imposible determinar, en la mayoría de los casos, cuáles de esas Asociaciones o juntas administradoras de edificios, unidades residenciales o conjuntos residenciales, tuvieron su origen en las previsiones de la ley 182 de 1948, antigua norma sobre propiedad horizontal, y cuáles en las de la ley 16 de 1985, nueva norma sobre esa materia que no deroga la anterior de 1948, por haberse constituído conforme a ella, o haberse acogido a la nueva ley, después de haberse constituido conforme a la ley 182 indicada, es decir, en relación con inmuebles sometidos a las normas sobre propiedad horizontal, aspecto que no tiene ninguna incidencia en la determinación de la competencia discutida, ya que todo ello es de la competencia de las alcaldías municipales y de la del D.E. de Bogotá, conforme a la ley 16 de 1985 y su decreto reglamentario, y no de la Superintendencia de Industria y Comercio, tanto en lo que hace relación a la personería jurídica reconocida por esa ley, como en lo tocante con el registro de representantes legales y dignatarios.

Pero lo que sí es claro, y surge de la misma documentación, es que se trata de asociaciones de propietarios de vivienda o de vivienda y locales comerciales integrados en un edificio, creadas para manejar los fondos que de acuerdo con los estatutos se convengan y propender a la conservación y vigilancia del edificio, condominio, unidad o conjunto residencial en beneficio de propietarios, arrendatarios o residentes, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Título 36, Libro Primero del Código Civil y normas concordantes, en la mayoría de los casos presentados a consideración de la Sala, y en otros, los menos, de propiedad horizontal regida por la ley 16 de 1985.

En el primer caso, la competencia le corresponde a la Alcaldía Mayor de Bogotá, en los términos de la ley 22 de 1987, por haberse radicado en ella la competencia que hasta entonces estuvo en el Ministerio de Justicia; en el segundo, por provenir la competencia de la ley 16 de 1985 y su decreto reglamentario 1365 de 1986, también la competencia está radicada en dicha Alcaldía.

En síntesis; en ninguno de los casos en los cuales se presentó el conflicto de competencias administrativas se está en presencia de las "Asociaciones" creadas conforme a las previsiones de la ley 56 de 1985. Se trata, en la mayoría de los casos, de Asociaciones o Juntas de Administración creadas conforme a las

normas del Código Civil sobre asociaciones, corporaciones, fundaciones e instituciones de utilidad común, para administrar fondos suministrados por propietarios o arrendatarios de inmuebles sometidos a las disposiciones sobre propiedad horizontal o por pisos, que, ante la circunstancia de no haberles reconocido la ley 182 de 1948 personería jurídica, como sí lo vino a hacer la ley 16 de 1985, se vieron obligadas, para efectos de obtener en la jurisdicción ordinaria, el cobro de las cuotas ordinarias y extraordinarias de administración de la propiedad horizontal, a acudir a las normas del indicado código para obtener personería jurídica, y poder así comparecer en juicio civil como acreedores acreditando su existencia y su representación legal.

En otros casos, los menos al parecer, de propiedad horizontal con personería jurídica reconocida en los términos de la precitada ley 16 de 1985.

En uno u otro caso, se repite, la competencia la tiene la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, define el conflicto de Competencias Administrativas que se ha presentado, en relación con los casos indicados en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de declarar que la competencia para conocer de la solicitud de registro de representantes legales y dignatarios de las indicadas Asociaciones y Juntas de Administración, y expedir con base en esos registros las certificaciones correspondientes, está radicada en la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor alcalde Mayor de Bogotá y al señor Superintendente de Industria y Comercio, y devuélvase la documentación a la Oficina Jurídica de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha doce de junio de mil novecientos noventa y uno.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate,* ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker,* ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, Guillermo Chahin Lizcano,* ausente, *Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* ausente; *Juan Montes Hernández, Jaime Mossos Guarnizo,* ausente; *Dolly Pedraza de Arenas,* ausente; *Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio Cesar Uribe Acosta, Daniel Suárez Hernández, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS - Titularidad / **PERSONERO MUNICIPAL** (Aclaración de Voto).

No es posible aceptar la intervención del Personero Municipal en el traslado de los documentos al Consejo de Estado como si se tratara de un particular ajeno a la Administración Municipal. El Personero en este caso actuó como representante del Distrito Especial de Bogotá, no como un tercero o un particular, por lo que el auto avocó el conocimiento debió proferirse porque era procedente y no "por economía procesal", porque la acción era ejercitada por una de las entidades administrativas en conflicto.

Aclaración de Voto del Consejero *Jorge Penen Deltieure*.- Bogotá, D.E., junio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Referencia: Expediente No. C-177. Actor: Antonio Bustos Esguerra.

Tal como lo expresé con ocasión del estudio y discusión de la providencia que definió el conflicto de competencias administrativas entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y el Ministerio de Desarrollo Económico - Superintendencia de Industria y Comercio- en el Expediente No. C-177, aclaro el voto en el sentido de que no es posible aceptar la intervención del Personero Municipal en el traslado de los documentos al Consejo de Estado como si se tratara de un particular ajeno a la Administración Municipal. Tal parece que esa es la idea que se tuvo al proferir el auto que avocó el conocimiento del conflicto en esos términos "... por razones de economía procesal, el consejero poniente decidió avocar el conocimiento del conflicto negativo de competencias, que se presentó entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio", dando a entender con ello que el Personero actuó como un particular que no podía intentar la acción de acuerdo con la interpretación que en providencia del 11 de febrero de 1.990 (E.C. 124) se le dió al artículo 18 del Decreto Ley 2304 de 1.989

que subrogó el anterior artículo 88 del C. C. A.. de tal providencia se colige que son titulares únicos de la acción de definición de competencias las entidades administrativas protagonistas del conflicto de competencia.

Sin duda alguna en este caso el señor Personero Municipal actuó como Representante del Distrito Especial de Bogotá, no como un tercero o un particular, por lo que el auto que avocó el conocimiento debió proferirse porque era procedente y no "por economía procesal", porque la acción era ejercitada por una de las entidades administrativas en conflicto, de acuerdo con la interpretación que la Corporación le ha dado al artículo 88 del Decreto 2304 de 1.989.

Atentamente,

Jorge Penen Deltieure

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales / **PRUEBA RECOBRADA**

La procedencia de la causal segunda de revisión, conforme a la doctrina tradicional, se interpretó siempre con criterio eminentemente restrictivo, en cuanto a que las "piezas" que se dijeron "recobradas", eran solamente aquellas documentales, cuyo acopio al proceso se hubiera visto obstaculizado por fuerza mayor o caso fortuito u obra de la parte contraria, en ningún caso debido a la negligencia o descuido del contendiente a quien interesaban, y que tuvieran aptitud suficiente para variar el sentido de la decisión acusada.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales /**NULIDAD EN LA SENTENCIA**

La causal sexta de revisión es exclusivamente "la originada en la sentencia que puso fin al proceso", no aquellas de que estuvieren viciados otros actos procesales, conforme al artículo 152 del C.C.A. Si la nulidad otorgada se configuró durante el trámite de la reconstrucción, es palmario que la misma no se dio en la sentencia y mal podría tenérsela por causal de revisión.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, Junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno.

Referencia: Radicación Rev - 016. Recurso de Revisión contra sentencia de Agosto 14 de 1987 de la Sección Primera del Consejo de Estado. Actor: Asociación de Propietarios del Chicó Oriental. Fallo.

Consejera Ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Se decide el recurso extraordinario de revisión propuesto en término, mediante apoderado, por la ASOCIACION DE PROPIETARIOS DEL CHICO ORIENTAL, la actora, contra la sentencia de segundo grado, de 14 de agosto de 1987, inhibitoria, dictada por la Sección Primera de esta Corporación, en el juicio de plena jurisdicción promovido respecto de la licencia de construcción y aprobación de planos números 8430 y 9657 de 6 de junio de 1980, expedidos por la División de Control de la Secretaría de Obras Públicas del distrito Especial de Bogotá, a Construcciones La Sirena, Ltda.

Constituye antecedente principal, el fallo de primera instancia, de 31 de julio de 1984, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, en cuanto declaró la nulidad de la reseñada licencia y dispuso la suspensión de las obras iniciadas en desarrollo de ésta, sin que se emitiera un pronunciamiento en torno de la demolición de tales obras, también impetrado en el libelo, circunstancia que motivó la apelación de la accionante. El fallo fue impugnado, igualmente, por el Banco del Estado, en condición de parte adhesiva, con miras a que se denegaran las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA RECURRIDA:

La decisión inhibitoria, se fundamenta esencialmente, en la circunstancia de que la demandante no acreditó, "que algún derecho suyo, amparado por una norma jurídica, hubiera podido ser lesionado por el acto administrativo consistente en la licencia de construcción. . . . . .", esto es, que omitió probar el interés directo que tenía en los resultados del juicio, pues solamente demostró el reconocimiento de su personería y representación legal.

Admitió, como hipótesis, la afectación que, contra los intereses de los propietarios o residentes del sector de la construcción autorizada, hubiera generado la misma, pero no encontró que dichos afectados comparecieran al proceso, personalmente o por conducto de quien representaba sus derechos, conforme a la ley.

Destacó, asímismo, el hecho de que no obrara en el proceso siquiera la copia de los estatutos de la demandante, como prueba de "su creación, organización, funciones, derechos, patrimonio, etc.", por lo que, en su entender, mal podría pretender aquélla que se la tuviera por parte legítima, ignorándose quienes eran las personas naturales o jurídicas a las que representaba la misma, si se daba para todas éstas el perjuicio alegado en la demanda, o cuál era la incidencia específica, debidamente delimitada, pues ningunos linderos habían sido fijados en el juicio.

Concluyó, que no estando probado el interés "que la persona jurídica, como

entidad distinta de quienes la componen", pudiera tener en el resultado del proceso, dicha persona carecía de legitimación en la causa, procediendo a anular la sentencia de primer grado y a declararse inhibido para un pronunciamiento de mérito sobre la cuestión ventilada.

EL RECURSO DE REVISION Y SU CONTESTACION:

El recurso extraordinario de revisión se sustenta en las causales 2a. y 6a. del artículo 188 del decreto 01 de 1984, sobre las que se afirma:

1. **Causal segunda:** "Cuando se recobraren piezas decisivas, después de dictada la sentencia, con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión diferente". (artículo citado, 2).

El alegato de conclusión para fallo de segunda instancia, presentado por la demandante antes de la desaparición del expediente, contenía un extenso comentario acerca de las facultades de aquélla, conforme a los estatutos que obraron en el expediente original, para representar los intereses del barrio y comunidad del Chicó Oriental, y la transcripción del pertinente artículo.

A su vez, la solicitud de reconstrucción del expediente, aparte de dar "fe y razón" del dictamen pericial e inspecciones judiciales practicadas en la primera instancia del juicio, que no podían ser ignoradas por el ad quem, hizo ver, claramente, cómo las pretensiones de nulidad de la opositora, Construcciones La Sirena, Ltda. basadas en que ni la demandante o sus asociados poseían inmuebles en el área afectada por las obras autorizadas, carecían de fundamento y habían sido denegadas por el a quo, por auto de 21 de septiembre de 1982, cuya copia se pidió compulsar para la reconstrucción, en el mismo escrito.

Pero, no se decretó dicha prueba, ni se la tomó en cuenta en la sentencia recurrida, pese a que la misma establecía plenamente la existencia de los estatutos de la actora en el juicio y la personería sustantiva de ésta, y habría dado lugar, por tanto, a una decisión diferente de la proferida.

Se acompaña, pues, copia hábil de la providencia en cuestión, como pieza decisiva recobrada, para el efecto decisorio de que se trata.

2. **Causal Sexta:** "Cuando existiere nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y que no era susceptible de recurso" (ib.6).

En el trámite de la reconstrucción del proceso, se incurrió en la causal 6a. de nulidad del artículo 152 del Código de Procedimiento Civil, en conexión con el artículo 165 del decreto 01 de 1984, "cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas.....", por cuanto el ponente no decretó la totalidad de las solicitadas en el escrito de la reconstrucción, habién-

dose limitado a las que, por entonces, le indicó la Fiscalía, con prescindencia, en particular, de las concernientes al auto de 21 de Septiembre de 1982, arriba mencionado, que se había impetrado en el punto "A" del citado escrito, y al alegato de conclusión para sentencia de segundo grado, presentado por la actora, piezas en las que se examinaba y tenía por demostrada su personería sustantiva, con apoyo en sus estatutos.

Ello implicó, además, la violación de los artículos 1o., numerales 6o. y 7o, y 2o., numeral 1o, del decreto 3825 de 1985, que regulaban precisas formalidades de la reconstrucción de expedientes.

A su turno, el Banco del Estado, como impugnador adhesivo, apunta, en lo fundamental:

Axioma del derecho procesal en la materia, propugnado por la Sala Civil de la corte, en sentencia de 11 de junio de 1976, es el de que "el recurso de revisión no está instituído por la ley para que los litigantes remedien los errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia recurrida", en el sentido de replantear las cuestiones ventiladas y ya decididas, u ofrecer medios para mejorar la prueba mal aportada o dejada de aducir, o variar la causa petendi por delegación de hechos no comprendidos inicialmente en ésta, o dar ocasión a la proposición de excepciones no alegadas oportunamente.

De otro lado, para el caso, "el proceso en que se dictó la sentencia", debe ser el reconstruido y no el desaparecido, de suerte que la recurrente no puede adicionar la reconstrucción, como lo pretende, mediante la incorporación inoportuna de elementos de juicio que no allegó en su momento.

En cuanto a cada una de las causales de revisión afirma:

a) **Causal Segunda:** Las "piezas decisivas recobradas", según la actora, fueron estatutos de ésta, de los que se afirma que, si bien obraban en el expediente original, no fueron traídos luego al que se reconstruyó, pese a la solicitud en tal sentido.

No obstante, en primer término, como lo tienen establecido la doctrina y la jurisprudencia, la causal solo puede prosperar cuando la ausencia de las "piezas decisivas", no le sea imputable a la parte que las echa de menos, esto es, según el Código de Procedimiento Civil, que "el recurrente no haya podido aportarlas por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria", hipótesis que no se cumple aquí, pues los estatutos en cuestión jamás estuvieron ocultos o perdidos y de haberse requerido los mismos, fácilmente hubieran podido incorporarse durante la reconstrucción, lo que no hizo la recurrente.

En segundo lugar, aunque aquellos hubieran obrado en el proceso, el

sentido del fallo recurrido no podría haber sido distinto, pues el derecho alegado por la recurrente, sólo podía emanar, de acuerdo con lo dicho en la sentencia, de la calidad de propietario, residente, vecino o habitante del sector donde estaba ubicado el edificio cuya licencia de construcción se impugnó, y no de los estatutos, que nada decían, ni dicen, sobre que la asociación tuviera la representación de dichas personas.

Además, tratándose de un proceso reconstruído, la actora, como primera interesada, debió decir cuáles eran las "pruebas aducidas" que obraban en el expediente destruido, de conformidad con los artículos 1o, numeral 2o, letra b), y 2o. del decreto 3825 de 1985, para que mediara el pronunciamiento sobre las mismas contemplado en el artículo 1º, numeral 6º, ib.

Y aún en el evento de que las pruebas que echó de menos la sentencia impugnada, hubieran sido pedidas por la demandante, en el curso de la reconstrucción, y no aparecieren decretadas por el ponente, lo procedente era reponer contra el auto que decretó la reconstrucción, en ningún caso utilizar la revisión para tal fin.

Por lo demás, si el auto de 21 de septiembre de 1982, que se menciona en el recurso, era de la importancia que se le atribuye, el mismo debió ser aportado a la reconstrucción, no pudiendo ser estimado en la revisión, por inoportuno.

b) **Causal Sexta:** La nulidad aquí contemplada, no debe entenderse referida al proceso en que fue proferida la sentencia, sino a la sentencia misma, por faltar alguno de los requisitos que la ley exige de ésta, como así lo definió la Corte en sentencia de 13 de julio de 1974, a propósito de la causal 8a. del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, similar a la propuesta en el recurso. Y como ésta, parte del supuesto del "trámite irregular y equivocado que se le dió a la reconstrucción del proceso", sobra analizar si el ponente, en el curso de la misma, decretó, o no, las pruebas que se le pidieron, adicionalmente, porque la respectiva providencia debió ser recurrida, lo que no aparece en autos.

Como sobra, igualmente, la consideración sobre si en la sentencia objeto de la revisión se tuvo en cuenta, o no, el auto de 21 de Septiembre de 1982, acerca de una presunta nulidad del proceso, cuya copia no se anexó a la solicitud de reconstrucción.

Por último, el curador ad litem de la opositora Construcciones La Sirena Ltda., se pronuncia en términos semejantes a los expuestos por el impugnador, con la anotación de que, ante la supuesta violación directa de la constitución y la ley sustantiva, debió proponerse oportunamente, el recurso extraordinario de anulación y no el de revisión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.- Sobre la Causal Segunda:

Bien dice el impugnador, que la procedencia de la causal invocada, conforme a la doctrina tradicional, se interpretó siempre como criterio eminentemente restrictivo, en cuanto a que las "piezas" que se dijeron "recobradas", eran solamente aquellas documentales, cuyo acopio al proceso se hubiera visto obstaculizado por fuerza mayor o caso fortuito u obra de la parte contraria, en ningún caso debido a la negligencia o descuido del contendiente a quien interesaban, y que tuvieran aptitud suficiente para variar el sentido de la decisión acusada.

Sobre esta causal dijo el Consejo de Estado en sentencia del 26 de Febrero de 1986, Expediente 004, con ponencia del Consejero Carlos Betancur Jaramillo:

> "La causal debe interpretarse como las restantes del artículo 188, con criterio restrictivo y con referencia a la prueba documental ("piezas" tiene ese alcance) porque es fácil pensar que se refiere a cualquier medio probatorio y que la causal sirve para suplir la negligencia o el descuido de la parte interesada, quien en la nueva oportunidad aportaría documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o pediría testimonios de personas que tenía a su disposición desde un principio o un peritazgo que omitió solicitar.
>
> "No, este no puede ser el sentido de la prueba recobrada, ya que ésta para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Devis Echandía, el que anota "que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria".

Por otra parte, aunque el impugnador asume que la "pieza decisiva recobrada", era del estatuto de la Asociación recurrente, lo cierto es que ésta señaló como tal solo el auto de 21 de Septiembre de 1982, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, así hubiera anexado dicho estatuto.

Ahora bien, el cuestionado auto no es pieza "recobrada", con el sentido que pretende asignarle la recurrente, pues no están acreditados en el proceso la fuerza mayor, el caso fortuito, o la obra de la parte contraria que hubieran impedido su aportación al trámite de reconstrucción.

Del hecho de que, solicitada la prueba en el memorial petitorio de la reconstrucción, el ponente se hubiera abstenido de decretar aquélla, no se colige

la configuración de ninguna de tales circunstancias impeditivas, dado que, como lo subrayó el impugnador, la peticionaria de la reconstrucción no solamente asumía la carga de mencionar las pruebas aducidas y presentar los documentos que obraban en su poder, sino que tenía el derecho procesal de recurrir la providencia que hubiera denegado la prueba u omitido decretarla, derecho no ejercido, por causa exclusivamente imputable a su titular.

Además, dicho auto tampoco es pieza "decisiva", primero, porque lo ahí resuelto en forma alguna podía restringir el poder decisorio del juez de segunda instancia y, segundo, porque, contrario a lo afirmado por la recurrente, la controvertida providencia en ninguna parte cita ni dice tener por fundamente los estatutos cuya existencia se pretende demostrar con la misma, sino que se limita, con base en certificaciones expedidas por la oficina jurídica del Ministerio de Justicia, a declarar probada la existencia y representación legal de la citada recurrente, que es cuestión bien distinta de la que motivó el fallo de segundo grado.

De los estatutos, si se adujeran también como pieza "recobrada", cabría predicar lo mismo expuesto en relación con el auto en cuestión, toda vez que no se enunciaron ni pidieron como prueba en la solicitud de reconstrucción presentada por la accionante, ni menos se acompañaron a la misma, no obstante presumirse que se encontraban en poder de aquélla y que, a términos del artículo 1º, numeral 31, del decreto 3825 de 1985, se debían anexar al petitorio de reconstrucción, no apareciendo demostrado evento alguno de fuerza mayor, caso fortuito u obra de la contraparte, que imposibilitare su acopio, como en el caso precedente.

Consiguientemente, careciendo el auto de 21 de septiembre de 1982 y los estatutos de la accionante, del carácter de piezas recobradas, se presentación en el proceso extraordinario de revisión es absolutamente inoportuna y no son aptos, de suyo, para desvirtuar el sustento fáctico y jurídico del fallo atacado.

2. Sobre la causal sexta:

En relación con esta causal es preciso afirmar que la nulidad, consagrada en el artículo 188 ordinal 6º del decreto 01 de 1984 como causal de revisión, es exclusivamente la "originada en la sentencia que puso fin al proceso", no aquéllas de que estuvieren viciados otros actos procesales, conforme al artículo 152 del código de procedimiento Civil. Así fue definido en las sentencias de 9 de Diciembre de 1986, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Cuarta, con ponencia del Señor Consejero Jaime Abella Zárate y 8 de junio de 1989, Sala Plena Contenciosa, con ponencia del Señor consejero Miguel González Rodríguez, en la última de las cuales se dijo:

"De lo anterior se tiene, entonces, que el recurso extraordinario que ocupa la atención de la Sala, fundamentado en la causal sexta del art. 188 del

C.C.A., no era posible, desde un punto de vista estrictamente jurídico, basarlo en el hecho o circunstancia de que durante la etapa de trámite de la demanda o incidente de excepciones propuestas, se pretermitió íntegramente el período probatorio de ley, ya que no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., entidad ejecutada por el municipio de Cali, pues, como se ha visto, ello constituye causal de nulidad del proceso conforme al art. 152 del C.P.C. y no nulidad originada en la sentencia, observación que es más que suficiente para concluír que el recurso ejercitado por las sociedades aseguradoras debe ser rechazado".

Si, como la recurrente extraordinaria lo admite, la nulidad otorgada se configuró durante el trámite de la reconstrucción, es palmario que la misma no se dió en la sentencia y mal podría tenérsela por causal de revisión.

De otro lado, dado que por la época en que se ejecutorió la sentencia impugnada, regía aún el artículo 194 ib., que tenía previsto el recurso extraordinario de anulación, "contra las sentencias ejecutoriadas de única o segunda instancia dictadas por las Secciones del Consejo de Estado. . . . . .", resulta evidente, asímismo, que el recurso de que se conoce no satisface la exigencia del numeral 6º del artículo 188, en el sentido de que la providencia materia de la revisión, no fuera "susceptible de recurso". (Cfr. en tal sentido, la última de las mencionadas sentencias).

Debe, pues, desestimarse por improcedente esta última causal y mantenerse el fallo acusado en todas sus partes.

Por lo expuesto, 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 de revisión interpuesto contra la sentencia del 14 de agosto de 1987, por la cual, la Sección Primera de esta Corporación, decidió en segunda instancia el juicio promovido por la ASOCIACION DE PROPIETARIOS DEL CHICO ORIENTAL.

Cópiese, publíquese, notifíquese, 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, presidente; *Jaime Abella Zárate*, vicepresidente,

Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo, ausente, *Guillermo Chahin Lizcano, Clara Forero de Castro,* ausente; *Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

INSUBSISTENCIA / FALSA MOTIVACION - Inexistencia

La motivación del acto fue únicamente el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en razón de la buena marcha del servicio público, que se vio obstaculizada por un cese de actividades no justificado.

En la sentencia que se dice transgredida, expuso la corporación, analizando la providencia del 24 de enero de 1.963, que la jurisprudencia reseñada como contraída trata del poder discrecional del Contralor para "reunir" (sic) a los subalternos de su despacho "cuando lo considere conveniente para la buena marcha del servicio público", sin obligación de motivar el acto, pero precisa, que si se expresan los motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo se configura la desviación del poder, cuando no aparecen motivos justificados del acto, en razón del buen servicio o cuando se protestaron motivos inexistentes para apoyar la decisión.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Guillermo Chahin Lizcano.*

Referencia: Expediente No. S-169. Actor: Mesías Augusto Alarcón Corredor. Recurso extraordinario de súplica. Fallo.

Se decide el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado judicial del señor. MESIAS AUGUSTO ALARCON CORREDOR, contra la sentencia del 24 de octubre de 1.990, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación, dentro del contencioso laboral adelantado por el actor contra el acto administrativo mediante el cual el Instituto Colombiano de Cultura

"COLCULTURA", lo declaró insubsistente del cargo de Ayudante de Oficina 5155-05, que venía desempeñando.

LA SENTENCIA ACUSADA

La Sección Segunda de la Corporación, negó en la sentencia acusada las súplicas de la demanda, luego de considerar en la parte motiva que, en el libelo demandatorio no se indicó como causa de la insubsistencia la participación del señor Mesías Alarcón Corredor en un cese de actividades, sino posteriormente, cuando se alegó y se estableció mediante pruebas aportadas, entre ellas el oficio enviado por el Secretario General del Instituto Colombiano de Cultura al Viceministro de Trabajo, en donde se le informa que : " Se había hecho uso de la facultad discrecional de remoción para separar del servicio entre otros empleados al señor Mesías Alarcón, teniendo en cuenta además, el hecho de que los mencionados señores promovieron y participaron en una cesación mancomunada de trabajo el día 6 de septiembre de 1.979, e impidieron la prestación de servicio el día mencionado, tipificando estas conductas violaciones a las normas aplicadas en caso de perturbación del orden público.

Se estimó así mismo, que el acto acusado no era contrario a derecho por haberse proferido teniendo en cuenta la conducta del señor Alarcón y su participación en el cese de actividades y que además éste no probó estar escalafonado en carrera Administrativa ni gozar de fuero de relativa estabilidad, para que fuera obligatorio adelantar en su contra un proceso disciplinario para separarlo del cargo.

Concluyó que la Administración hizo uso de la facultad de remoción, que debe ejercitarse teniendo en cuenta "las razones de buen servicio"; y como la insubsistencia no constituye sanción disciplinaria, no puede alegarse violación del derecho de defensa.

EL RECURSO

El recurrente cita como contrariada la providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, de fecha abril 22 de 1.981, proferida dentro del proceso No. 10.739, actor Oscar Londoño Pineda y otros, al avocar el conocimiento del recurso de súplica contra la providencia acusada de contradecir a su vez la jurisprudencia contenida en la sentencia del 24 de Enero de 1.963 de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

En las propias palabras del recurrente, la jurisprudencia supuestamente no tenida en cuenta por la Sección Segunda expresa:

"En la Sentencia Acusada, se transcribe el documento revelador del Motivo Oculto donde se le imputa una falta disciplinaria al actor, se dice que el Acto

se profirió teniendo en cuenta esa conducta, pero que no era necesario adelantar en su contra Proceso Disciplinario, dado que la Insubsistencia, a pesar de esas imputaciones sobre su conducta, no es una sanción.

Por el contrario, la jurisprudencia de Sala Plena, como se advertirá en su lectura, y que relacionó a manera de síntesis, considera que cuando se revela el Motivo Oculto, por contener éste la imputación de una falta disciplinaria violatoria de la conducta debida por un empleado, surge la obligación para la Administración de adelantar el Proceso Disciplinario a fin de establecer los hechos, concediéndole al empleado imputado el Derecho de Defensa y Contradicción mediante un debido proceso, y de no ser así, dado el Motivo Oculto, la insubsistencia se torna en sanción de destitución".

INFORME DE RELATORIA

Dando cumplimiento al auto del 30 de enero de 1.991 la relatoría de la Corporación informa:

"1. Se observa que en la sentencia recurrida se hace referencia a la posibilidad que tiene la Administración de hacer uso de la facultad de libre remoción por razones de buen servicio. Y en el caso concreto antes de considerarse el aspecto de la motivación posterior de la declaratoria de insubsistencia - que el actor participó en un cese ilegal de actividades- como desviación de poder, por el contrario se afirmó que esa era ante todo una razón de buen servicio que obviamente no contribuía a la buena marcha de la administración.

2. La sentencia de Sala Plena citada como contrariada, con apoyo en sentencia de 24 de enero de 1.963, refiere el estudio de la desviación de poder cuando el acto discrecional de declaratoria de insubsistencia es motivado, sin que, se discuta si dicha motivación debe hacerse en el mismo acto o posteriormente.

3. Finalmente cabe anotar que la mención hecha en la página 3 del escrito de interposición del recurso extraordinario de súplica (folio 108 cuaderno principal), no corresponde al contenido de la sentencia de Sala Plena de 22 de abril de 1.981, citada como contrariada y de la cual se anexa fotocopia".

CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA

En la sentencia que se dice trasgredida, expuso la Corporación, analizando la providencia del 24 de enero de 1.963, que la jurisprudencia reseñada como contrariada trata el poder discrecional del Contralor para "reunir" (sic) a los subalternos de su despacho, "cuando lo considere conveniente para la buena marcha del servicio público", sin obligación de motivar el acto, pero precisa, que

sí se expresan los motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo se configura la desviación del poder, cuando no aparecen motivos justificados del acto, en razón del buen servicio o cuando se protestaron motivos inexistentes para apoyar la decisión.

Teoría del Motivo Determinante.

Señala así mismo la sentencia invocada la teoría del motivo determinante, basada en el hecho necesario de que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado en el mismo acto el motivo que determinó su decisión. Cuando este se declara, cabe controvertirlo y demostrada su falsedad, puede llevar a la conclusión de la inexistencia del motivo del buen servicio que justifique la decisión. Cosa distinta expresa la tésis, es que se quiera hacer motivar posteriormente una decisión de aquellas en que se ejercitó la facultad discrecional y en cuyo texto no aparecía motivo alguno, pues si tal sistema se propiciara se socavaría la noción de derecho público sobre la facultad discrecional, puesto que, todo acto en que ella se ejercitara sería susceptible de provocar un proceso en busca de ocultos e injustificados motivos del acto, en orden a demostrar la desviación de poder y ocasionar condenas a las entidades públicas, especialmente en cuanto se refiere al ejercicio de la facultad de nombrar el personal que aún no está protegido por un estatuto de carrera administrativa.

Afirma que aunque la sentencia citada como contrariada, exige que el acto acusado tenga motivación para que pueda hablarse de que ésta es falsa, no aparece desconocida por la sentencia impugnada que, en el fondo encontró "unidad jurídica intelectual", entre el decreto de insubsistencia y la circular expedida 5 días después, y ninguna de las jurisprudencias citadas como fundamento de la acusación, exige una unidad física documental.

Si bien en la sentencia de abril 22 de 1.981, que se cita como transgredida por el recurrente, se admite la unidad jurídica entre el acto administrativo que declaró la insubsistencia y una circular expedida 5 días después, y se expuso que en la sentencia citada como fundamento de la acusación no se exige la unidad física documental predicada del acto de insubsistencia en particular, o del acto administrativo general, acusados por falta de motivación, observa la Corporación que en manera alguna dicha unidad jurídica existente entre el acto administrativo de insubsistencia y el oficio posterior remitido por el Secretario General de Colcultura al Viceministro de Trabajo se ha negado por la sentencia acusada; por el contrario en ella claramente se establece que, en primer lugar en el acto administrativo que declaró la insubsistencia no se expone motivación alguna para ejercitar la facultad de libre remoción, entendiéndose entonces que dicha determinación obedeció, exclusivamente, a razones del buen servicio, en que está interesada la Administración Pública, objetivo que se vió obstaculizado con el cese de actividades por parte de los funcionarios encargados de su prestación, conforme da cuenta el oficio de septiembre 28 de 1.979, remitido por

el Secretario General de Colcultura al Viceministro de Trabajo, sin razón jurídica válida, hecho que admite la demanda. Este documento que forma la pretendida unidad jurídica con el acto administrativo acusado, que considera violada el recurrente, permite deducir que la motivación del acto fue únicamente el ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción en razón de la buena marcha del servicio público, que se vió obstaculizada por un cese de actividades no justificado.

Es de anotar que los argumentos expuestos por el recurrente en la página 3 del recurso no corresponden a la sentencia de Sala Plena invocada, y por ello no son controvertibles en ésta oportunidad.

El anterior análisis permite concluir que no se da la supuesta contradicción jurisprudencial alegada.

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:

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase a la Sección de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en su sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Guillermo Chahin Lizcano, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo,* Ausente; *Miguel González Rodríguez,* Ausente; *Carlos Ramírez Arcila, Carmelo Martínez Conn, Carlos Betancur Jaramillo, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández, José Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Amado Gutiérrez Velásquez, Jorge Penen Deltiure, Clara González de Barliza, Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón. Secretaria General.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD / EXCEPCION DE ILEGALIDAD / PRESUNCION DE LEGALIDAD / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Improcedencia.

La presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente y su consecuente obligatoriedad, no es obstáculo para que el juez haga prevalecer las normas superiores sobre las inferiores que les sean contrarias, a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad. Pero el argumento que llevó a la Sección a desechar el cargo fue el de la ausencia de contradicción ente las normas que el cargo pretendía contradictorias, pues esta contradicción sería la que podría justificar la no aplicación de la norma superior en virtud de principio de la excepción de ilegalidad.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E. junio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-086. Actor: Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo procede a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de única instancia, proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado , de fecha 10 de febrero de 1.989, mediante el cual fueron denegadas las peticiones de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

La Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena demandó ante el Consejo de estado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, las Resoluciones números 5831 de 28 de septiembre de 1.979 y 6685 de 12 de noviembre del mismo año, proferidas por la Superintendencia Bancaria. Mediante la primera de ellas se impuso a la citada Corporación una sanción de multa por desencaje y por la segunda se confirmó la anterior como resultado del recurso de reposición interpuesto.

El proceso inicial, originado en demanda presentada el 20 de marzo de 1.980, resultó destruido en los acontecimientos del 6 de noviembre de 1.985, ante lo cual la entidad demandante presentó nueva demanda el 30 de abril de 1.986, de conformidad con el Decreto 3825 de 1.985, a la cual se le dió el trámite de única instancia por considerarse que se daba el fenómeno de la conservación de competencia respecto del primer proceso.

Las peticiones de la demanda están fundamentadas en tres cargos, a saber:

1.- La nulidad de los artículos 12 y 13 de la resolución 30 de 1.979 de la Junta Monetaria y la aplicación preferente del artículo 6o., segundo inciso, del Decreto 1728 de 1.974.

2.- La ilegalidad del artículo 1o. del Decreto 1412 de 1.979 y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1.973.

3.- Desconocimiento del derecho de defensa y del principio del debido proceso.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Al desatar la controversia planteada, la sentencia recurrida denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales:

1) En cuanto a que según la actora las resoluciones acusadas debían anularse porque la Superintendencia Bancaria no podía aplicar los artículos 12 y 13 de la Resolución 30 de 1.979 de la Junta Monetaria, por ser ilegal dicha Resolución, indica que existe cosa juzgada toda vez que el Consejo de Estado en sentencia de junio 29 de 1.984 (Anales 481-482, T. CVI, año LIX, 1er. Sem. 1.984, p. 437) , declaró que dichos artículos de la Resolución 30 de 1.979 de la Junta Monetaria se ajustaban a la Constitución y a la ley.

2) Sobre la ilegalidad del art. 1o. del Decreto 1412 de 1.979 y la aplicación

preferente del art. 23-a de la Ley 7a. de 1.973, que alega la actora, ésta arguye que la competencia para fijar, variar y reglamentar el encaje que obliga a las entidades que reciben depósitos a la vista o a término, entre ellas las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, y señalar sistemas de cómputo para liquidar encajes, establecer y definir infracciones a las normas sobre encaje, y además establecer las sanciones respectivas, corresponde a la Junta Monetaria de acuerdo con el art. 23-a de la Ley 7a. de 1.973. Por lo anterior, afirma la actora, el Decreto 1412 de 1.979 y los actos acusados, dictados con base en tal decreto, son nulos. Tal criterio lo comparte la colaboradora Fiscal y por ello, con base en el art. 240 del C. de R. P. y M., solicita acceder a las súplicas de la demanda.

Al respecto anota la sentencia suplicada que aunque comparte la jurisprudencia de la Corporación relativa a las competencias que sobre esta materia corresponden a la Junta Monetaria, el argumento no puede prosperar por las siguientes razones:

El Decreto 1412 de 1.979 ya regia y estaba produciendo sus efectos cuando se expidieron los actos acusados, además de estar gozando de la presunción de legalidad, por lo cual debía estar aplicado por las autoridades. Además, no era el primer decreto presidencial que regulaba lo relacionado con el encaje que debían cumplir las Corporaciones, ya que con anterioridad se habían expedido los decretos 676 de 1.977 y 1414 de 1.976, sobre la misma materia. Y sólo fué a través de la jurisprudencia como se precisó y delimitó el ámbito de competencia de la Junta Monetaria al respecto. Por lo anterior, fue que el mismo Gobierno derogó expresamente, mediante una decisión posterior, el Decreto 1412 de 1.979 y otros decretos mediante los cuales ejercía una competencia considerada suya y que según la jurisprudencia no lo era. Pero mientras rigió, el Decreto 1412 produjo sus efectos y la Superbancaria no tenía otra alternativa que aplicarlo, ya que no había sido suspendido ni anulado por las autoridades jurisdiccionales competentes.

A juicio de la Sala "no era posible la **aplicación** preferencial del artículo 23. literal a) de la Ley 7a. de 1.973", teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1o. del Decreto 1412 que transcribe el fallo suplicado, toda vez que el literal a) del artículo 23 de la Ley 7a. de 1.973 simplemente atribuye a la Junta Monetaria la competencia para regular lo relacionado con el encaje y a la Superbancaria la facultad de imponer sanciones, pero no establece el encaje en sí mismo considerado, como sí lo hacía el citado Decreto 1412 de 1.979.

Por lo anterior, agrega la Sala, en este caso no es aplicable el artículo 240 del C. de R.P. y M., ya que allí se prescribe el orden de preferencia de "**disposiciones contradictorias**" y en el caso de autos no existía contradicción entre lo dispuesto por el Decreto 1412 en materia de porcentajes de encaje y lo previsto en la anotada norma de la Ley 7a., la cual estableció las funciones de la Junta Monetaria, por regular temas diferentes. En tal circunstancia, "no pueden

considerarse contradictorias, para efectos de aplicar la mayor jerarquía y no la otra". Pero es más, " si llegare a aceptar que dicho decreto (1412) no debía aplicarse, las normas empleadas en materia de encaje y sanciones por su incumplimiento, serían el Decreto 1414 de 1.976 y el 676 de 1.977 (. . . .). Así que, hizo bien la Superintendencia Bancaria, al aplicar una norma vigente al momento de dictar las resoluciones sancionatorias".

3) Sobre el cargo de la actora respecto de la posible violación del derecho de defensa y del principio del debido proceso al no haber sido oída previamente a la imposición de las sanciones, no se configura el cargo, por cuanto, según expreso mandato legal, las Corporaciones de Ahorro y Vivienda deben suministrar informaciones periódicas a la Superintendencia y según esas informaciones se establecerá si hay o no violaciones en materia de encaje. Además, confirma la no violación del derecho de defensa el hecho de que la actora pudo controvertir los actos sancionatorios a través de los recursos administrativos.

Por último, el artículo 5o. del Decreto 3233 de 1.965 es una norma de carácter general que se refiere a cualquier violación de las normas a que están sujetos los entes vigilados por la Superbancaria "y respecto de las cuales no existía una sanción expresamente consagrada, situación que no es la que se presenta cuando se trata de violación de normas sobre encaje de las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y de imposición de las sanciones para tal efecto expresamente consagradas, sin que se ordene un procedimiento previo, ya que para este evento, el derecho de defensa va implícito en las mismas informaciones que se suministran a la Superintendencia Bancaria".

Termina la sentencia suplicada expresando que, en síntesis, los actos acusados fueron expedidos por el Superintendente Bancario dentro de su ámbito de competencia y conforme a las reglas de derecho preestablecidas, por lo cual las pretensiones no pueden prosperar (V. fls. 202 a 214).

III.- LA JURISPRUDENCIA CONTRARIADA

El recurrente considera que la sentencia suplicada contraría jurisprudencia contenida en las siguientes providencias:

- Sentencia del 1o. de diciembre de 1.955, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en pleno (Anales, Tomo LXI, números 382 - 386, págs. 75 a 78).

-Sentencia del 10 de octubre de 1.955, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Anales, Tomo LXI, números 382 - 386, págs. 260 a 264).

- Sentencia del 20 de junio de 1.960, proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en pleno (Anales, Tomo LXII, números 387-391, págs. 762 a

770).

- Sentencia del 16 de julio de 1.962, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Anales, Tomo LXV, números 399 - 400, págs. 210 a 223).

- Sentencia del 16 de diciembre de 1.955, proferida por la extinguida Sala de Negocios Generales (Anales, Tomo LXI, números 382 - 386, págs. 586 a 599).

-Sentencia del 13 de julio de 1.982 y del 21 de marzo de 1.984, de la sección Segunda (Anales , Tomo CIII, números 475 - 476, págs. 155 a 162; Anales Tomo CVI, números 481 - 482 págs. 306 a 316).

-Sentencia del 30 de abril de 1.981, de la sección Tercera (Anales, Tomo C, números 469 - 470, págs. 313 a 316).

- Auto del 21 de agosto de 1.986, de la Sección Tercera (Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XVI, número 183, págs. 256 a 268).

- Auto del 28 de febrero de 1.980, de la sección Cuarta (Anales, Tomo XCVIII, números 465 - 466, págs. 291 a 296).

- Sentencia del 9 de octubre de 1.987, de la sección Cuarta (Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XVI, número 192, págs. 1327 a 1332).

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

De acuerdo con la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 2o. de la Ley 11 de 1.975, que consagró el recurso extraordinario de súplica, lo mismo que el artículo 130 del C. C. A., que constituye el fundamento actual de dicho recurso, la jurisprudencia cuya contradicción puede dar lugar a la prosperidad de este recurso no es otra que la adoptada por las antiguas Salas Contencioso Administrativa y Sala de Negocios Generales, o por la actual Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sobre un determinado aspecto jurídico. En consecuencia, se excluyen del análisis de un recurso de esta naturaleza las jurisprudencias sentadas por las diferentes Secciones del Consejo.

Como puede concluirse fácilmente de la lectura del punto 2. del escrito del recurso ("La jurisprudencia contrariada"), en el cual se encuentran citadas las jurisprudencias y transcritos los apartes pertinentes que se consideran contrariados por la sentencia suplicada, el cargo central se refiere a la no aplicación de la excepción de ilegalidad por parte de la Sección Cuarta en el caso de autos. Efectivamente, todos los apartes de dichas providencias, citados por el recurrente, hacen referencia a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad, cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de otro de naturaleza objetiva, siendo este último ilegal o inconstitucional y de superior jerarquía, lo

cual permite ejercer exclusivamente la acción de plena jurisdicción o restablecimiento del derecho, acusando la providencia concreta y solicitando, como excepción, la inaplicabilidad de la de carácter general.

El cargo anterior se desprende igualmente del literal a del punto 4. ("Conclusión") del escrito contentivo del recurso.

Además de lo anterior, en el punto 3 sobre "Concepto en que fue contrariada la jurisprudencia citada", así como en los literales b. y c. del punto 4. "Conclusión", del escrito del recurso, el recurrente se dedica a insistir en uno de los conceptos de violación o cargos planteados en la demanda, cual es el de la nulidad del artículo 1o. del Decreto 1412 de 1.979 y l aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1.973, y, consecuencialmente, de los artículos 76, numeral 15, y 120, numeral 14, de la Constitución Nacional.

Para el efecto cita apartes de sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, de fechas 12 de junio de 1.969 (Gaceta Judicial tomo CXXXVII, número 2338, págs. 80 a 133) y 15 de diciembre de 1.973 (Gaceta Judicial, tomos CXLIX-CL, números 2390 - 2391, pág. 289, en la cual se hace remisión a lo decidido por la Corte en sentencia de Sala Plena de 14 de diciembre de 1.973, ibidem págs. 276 a 286), así como las siguientes sentencias del Consejo de estado, relacionadas especialmente con las funciones de la Junta Monetaria:

- Sentencia del 28 de septiembre de 1.978 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta (Anales, tomo XCV, números 459 - 460, págs. 217 a 237).

- Sentencia de 18 de junio de 1.984, de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta (Anales, tomo CVI, números 481 - 482, págs. 390 a 400).

- Sentencia del 29 de junio de 1.984 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta (Ibid., págs. 437 a 443).

- Sentencia del 28 de septiembre de 1.984 de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta (anales, tomo CVII, números 483 -484, págs. 447 a 453).

- Sentencia del 23 de noviembre de 1.984, de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta (Ibid. págs. 166 a 169).

Como puede constatarse en relación con este segundo aspecto del recurso, es decir, el referente al cargo consistente en la ilegalidad del artículo 1o. del Decreto 1412 de 1.979 y la aplicación preferente del artículo 23, literal a) de la Ley 7a. de 1.973, el recurrente solamente cita jurisprudencias contenidas en

fallos de la Sección Cuarta, los cuales, como ya se expresó al comienzo de estas consideraciones, no pueden dar lugar a la prosperidad del recurso extraordinario de súplica.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra que no puede prosperar el recurso interpuesto, por las siguientes razones:

Si bien la sentencia acusada, al analizar el cargo consistente en la ilegalidad del artículo 1o. del decreto 1412 de 1.979 y la aplicación preferente del artículo 23-a de la Ley 7a. de 1.973 desecha la aplicación de la excepción de ilegalidad y hace prevalecer el argumento de la presunción de legalidad y la obligatoria aplicación del Decreto 1412 de 1.979, no es menos cierto que la misma sentencia afirma también que la aplicación preferencial solicitada por el demandante no es procedente por cuanto no existía contradicción entre lo dispuesto en aquel decreto y lo previsto en la citada norma de la Ley 7a. de 1.973.

Es decir, que fueron esencialmente dos los argumentos expresados por la Sección Cuarta para desechar el cargo, en el cual insiste el demandante en este recurso de súplica extraordinaria:

De una parte, consideró que no era procedente la aplicación de la excepción de ilegalidad debido a la presunción de legalidad del decreto que se pretendía ilegal y a que este no había sido suspendido ni anulado por las autoridades jurisdiccionales correspondientes.

De otra parte, que la citada excepción de ilegalidad no era aplicable en el caso sub-judice por cuanto las normas no eran contradictorias.

Frente a lo anterior, de acuerdo con las jurisprudencias de Sala Plena citadas por el recurrente, la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente y su consecuente obligatoriedad, no es obstáculo para que el juez haga prevalecer las normas superiores sobres las inferiores que les sean contrarias, a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o de ilegalidad. De tal manera que desde este punto de vista el recurrente tendría razón, en cuanto la consideración de la Sección Cuarta desconoció esa posibilidad, consagrada en las diferentes sentencias citadas en el punto 2. del escrito del recurso, bajo el título de "La jurisprudencia contrariada".

No obstante lo anterior, para esta sala Plena es evidente que el argumento definitivo que llevó a la Sección Cuarta a desechar el cargo fue el de la ausencia de contradicción entre las normas que el cargo pretendía contradictorias, pues esta contradicción sería la que podría justificar la no aplicación de la norma superior en virtud del principio de excepción de ilegalidad.

Es decir, que la misma decisión se habría producido en el caso de que la

Sección Cuarta hubiera considerado, de acuerdo con la jurisprudencia indicada como contrariada, que la excepción procedía aún respecto de actos cobijados por la presunción de legalidad y que no hubieran sido suspendidos o anulados, ya que si encontraba, a su vez, que no existía contradicción entre los actos enfrentados, mal podría aplicar la citada excepción.

Pero a este respecto, o sea, sobre el argumento de la Sección Cuarta consistente en la ausencia de contradicción entre las normas que el demandante pretendía contradictorias, la realidad es que la argumentación del recursos está montada sobre la contrariedad de la sentencia recurrida con jurisprudencias contenidas en diversas providencias de la misma Sección Cuarta, como quedó establecido en la relación hecha anteriormente, extractada del punto 3. del escrito del recurso, jurisprudencias que también de acuerdo con lo explicado al comienzo de estas consideraciones no son suficientes para que prospere el recurso extraordinario de súplica.

En consecuencia, la Sala concluye que el recurrente no logró demostrar que el argumento principal que llevó a la Sección Cuarta a negar la prosperidad del cargo de la demanda que ha sido nuevamente planteado en este recurso, haya contrariado jurisprudencia de la Corporación en los términos necesarios para que prospere el recurso interpuesto, por lo cual así se declarará.

En mérito de las consideraciones anteriores, El Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesta contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de fecha 10 de febrero de 1.989.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a su Sección de origen.

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

Reynaldo Arciniégas Baedecker, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, José Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Alvaro Díaz Granados,* Conjuez, *Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Juan Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe*

Acosta, aclaración de voto, *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

Aclaración de Voto. Santafé de Bogotá D.C. julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Proceso No. S-086. Actor: Corporación Social de Ahorro y Vivienda Colmena.

Comparto la decisión de fondo que se toma en la sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, calendada el día veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991), pero deseo aclarar que, a mi juicio, el problema de fondo no se deja manejar con la filosofía que informa la excepción de ilegalidad, sino con la que da entidad a las ANTINOMIAS, que como es bien sabido, sólo pueden ser resueltas, en forma definitiva, por el legislador. Mientras esta situación no se de, el fallador tiene varias opciones legales para elegir, sin que se pueda predicar que al hacerlo está aplicando mal la ley. Como es apenas natural, las antinomias crean inseguridad jurídica, pues un juez puede optar por la alternativa A y otro, frente a las mismas circunstancias, por la alternativa B.

En el caso en comento, no hay jurisprudencia de la Sala Plena que permita afirmar que en el pasado ésta hizo la elección de una determinación perspectiva, realidad que explica la causa, motivo o razón por la cual el recurso no tenía vocación de prosperidad.

Atentamente,

Julio César Uribe Acosta

SALA

DE

CONSULTA

Y SERVICIO CIVIL

CONSEJO DE ESTADO / SALA DE CONSULTA / COMPETENCIA / CONVENIO INTERNACIONAL / CONVENIO DE PROGRAMA.

El convenio del programa celebrado entre los gobiernos de Colombia y los estados Unidos de América es de carácter internacional y tiene por objeto hacer efectiva una donación de los Estados Unidos a Colombia. En consecuencia, no se trata de un contrato de la Nación, sometido al derecho interno, que la Sala deba revisar, para verificar su legalidad. La Sal se abstiene de revisarlo por falta de competencia.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia: Convenio de donación por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América al Gobierno de la República de Colombia.
Radicación No. 560.

El señor Jefe del Departamento Administrativo de Planeación envió a la Sala, para su revisión, el "convenio de programa" celebrado entre el Gobierno de Colombia y el de los Estados Unidos, de 22 de marzo de 1.981, para que efectúe su revisión, conforme a lo estipulado en el artículo IX del mismo convenio.

Mediante el "convenio de programa" Los Estados Unidos hacen una donación a Colombia en la cuantía y en la forma que determina.

La Sala considera que no tiene competencia para revisar el "convenio de programas", por los siguientes motivos:

1º) El "convenio de programa" celebrado entre los gobiernos de Colombia y Estados Unidos de América es de carácter internacional y tiene por objeto hacer efectiva una donación de los Estados Unidos a Colombia. En consecuencia, no se trata de un contrato de la Nación, sometido al derecho interno, que la Sala deba revisar, para verificar su legalidad, conforme a los artículos 253, 254,255, 256, 257 y 258 del Decreto-Ley 01 de 1.984.

2º) Lo expuesto significa que la Sala debe abstenerse de revisar el "convenio de programa" por falta de competencia y disponer que se devuelva el expediente a la oficina de origen.

Por lo expuesto, la Sala de consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se abstiene de revisar el "convenio de programa" referido y dispone que se devuelva el expediente a la oficina de origen.

Cúmplase.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONCEJAL - Inhabilidades / **CONCEJAL** - Incompatibilidades.

Los nombramientos que hicieron los municipios, con anterioridad a la vigencia de la Ley 53/90, de personas que se hallan dentro de las nuevas prohibiciones a que se refiere dicha ley, fueron realizados legalmente, pero dichas personas están cobijadas por las nuevas prohibiciones, y, por tanto, no pueden continuar en el desempeño de sus cargos sin incurrir en violación de la citada ley. Como los concejales y empleados a que se refiere la consulta se hallan dentro de las incompatibilidades establecidas por la Ley 53/90, el procedimiento para su retiro del servicio es el de renuncia y, en subsidio, la declaratoria de insubsistencia por el respectivo nominador. La pérdida automática de la investidura de concejal (art. 19 L. 53/90), se producirá si el concejal fuese nombrado o designado como alcalde o nombrado en empleo oficial en el municipio, en ambos casos "a partir de la fecha de su posesión"; en esta última situación, además, el nombramiento estaría afectado de nulidad.

CONTROL FISCAL / INTENDENCIA / COMISARIA / CONTRALORIA GENERAL - Facultades.

La gestión Fiscal de las intendencias y comisarías y de sus municipios, corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República. El artículo 6o. de la Ley 53/90, al sustituir el contenido del artículo 309 del C. R. M. , no derogó las atribuciones de la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal de las intendencias y comisarías, y de sus municipios. Por el contrario, dichas normas de competencia conservan su vigencia en la Ley 22/85 (art. 12) y en el D. L. 467 y 86 (art. 48).

Control de la gestión fiscal de los municipios, intendenciales y

comisariales (Ley 53 de 1.990, artículo 6o.)

Consejo de Estado.- Sala de consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre inhabilidades e incompatibilidades de funcionarios municipales y el control de la gestión fiscal de los municipios, intendenciales y comisariales. Radicación No. 384.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de La calle Lombana, formula a la Sala una consulta sobre temas municipales, motivada por la expedición de la Ley 53 de 1.990.

Por razones metodológicas, la Sala dividirá la consulta en dos partes, así:

I. Inhabilidades e incompatibilidades de funcionarios municipales. (Ley 53 de 1.990, artículo 19).

El señor Ministro indaga sobre el verdadero alcance de las inhabilidades e incompatibilidades previstas por la ley 53 de 1.990, artículo 19, que derogó el artículo 87 del Código de Régimen Municipal o Decreto 1333 de 1.986 y, luego de algunas consideraciones acerca de las implicaciones prácticas del nuevo régimen legal, consulta:

"a. Son legales los nombramientos de personas que se hallan dentro de las nuevas prohibiciones a que se refiere el artículo 19 de la Ley 53 de 1.990 y que fueron realizados con anterioridad a la vigencia de la misma?

b. Se encuentran incursas en alguna incompatibilidad las personas a que nos hemos referido y que venían desempeñando sus cargos desde antes de entrar en vigencia la Ley 53 de 1.990?

c. Si se concluye que los referidos funcionarios se hallan dentro de la incompatibilidad anotada y en consecuencia no pueden continuar en el ejercicio de sus cargos, cuál sería el mecanismo para retirarlos del servicio si no renuncian libremente?

Se pueden declarar insubsistentes con ocasión de la circunstancia ya anotada? O, se les debe seguir un proceso disciplinario por continuar en el ejercicio del cargo cuyo nombramiento está prohibido por la ley?

d. En el caso de los concejales que están desempeñando los cargos de gerente de entidad descentralizada municipal, o de secretario de alcaldía, al

desvincularse del empleo perderían además en forma automática la calidad de concejal como lo establece la Ley 53 en el artículo citado? O, vuelven al concejo a desempeñar sus curules como estaba previsto en el artículo 87 del Código de Régimen Municipal, norma vigente al momento de la designación como gerente o como secretario de alcaldía".

II. Control de la gestión fiscal de los municipios intendenciales y comisariales (Ley 53 de 1.990, artículo 6o.)

Dice el señor Ministro que al expedirse la Ley 53 de 1.990, el artículo 309 del Código de Régimen Municipal fue sustituido por el artículo 6o., desapareciendo del Código en mención la obligación para la Contraloría General de la República de ejercer el control fiscal de los municipios de las intendencias y comisarías. Como consecuencia consulta:

"a. Al sustituirse el contenido del referido artículo 309, por el artículo 6o. de la Ley 53 de 1.990, debe entenderse que se derogó la norma que exigía a la Contraloría General de la república ejercer el control fiscal de los municipios de las intendencias y las comisarías y en consecuencia, éstos pueden crear sus propias Contralorías Municipales siguiendo el régimen común establecido en el artículo 44 del Decreto-Ley 467 de 1.986? O, por el contrario puede pensarse que por ser una norma especial para los municipios de las intendencias y comisarías no ha sido derogada y conserva su vigencia tanto en la ley 22 de 1.985 como en el Decreto-Ley 467 de 1.986?

b. El control perceptivo y posterior de que trata el artículo 6o. de la citada Ley 53, también es aplicable a los municipios de las intendencias y comisarías, con fundamento en el artículo 44 del decreto 467 ya mencionado?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

I. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE FUNCIONARIOS MUNICIPALES.

1.1. **El régimen anterior.**- El Código de Régimen Municipal (Decreto Ley 1333 de 1.986), al reproducir la disposición contenida en el artículo 60 de la Ley 11 del mismo año, estableció para los concejales y los funcionarios que dependen del Concejo: los personeros, los contralores, los auditores y los revisores (la alusión a los tesoreros, que hoy e día son empleados al servicio de los alcaldes, fue suprimida por el artículo 25 de la ley 78 de 1.986, las siguientes prohibiciones:

"Artículo 87. Los concejales y principales suplentes no podrán ser nombra-

dos empleados o trabajadores del respectivo municipio, a menos que fuere en los cargos de secretario de la alcaldía o gerente de entidad descentralizada.

Los personeros, tesoreros, contralores, auditores y revisores no podrán nombrar para ningún cargo en las oficinas de su dependencia a los concejales principales o suplentes, ni a los parientes de los mismos dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Es nulo todo nombramiento que se haga en contravención a lo aquí dispuesto".

La norma transcrita determina dos clases de prohibiciones:

a. Para los concejales, tanto principales como suplentes, de desempeñar cargos oficiales en el respectivo municipio, de aquellos que son provistos mediante nombramiento. Esta prohibición tenía solamente dos excepciones: los cargos de secretario de la alcaldía o de gerente de entidad descentralizada del orden municipal. En estos eventos se producía vacante transitoria en el Concejo, durante el tiempo que el concejal se desempeñe como empleado oficial.

Dicha prohibición, como todas las relacionadas con los concejales, rige desde la elección -momento en que se adquiere la calidad de concejal- y se prolonga hasta el vencimiento del respectivo período.

b. Para los funcionarios que son elegidos por los Concejos: personeros, contralores, auditores y revisores, la prohibición comprende la de nombrar para ningún cargo de su dependencia a los concejales - principales o suplentes- así como a los parientes de los mismos dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

1.2 **El nuevo régimen de la Ley 53 de 1.990.-** El diciembre de 1.990, el Congreso de la República expidió la ley 53, mediante la cual se modifican, primordialmente, algunos artículos de los códigos de Régimen Departamental y Municipal.

Respecto de los municipios y en materia de prohibiciones (inhabilidades e incompatibilidades), la ley estuvo guiada por la necesidad de hacerlas más estrictas y rigurosas, de manera que, por una parte, la investidura de concejal que desde sus orígenes en la Roma antigua ha sido reservada a los mejores ciudadanos y ejercida ad honorem, pudiera cumplirse en un marco signado por la ética y desprovisto de ambiciones o intereses de tipo burocrático en beneficio de los titulares de dicha investidura; y de la otra parte, cerrar las brechas que todavía subsistían en relación con el vicio denominado nepotismo, ampliando en este sentido su ámbito de cubrimiento, para que además de los parientes a que se refería la norma modificada (los

comprendidos dentro del cuarto grado civil de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil), estuviesen el cónyuge y el compañero o compañera permanente, como resulta apenas obvio, y que el vínculo abarcase no sólo a los concejales y a los funcionarios que ésta Corporación elige, sino también al alcalde y secretario del Concejo.
La norma a que se alude es del tenor siguiente:

> **"Artículo 19.-** El artículo 87 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley número 1333 de 1.986), quedará así:
>
> Los concejales, principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.
>
> El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales principales o suplentes, del contralor, del personero, del secretario del Concejo, de los auditores o revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación".

1.3. Contenido, alcance y aplicación del artículo 19 de la Ley 53 de 1.990.-

La disposición legal transcrita en la parte anterior, no solamente reitera las prohibiciones de la norma que modifica (el artículo 87 del Código de Régimen Municipal), sino que introduce nuevas prohibiciones en relación con los concejales, los alcaldes y los funcionarios o empleados que son elegidos por los Concejos, a saber, el personero, el contralor, el secretario de dicha Corporación, y los auditores o revisores.

El alcance de las prohibiciones comprende tanto las inhabilidades, que afectan a la persona del candidato para efectos de su elección o nombramiento, como las incompatibilidades que les impiden a los empleados oficiales ejercer otro cargo o desempeñar determinadas funciones o actividades: tal es el caso, en este último supuesto, de la prohibición de contratar con el respectivo municipio dentro del período para el cual fueron elegidos o nombrados, prohibición que se hace extensiva a los parientes en los grados indicados, así como al cónyuge y al compañero o compañera permanente.

En cuanto a incompatibilidades, además de las expresadas para contratar

con el municipio, la norma que se comenta prohibe a los concejales (principales y suplentes, se reitera) el desempeño de empleo oficial en el respectivo municipio, por la vía de nombramiento, con una sola salvedad: su nombramiento o designación como alcalde, decisión que corresponde adoptar al Gobernador del departamento en los casos de falta absoluta o suspensión del elegido por voto popular, en la forma que establece la ley 78 de 1.986, es decir, mientras se surte la elección del reemplazo, o por el resto del período, o por el tiempo de duración de la sanción disciplinaria de suspensión. En estos eventos de excepción la ley dispone que para el concejal se producirá "pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión".

Ya por la vía de elección popular directa, el concejal puede llegar a ocupar el cargo de alcalde, pero perderá automáticamente su investidura "a partir de la fecha de su elección como alcalde". La ley tampoco permite que alguien pueda ser elegido, simultáneamente, concejal y alcalde. (Ley 49 de 1.987, artículo 1o., que modificó el artículo 5o. de la ley 78 de 1.986).

En cuanto a inhabilidades, la norma que se analiza prohibe que puedan ser nombrados ni elegidos "para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio" (expresión que comprende todos los empleos de la administración municipal), el cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del alcalde, de los concejales, del contralor, del personero del secretario del Concejo, de los auditores o revisores. Tales parientes, cónyuge, y compañero o compañera permanente, tampoco podrán contratar con el respectivo municipio, dentro del período para el cual aquellos funcionarios, empleados, o concejales, fueron elegidos.

La Ley 53 de 1.990 entró en vigencia a partir de su promulgación, o sea de su publicación en el Diario Oficial (31 de diciembre de 1.990), y desde dicha fecha empezó a producir plenos efectos jurídicos. Su observancia se hizo obligatoria para gobernantes y gobernados, de modo que la infracción de ella conlleva responsabilidad para aquéllos y éstos, según el caso. (Constitución Nacional, artículos 10 y 20).

Es evidente, por tanto, que la ley mencionada rige "a partir de la fecha de su promulgación", por expreso mandato de su artículo 21 y que esa fecha corresponde al 31 de diciembre de 1.990.

A este respecto, la ley 153 de 1.887 (artículo 53, ordinal 1o.) preceptúa que cuando la ley fija el día en que deba principiar a regir, o autorice al gobierno para hacerlo, principiará a regir la ley el día señalado. Y en otra de sus disposiciones, la ley citada es todavía más categórica para expresar la

obligatoriedad y los efectos de la ley a partir de su promulgación o de la fecha que la misma determine:

> "Artículo 18. Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato".

Ciertamente la ley no tiene carácter retroactivo, esto es, no produce efectos hacia el pasado, salvo - como lo señala el artículo 26 de la constitución - en tratándose de materia penal, caso en el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Pero, se repite, la ley rige a partir de su promulgación o de la fecha que ella misma fije, siendo entonces de obligatorio cumplimiento; sin que para excusarse de cumplirla, pueda alegarse ignorancia de la ley. (Código Civil, artículo 9o. y ley 153 de 1.887, artículo 56).

Por otra parte, la ley 53 de 1.990 versa sobre una materia (prohibiciones, incluyendo dentro de las mismas una serie de inhabilidades e incompatibilidades) que, por su naturaleza, es de interpretación restrictiva, sin que ciertamente puedan buscarse analogías o aducirse razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la respectiva prohibición. De otra manera, el intérprete no solamente excedería la voluntad del legislador sino que estaría suplantándola, en desmedro de derechos ajenos y de los altos intereses sociales que exigen la sujeción estricta al texto de la ley prohibitiva.

Por ello la Sala considera haber explicado diáfanamente el contenido de la ley y las prohibiciones que consigna para los concejales y funcionarios municipales, y las personas que con ellos se encuentran en relaciones de parentesco, así como la finalidad en que se inspira, debiendo entonces hacer algunas precisiones en torno a su aplicación práctica y a la situación en que se encuentran los funcionarios elegidos con fundamento en el régimen anterior (el que traía el Código de régimen Municipal en su artículo 87).

La Sala estima que los concejales que fueron nombrados antes del 31 de diciembre de 1.990 para el desempeño de cargos de gerentes de entidades descentralizadas municipales, o de secretarios del despacho del alcalde, con fundamento en la autorización que daba al nominador el artículo 87 del Código del Régimen Municipal para proceder en tal sentido, estuvieron amparados por el sello de la legalidad. Fueron nombrados con respaldo en autorización legal, debidamente posesionados y entraron e ejercer las funciones que les determinaba igualmente una norma jurídica. Pero en la fecha que se deja mencionada , al entrar a regir la ley 53 de 1.990, su artículo 19 les varió el status jurídico en que se encontraban, por cuanto al establecer un nuevo régimen de prohibiciones para los concejales, hizo incompatible la investidura que ostentan con el desempeño de todo empleo

oficial en el respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de alcalde, por designación o nombramiento.

Procede reiterar entonces, que de conformidad con la ley 153 de 1.887, artículo 18, las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la ley anterior, tienen efecto general inmediato. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido con la ley 53 de 1.990, al establecer u nuevo régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los concejales y empleados oficiales de los municipios, extensivo en aspectos que la misma disposición determina con precisión, a los parientes de aquéllos.

Por consiguiente las nuevas prohibiciones -prohibiciones sobrevinientes - inspiradas en razones de moralidad y utilidad públicas, y dictadas con la finalidad de deslindar y separar las funciones correspondientes a los concejales y a los empleados oficiales de los municipios, de manera que aquella investidura y estos empleos se ejerzan con dignidad e independencia, pensando sólo en los altos intereses de la comunidad local - fundamento de la vida del Estado-, tienen validez jurídica inmediata. Retardar la vigencia de la ley, o escindir las prohibiciones para hacer distinción entre los elegidos antes y después de la fecha en que entró en vigencia la ley 53 de 1.990, sería acudir a un método de hermenéutica jurídica no autorizado por la Constitución ni por la ley y, específicamente, contrario a las reglas consagradas al respecto por la ley 153 de 1.887.

Significa lo anterior que todos los concejales, es decir, tanto los que ejercen sus funciones en la Corporación Edilicia Municipal como aquellos que desempeñan cargos oficiales en el municipio, están comprendidos por la ley 53, cuyo régimen de prohibiciones se encuentra vigente desde el 31 de diciembre de 1.990. Sólo que la "pérdida automática de la investidura", a que dicha ley se refiere, se produce respecto de los concejales "a partir de la fecha de su posesión" como empleados oficiales del municipio, en el supuesto de que sean nombrados para tales cargos con posterioridad a la fecha en que entró a regir el nuevo orden legal. A contrario sensu, los concejales nombrados para cargos de gerentes de entidades descentralizadas municipales, o de secretarios de alcaldía, en relación con los cuales se había producido vacante transitoria en su curul, conservan su investidura como tales , pudiendo volver al Concejo una vez hagan dejación de sus cargos oficiales, ya sea por renuncia o por declaratoria de insubsistencia.

Así las cosas, La Sala responde el cuestionario formulado por el Señor Ministro de Gobierno:

1. Los nombramientos que hicieron los municipios, con anterioridad a la vigencia de la ley 53 de 1.990, de personas que se hallan dentro de las nuevas

prohibiciones a que se refiere dicha ley, fueron realizados legalmente (con apoyo en el artículo 87 del Código de Régimen Municipal), pero dichas personas están cobijadas por las nuevas prohibiciones y , por tanto, no pueden continuar en el desempeño de sus cargos sin incurrir en violación de la citada ley.

2. Las personas a que se refiere la consulta y que venían desempeñando sus cargos desde antes de entrar en vigencia la ley 53 de 1.990, se encuentran incursas en las nuevas incompatibilidades que establece dicha ley; ser concejal y gerente de entidad descentralizada municipal, o concejal y secretario de alcaldía . Y, por otra parte, el desempeño de empleos oficiales en el municipio por el cónyuge, el compañero o compañera permanente, por los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con respecto al alcalde, concejales principales o suplentes, contralor, personero, secretario de Concejo, auditor o revisor, está también prohibido.

3. Como los concejales y empleados a que se ha hecho referencia, se hallan dentro de las incompatibilidades establecidas por la ley 53 de 1.990, el procedimiento para su retiro del servicio es la renuncia y, en subsidio, la declaratoria de insubsistencia por el respectivo nominador.

El proceso disciplinario sólo sería procedente para aquellos nominadores que, desatendiendo la prohibición legal, nombraron como empleados del municipio a concejales o sus parientes, o a los parientes del alcalde, del contralor, del personero, del secretario del concejo, de los auditores o revisores.

4. Los concejales que están desempeñando los cargos de gerentes de entidad descentralizada municipal, o de secretario de alcaldía, deben desvincularse del empleo o ser declarados insubsistentes, pero no pierden la investidura de concejal y, por tanto, pueden volver al Concejo a desempeñar sus curules.

La pérdida automática de la investidura de concejal, que prevé el artículo 19 de la le 53 de 1.990, se producirá si el concejal fuese nombrado o designado como alcalde, o nombrado en empleo oficial en el municipio, en ambos casos "a partir de la fecha de su posesión"; en esta última situación, además, el nombramiento estaría afectado de nulidad.

II. CONTROL DE LA GESTIÓN FISCAL DE LOS MUNICIPIOS INTENDENCIALES Y COMISARIALES. (LEY 53 DE 1.990, ARTÍCULO 6o.)

La historia reciente de la legislación sobre el control de la gestión fiscal de las intendencias y comisarías y sus municipios, es posible resumirla así, para los efectos de la presente consulta:

La ley 22 de 1.985, que dictó normas sobre el régimen administrativo de

las intendencias y comisarías, y al mismo tiempo, concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar el régimen administrativo, contractual y fiscal de estas entidades territoriales, dispuso en materia de control fiscal:

> **"Artículo 12.-** El control de la gestión fiscal de las intendencias y comisarías y sus municipios corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República, que lo ejercerá por intermedio de sus delegados y con base en estatutos acordes con el régimen administrativo señalado en la ley".

Precisamente con fundamento en la ley 22 de 1.985, el Gobierno dictó el Decreto 467 de 1.986, en cuyo artículo 48 se dispone, en un todo acorde con la ley de autorizaciones:

> **"Artículo 48.-** Ejercicio del control de la gestión fiscal en los municipios intendenciales o comisariales.- El control de la gestión fiscal de los municipios intendenciales y comisariales corresponde exclusivamente a la contraloría General de la República".

Por otra parte, la ley 11 de 1.986, por la cual se dicta el estatuto básico de la administración municipal y se ordena la participación de la comunidad en el manejo de los asuntos locales, en su artículo 76 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias con el fin de "codificar las disposiciones constitucionales y legales vigentes para la organización y funcionamiento de la administración municipal".

Con base e la indicada ley de facultades, el gobierno expidió el decreto Ley 1333 de 1.986 Código de Régimen Municipal, en cuyo artículo 309 reprodujo el texto del ya mencionado artículo 48 del decreto ley 467 de 1.986, así:

> **"Artículo 309.-** el control de la gestión fiscal de los municipios intendenciales y comisariales corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República".

Finalmente, la ley 53 de 1.990, artículo 6o. , modificó el artículo 309 del Código de régimen Municipal, el que quedó redactado en los términos siguientes:

> **"Artículo 309.-** El control de la gestión fiscal de los municipios, se cumplirá exclusivamente en las etapas perceptiva y posterior".

Debido principalmente a la derogación que el artículo 6o. de la ley 53 de 1.990 hizo del artículo 309 del Código de Régimen Municipal, el señor Ministro de Gobierno consulta si debe entenderse que se derogó la norma que exigía a la Contraloría General de la República ejercer el control fiscal de los municipios de las intendencia y comisarías y, en consecuencia, éstos pueden crear sus propias

Contralorías Municipales, o si por el contrario, puede pensarse que por ser una norma especial para los municipios de las intendencias y comisarías no ha sido derogada y conserva su vigencia tanto en la ley 22 de 1.985 como en el Decreto Ley 467 de 1.986. Y, además si el control perceptivo y posterior es también aplicable a los municipios de las intendencias y comisarías.

El régimen especial (administrativo, contractual, presupuestal y fiscal) para las intendencias y comisarías, es el contenido en la ley 22 de 1.985 y en los decretos que con fundamento en ella expidió el Gobierno, o sea los decretos 467, 468 469 de 1.986. Para la Intendencia de San Andrés y Providencia rigen las disposiciones especiales vigentes para ella y , en cuanto no les sean contrarias, las consagradas en la ley 22 de 1.985.

El presupuesto jurídico enunciado explica el porqué el decreto Ley 467 de 1.986, en su artículo 44, definiese que a los municipios de las intendencias y comisarías les es aplicable el régimen previsto para los demás municipios en la Constitución y las leyes, pero "con excepciones consagradas en este decreto".

Por eso también, cuando el Gobierno, en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 11 de 1.986, expidió la codificación municipal contenida en el decreto ley 1333 del mismo año, dejó a salvo la vigencia de aquellas normas que había tomado de leyes que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en dicho decreto. Esta prudente posición explicativa resultó conveniente, para evitar equívocos, aunque no era admisible que se llegase a una conclusión contraria, si se interpretaba acertadamente al alcance de las facultades conferidas. Fue así como incluyó el siguiente precepto:

> **"Artículo 384.-** Continuarán haciendo parte de los estatutos legales correspondientes, las normas que esta codificación tomó de leyes que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en el presente decreto".

Se colige entonces que la norma según la cual "El control de gestión fiscal de los municipios intendenciales y comisariales corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la República", que el Código de Régimen Municipal tomó literalmente del decreto 467 de 1.986 e incorporó en su artículo 309, jamás ha dejado de hacer parte de aquel decreto. Por tanto, el haber desaparecido la susodicha norma del texto del artículo 309 del código de Régimen Municipal por disposición del artículo 6o. de la ley 53 de 1.990, para nada afecta ni su integridad ni su vigencia.

Es menester concluir que la gestión fiscal de las intendencias y comisarías y de sus municipios, corresponde exclusivamente a la Contraloría General de la república, por mandato de los artículo 12 de la ley 22 de 1.985 y 48 del decreto ley 467 de 1.986.

Y como el régimen previsto por la Constitución y las leyes para los demás

municipios del país, es también aplicable a los municipios intendenciales y comisariales - excepto cuando éstos tengan uno de carácter especial-, el nuevo artículo 309 del Código de Régimen Municipal, que dice:

> "El control de la gestión fiscal de los municipios, se cumplirá exclusivamente en las etapas perceptiva y posterior", igualmente rige para los municipios de las intendencias y comisarías.

La Sala responde:

1. El artículo 6o. de la ley 53 1.990, al sustituir el contenido del artículo 309 del Código de Régimen Municipal, no derogó las atribuciones de la Contraloría General de la República para ejercer el control fiscal de las intendencias y comisarías' y de sus municipios.

Por el contrario, dichas normas de competencia conserva su vigencia en la ley 22 de 1.985 (artículo 12) y en el decreto ley 467 de 1.986 (artículo 48).

2. El control perceptivo y posterior de que trata el artículo 6o. de la ley 53 de 1.990, es también aplicable a los municipios de las intendencias y comisarías.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO / CONTRATO DE SEGURO

Desde que entró en vigencia la Ley 45/90, no se pueden celebrar directamente contratos de seguro entre entidades públicas porque el legislados quiso que se escogiera en igualdad de condiciones a cualquiera de las compañías de seguros legalmente establecidas en el país, por lo mismo los contratos de seguros celebrados directamente con la Previsora S. A. que se están ejecutando, no pueden prorrogarse, a su vencimiento, porque con ello se estaría violando las disposiciones de la citada ley, al evadir con ese procedimiento la obligación de permitir a otras compañías de seguros que presentes propuestas a través de la licitación pública.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, alcance arts. 62 y 63 de la ley 45 de 1.990.
Radicación No. 387.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, con base en algunas consideraciones, formula a la Sala los siguientes interrogantes:

1. Es posible que una Entidad Pública de las definidas en el artículo 267 del Decreto Ley 222 de 1.983, celebre un contrato interadministrativo con la Previsora S. A. , Compañía de Seguros, (dado su régimen legal) con el fin de asegurar la protección de los intereses patrimoniales de la Entidad y de los bienes pertenecientes a las mismas sin necesidad de Licitación Pública?.

2. Puede la Circular externa No. 013 de febrero 15 de 1.991 expedida por la Superintendencia Bancaria ir más allá de lo estipulado en la Ley 45 de 1.990 y establecer regulaciones contrarias a lo preceptuado en el Decreto 222 de 1.983, artículo 43, numeral 21, 266 y 267, al prescribir el mencionado documento en su numeral 3, literal b) " el numeral 21 del artículo 43 del Decreto Ley 222 de 1.983 amerita un comentario especial en cuanto permite prescindir de la licitación pública" cuando se trata de contratos celebrados entre entidades públicas "' disposición ésta que, a juicio de la Superintendencia Bancaria, debe entenderse insubsistente - en punto a los contratos de seguros- al tenor de los dispuesto en el artículo 3o. de la ley 153 de 1.987, por cuento el artículo 63 de la ley 45 de 1.990 reguló la adjudicación de tales contratos de una manera especial y opuesta a la prevista en las disposiciones anteriores, esto es, mediante la supresión de privilegios para la celebración de los contratos de seguro, toda vez que las entidades aseguradoras, como lo dispone el inciso segundo del artículo 63 de la ley 45 de 1.990 , celebrarán los contratos de seguros **en igualdad de condiciones...**" Es claro que la Ley 45 de 1.990, no prohibió la celebración de este tipo de contrato interadministrativos.

3. Se puede prorrogar los contratos interadministrativos existentes, suscritos por Entidades Estatales con la Previsora S. A. Compañía de Seguros para que continúen protegidos o asegurados los bienes e intereses patrimoniales oficiales?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o.- El artículo 244 del Decreto-Ley 222 de 1.983 prescribía:

"De la forma de contratación. Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las entidades públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, se contratarán con compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país.

"Cuando los seguros cuya cuantía o interés asegurable no exceda de ciento veinte millones de pesos ($120'000.000) por riesgo asegurable, forzosamente se contratarán en forma directa con la Previsora S. A., Compañías de Seguros, o con cualquier otra compañía estatal que se llegare a crear para tal efecto.

2o.- El transcrito artículo 244 del Decreto Ley 222 de 1.983, fue modificación por el artículo 62 de la ley 45 de 1.990, de la siguiente manera:

" Todos los seguros requeridos para una adecuada protección de los intereses patrimoniales de las Entidades Públicas y de los bienes pertenecientes a las mismas, o de los cuales sean legalmente responsables, se contratarán con cualquiera de las compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en el país.

"Los representantes legales, las familias y consejos directivos de las entidades oficiales serán responsables de que la contratación se efectúe con entidades aseguradoras que ofrezcan adecuadas condiciones en materia de solvencia, coberturas y precios.

3o.- Se observa que el artículo 62 de la Ley 45 de 1.990 suprimió la obligación de la administración de contratar directamente con la Previsora S. A. o cualquier otra compañía estatal los seguros requeridos, cuando la cuantía asegurable no excediera de ciento veinte millones de pesos y atribuyó, en cambio, a los representantes legales de las entidades oficiales la responsabilidad de verificar que dicha contratación se efectúe con compañías que ofrezcan las mejores condiciones financieras y que, por lo mismo, puedan garantizar la seguridad requerida.

4o.- De otra parte, el artículo 245 del Decreto-Ley 222 de 1.983 prescribía:

" De la licitación en la contratación del seguro. La contratación de los seguros a que se refiere l artículo anterior, con excepción de los previstos en su inciso 1o., hará mediante licitación pública conforme a las reglas que sobre la materia establece el título V de este estatuto.

" En las licitaciones públicas señaladas en que fuere partícipe la Previsora S. A. Compañía de Seguros, ofreciendo igualdad de condiciones, **deberá preferírsele.**

"PARAGRAFO.- No obstante lo anterior, la entidad podrá optar entre contratar el seguro directamente con la Previsora S. A., Compañía de Seguros, o seleccionar al asegurador o aseguradores mediante el procedimiento de licitación pública".

5o.- El artículo 63 de la ley 45 de 1.990, modificó el transcrito artículo 245, en los siguientes términos:

"La contratación de los seguros a que se refiere el artículo anterior se hará mediante licitación pública en los casos que establece el título V de este estatuto, conforme a las reglas generales sobre la materia.

"Las entidades aseguradoras en las cuales participe, en un porcentaje igual o superior cincuenta por ciento (50%), celebrarán los contratos de seguros en igualdad de condiciones con las demás aseguradoras y deberán asumir, con carácter subsidiario, en la forma que los establece el Gobierno Nacional, aquellos riesgos que presenten características especiales".

6o.- El artículo 63 de la ley 45 de 1.990, claramente dispone que las compañías aseguradoras del Estado, celebrarán contratos de seguros con enti-

dades públicas, en igualdad de condiciones con las demás compañías aseguradoras que funcionen en el país, mediante el proceso de licitación pública de conformidad con "las reglas generales son de la materia".

En este caso también la ley suprimió la posibilidad de que entidades públicas **celebren contratos de seguros directamente con la Previsora S.A.** y que, dentro de un proceso de licitación pública, en el que ella ofrezca igualdad de condiciones, se prefiera (subraya la Sala).

7o.- De otra parte, el Decreto-Ley 222 de 1.983 define en el artículo 16, como administrativos a los contratos interadministrativos que tengan por objeto la concesión de servicios públicos, la realización de obras públicas, la prestación de servicios y el suministro (Numeral 5o.). Además según lo prescrito por el artículo 266 del citado Decreto-Ley, los contratos que celebren las entidades públicas, con excepción de los empréstitos, se sujetarán únicamente a los requisitos previstos para la contratación entre particulares.

De estas disposiciones se deduce:

a) Que los contratos interadministrativos son aquellos celebrados entre entidades públicas, con ausencia de los particulares y que, por lo mismo, están sujetos al régimen del derecho público.

b) Que por tratarse de entidades públicas, el procedimiento para contratar es menos rígido, porque el interés público es la única finalidad de dichos contratos, de suerte que es viable suprimir, por ejemplo, la licitación y el concurso para seleccionar el contratista.

c) Que las entidades públicas contratantes en el mismo nivel de igualdad, sin importar el orden al que pertenezcan, lo que permite suprimir las cláusulas exorbitantes.

8o.- Con fundamento en las normas que regulan la contratación administrativa, la entidad pública denominada "La Previsora S. A., Compañía de Seguros", puede celebrar contratos interadministrativos con las demás entidades públicas mencionadas en el artículo 267 del Decreto-Ley 222 de 1.983, a saber: "La Nación, los Departamentos, las intendencias, las comisarías, los municipios, los establecimientos públicos, las empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta en las que el Estado posea el noventa por ciento (90%) o más de su capital social".

Esos contratos interadministrativos que celebre "La Previsora S. A., Compañía de Seguros" por regla general, como se indicó, están sometidos a los requisitos y formalidades que la ley exige par la contratación entre particulares, sin embargo, cuando disposiciones de carácter especial establezcan un régimen

diferente, éste prevalece sobre los procedimientos generales.

Así las cosas, en el asunto materia de estudio se tiene que, para la celebración de contrato de seguro, las entidades públicas contratantes, deben adelantar los correspondientes procesos de licitación pública para seleccionar, dentro de la igualdad de condiciones, a la compañía de seguros pública o privada que haya presentado la oferta más favorable, de conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 62 y 63 de la ley 45 de 1.990, que modifican respectivamente, a los artículos 244 y 245 del Decreto-Ley 222 de 1.983, tal como se indicó.

9o.- La Sala concluye que por estar sometidos a un régimen especial, a los contratos interadministrativos de seguros que se celebren con la Previsora S. A., no les es aplicable el artículo 43, numeral 21, del Decreto-Ley 222 de 1.983, que permite que se prescinda de la licitación o del concurso, cuando se trata de contratos entre entidades públicas. Porque, como se indicó, por expresa disposición de la Ley 45 de 1.990, se suprimió la contratación directa en esta clase obligatoriamente el procedimiento de la licitación pública, sin ninguna excepción.

10o.- En este orden de ideas, se tiene que, desde que entró en vigencia la Ley 45 de 1.990, **no se pueden celebrar directamente contratos de seguro entre entidades públicas** porque el legislador quiso que se escogiera **en igualdad de condiciones** a cualquiera de las compañías de seguros legalmente establecidas en el país, por lo mismo los contratos de seguros celebrados directamente con "La Previsora S. A." que se están ejecutando, no pueden prorrogarse, a su vencimiento, porque con ello se estaría violando las disposiciones de la citada Ley 45 de 1.990, al evadir este procedimiento, la obligación de permitir otras compañías de seguros que presentan propuestas **a través de la licitación pública.**

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala **ABSUELVE LOS INTERROGANTES** formulados por el señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, en el mismo orden de la Consulta:

1. **Las entidades públicas no pueden celebrar directamente contratos de seguro** con la Previsora S. A., Compañía de Seguros, **so pretexto de que son interadministrativos,** porque por expresa disposición de la ley 45 de 1.990, **esos contratos deben celebrarse mediante el procedimiento de la licitación pública,** norma que por ser especial y posterior prevalece, únicamente para efectos del asunto regulado, sobre las normas generales al Decreto-Ley 222 de 1.983.

2. La Sala **se abstiene** de responder el segundo interrogante de la consulta porque carece de competencia para examinar la legalidad de los actos de las

entidades públicas, pues ello es atribución de la jurisdicción contencioso-administrativa.

3. Vencido el plazo no puede prorrogarse el contrato debido a que la ley 45 de 1.990 exige la licitación pública para contratar seguros. La Sala considera, que el artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1.983 mantiene su vigencia, y por tanto, que los contratos interadministrativos de Seguros **que están en ejecución,** pueden ser modificados en cuanto al plazo y al valor convenido antes de su vencimiento, mediante el procedimiento prescrito por la misma disposición.

En los anteriores términos la Sala Consulta y de Servicio Civil del Consejo de Estado **ABSUELVE** la Consulta formulada por el Ministro de Obras Públicas y Transporte, Doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez.

Transcríbase en copia auténtica a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / **ASAMBLEA CONSTITUCIONAL** - Gastos de Campaña / **ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**

El Consejo de Estado se ha inclinado por considerar que las sentencias de inexequibilidad sólo producen efectos hacia el futuro, que no tiene efectos retroactivos y que por lo tanto las situaciones jurídicas que se hubiesen consolidado con aplicación de la norma declarada inexequible, antes de producirse la sentencia, conservan su validez. La suma por cada voto válido que el Gobierno Nacional pagó en favor de cada una de las listas de candidatos inscrita en forma legal, antes de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 3147 de 1.990, por concepto de reposición parcial de los gastos de campaña, no está sujeta a devolución.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. nueve (9) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo*

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno relacionado con la aplicación de los Decretos Legislativos 3147 y 2760 de 1.960.
Radicación No. 385

En oficio No. 690 el Ministro de Gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"De manera atenta someto a consideración de la H. Sala que usted preside la consulta relacionada con la aplicación del Decreto Legislativo No. 3147 del 31 de diciembre de 1.990, por el cual se dictan decretan (sic) medidas tendientes a la preservación del orden público y a su restablecimiento y se modifica el Decreto

Legislativo No. 2760 de 1.990, concretamente en lo relacionado con el artículo 3o., el cual transcribo:

> "Artículo 3o.- El Gobierno Nacional reconocerá, por concepto de reposición parcial de los gastos en con motivo de la campaña incurrieron los aspirantes a integrar la Asamblea Nacional Constituye, una suma equivalente a cuatrocientos cincuenta pesos ($450) moneda corriente, por cada voto válido depositado en favor de cada una de las listas de candidatos inscritos en forma legal".

Sometido el citado Decreto a la revisión constitucional, por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia, esta Corporación se pronunció mediante Sentencia que obra en el expediente 2277 (373-E), declarando inexequible, todo el contenido del Decreto 3147 ya citado.

Con fundamento en las consideraciones anteriores se consulta:

a.- Ante la declaratoria de inexequibilidad del citado Decreto 3147, los aspirantes a integrar a la Asamblea Nacional Constitucional a los cuales el Gobierno Nacional les pagó por concepto de reposición parcial de los gastos de campaña, la suma equivalente a $450.oo por cada voto válido depositado en favor de cada una de las listas de candidatos inscrita en forma legal, deben hacer la devolución del dinero recibido por dicho concepto y en caso afirmativo a qué entidad pública?

b.- En el evento en que el Gobierno Nacional no haya cancelado ese valor en la cuantía que establece el artículo 3o. del Decreto 3147 de 1.990, estaría en la obligación de reconocer a los aspirantes ya mencionados, la suma de $300.oo a que se refería el Decreto 2760 de 1.990, artículo 3o., en atención a que al ser declarado inexequible el Decreto 3147 a que hemos hecho referencia, revive la vigencia del artículo 3o. del Decreto 2760 ya citado?".

Corresponde al suscrito Consejero elaborar la ponencia de mayoría respecto de la anterior consulta en vista de que el proyecto presentado por el señor Consejero Humberto Mora Osejo, no obtuvo la mayoría requerida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1o.- Por Decreto Legislativo No. 2760 del 14 de Noviembre de 1.990 el Gobierno Nacional adicionó el presupuesto de rentas correspondiente a la vigencia fiscal de 1.990, en cuantía de $1.000.000.000.oo y el presupuesto de gastos en cuantía familiar.

2o. La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 4 de enero de 1.991, declaró constitucional el Decreto 2760 de 1.990.

3o. En el citado Decreto se dispuso reconocer concepto de reposición parcial de los gastos en que con motivo de la campaña hubieran incurrido los aspirantes a la Asamblea Constitucional, una suma de $300.oo por cada voto depositado en favor de cada una de las listas de los candidatos inscritos.

4o.- Con posterioridad, mediante el Decreto Legislativo No. 3147 del 31 de diciembre de 1.990, el Gobierno Nacional adicionó el Presupuesto de Renta de la vigencia de 1.990 en la cantidad de $580.000.000.oo y dispuso reconocer, por concepto de reposición parcial de los gastos que realizaron los aspirantes a integrar la Asamblea Constitucional una suma equivalente a $450.oo por cada voto válido emitido en favor de cada una de las listas de candidatos inscritos de manera legal.

5o.- La Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de fecha 28 de febrero de 1.991 declaró inconstitucional el Decreto Legislativo 3147 de 1.990, porque no podía estimarse como conexo con las medidas adoptadas por el Gobierno para restablecer el orden público.

6o.- Tal declaratoria de inexequibilidad plantea a la Sala, a petición del Gobierno, la consulta relacionada con los efectos, generados en fallo de inexequibilidad del Decreto 3147, respecto de aquellas personas a las cuales se les hizo reposición parcial de la suma de $450.oo por cada voto válido depositado, en cumplimiento de lo ordenado por el citado Decreto.

7o.- Los efectos producidos por una sentencia, que declare la inexequibiliad de una norma ha ido frecuentemente debatido. El Consejo de Estado, se ha inclinado por considerar -si bien con algunos salvamentos de voto muy respetables- que las sentencias de inexequibiliad sólo producen efectos hacia futuro, que no tienen efectos retroactivos y que por lo tanto las situaciones jurídicas que se hubiesen consolidado con aplicación de la norma declarada inexequible, antes de producirse la sentencia, conservan su validez.

Esta Sala en pronunciamiento de 26 de abril de 1,973, reiterado el 18 de septiembre de 1.980 y acogido nuevamente el 24 de mayo de 1.980, recogió en los siguientes términos los efectos de la sentencia de inexequibilidad: "Está definido que no tiene efecto retroactivo, sino hacia el futuro, y de consiguiente que se reconocen los hechos o situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley, antes del pronunciamiento de sentencia. El mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando fueron concretadas bajo la fórmula que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos y también genera armonía social, por que evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente". (Sala de Consulta y Servicio Civil - Consejero Ponente Jaime Betancur Cuartas).

De manera que en el caso consultado, las situaciones jurídicas que se

generaron y consolidaron bajo la vigencia del Decreto 3147 de 1.990 antes de la ejecutoria de la sentencia que declaró la inexequibiliad de dicho Decreto, deben respetarse porque en su momento, el Decreto a cuyo título se consolidaron tenía plena eficacia.

La única consecuencia jurídica del fallo de inexequibilidad recae sobre los efectos futuros de la norma acusada, no sobre los efectos que alcanzó a producir cuando pudo aplicarse.

Debe en consecuencia, la Sala reiterar su criterio tradicional expresado en numerosas providencias, en las cuales ha abocado el estudio de los aspectos relacionados con los efectos de la declaración de inexequibilidad.

Con apoyo en las consideraciones expuestas, la Sala responde a los temas consultados:

Al punto 1o.- La suma (equivalente a $450.oo) por cada voto válido que el Gobierno Nacional pagó en favor de cada una de las listas de los candidatos inscrita en forma legal, **antes de la declaratoria de inexequibiliad** del Decreto Legislativo 3147 de 1.990 por concepto de reposición parcial de los gastos de campaña, no está sujeta a devolución porque como se expresó en la motivación de esta providencia, la sentencia de inexequibilidad no tiene efecto retroactivo sino hacia el futuro.

Al punto 2o.- En atención a que al ser declarado inexequible el Decreto Legislativo 3147 de 1.990, **revivió la vigencia del Decreto 2760 de 1.990,** el Gobierno Nacional esa en la obligación de reconocer a las listas de candidatos inscritos a la Asamblea Nacional Constitucional una suma equivalente a $300.oo moneda corriente por cada voto válido depositado en favor de cada una de las listas de candidatos inscrita en forma legal.

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

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

Javier Henao, Presidente de la Sala, *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* con salvamento de voto, *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos / **SENTENCIA DE NULIDAD** - Efectos (Salvamento de Voto)

La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o un decreto con fuerza legislativa es declarativa -no constitutiva- porque simplemente verifica si cualquiera de esos actos, al quedar perfeccionando, infringió o no la Constitución. Esto significa que la sentencia se refiere al momento mismo en que la ley o el decreto con fuerza legislativa entró en contacto con las disposiciones de la Constitución. Es lo que la doctrina y la costumbre internacional denominan efecto retrospectivo o ex tunc. Este es el sentido que también tiene la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo.

Salvamento de Voto.

Radicación No. 385
Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno sobre la Asamblea Nacional Constituyente, respecto de la reposición parcial de los gastos de campaña a los candidatos a integrar la Asamblea, por parte del gobierno.

No comparto el concepto mayoritario por los siguientes motivos:

1o) La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o un decreto con una fuerza legislativa es declarativa - no constitutiva - porque simplemente verifica si cualquiera de esos actos, al quedar perfeccionado, infringió o no la Constitución. Esto significa que la sentencia se refiere al momento mismo en que la ley o el decreto con fuerza legislativa entró en contacto - si así pudiere denominarse - con las disposiciones de la Constitución. Es lo que la doctrina y la costumbre internacional denominan efecto retrospectivo o ex tunc: si una ley declarada inconstitucional se expidió, por ejemplo, en 1920,

desde 1920 es inconstitucional. Como la sentencia, por su efecto declarativo - no constitutivo -, hace constar lo que sucedió, también significa que decide que esa ley es inconstitucional desde 1920.

2o) Este es el sentido que también tiene la sentencia que declara la nulidad de un acto administrativo: el juez administrativo decide, con efecto retrospectivo o ex tunc, que ese acto infringió, en todo o en parte, una o más normas de superior jerarquía, anteriores a él, desde cuando quedó perfeccionado. Esta es la razón para que, en una controversia que tenga por objeto que se declare la nulidad de un acto administrativo particular y se disponga el restablecimiento del derecho del actor, si se accede a lo primero se puede disponer lo segundo que es consecuencial: por ejemplo, si se declara la nulidad de un acto que destituyó a un empleado, se puede acceder a restablecerlo en su derecho que podría consistir en la orden de reintegrarlo al cargo que ejercía, o a otro de igual o superior categoría, pagarle los sueldos que dejó de percibir **desde el día en que fue reemplazado** y que todo el tiempo transcurrido fuera del cargo se tenga como servido para todos los efectos legales: **todo se funda en el efecto retrospectivo o ex tunc de la declaratoria de nulidad del acto.**

3o) Este principio rige inmemorialmente en el derecho privado: la declaratoria de nulidad de un contrato o de una convención, salvo excepción legal, tiene efecto retrospectivo o ex tunc; no importa la índole de la causal de nulidad, absoluta o relativa, el efecto es ex tunc y la situación de las partes se retrotrae al día en que se perfeccionó el acto jurídico que se declara nulo: **es la obvia e ineludible consecuencia de la sentencia declarativa.**

4o) Este principio es universal, en el derecho público y en el derecho privado, y sólo admite las expresas excepciones de la Constitución o de la ley: en el caso del derecho colombiano, ninguna disposición, constitucional o legal, prescribe que las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto con fuerza legislativa o la nulidad de un acto administrativo sólo produzcan efectos futuros: **todas tienen, sin ninguna excepción, efecto retrospectivo o ex tunc, con todas sus consecuencias jurídicas.** Por el contrario, la Constitución asimila, hasta considerarlos idénticos, los adjetivos "inconstitucional" e "inexequible" y además prescribe, por principio general, que los actos administrativos pueden ser declarados nulos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo con todas sus consecuencias: de manera que tanto las sentencias que profiere la Corte Suprema de Justicia, en el juzgamiento de constitucionalidad de las leyes y decretos con fuerza legislativa, como la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a propósito de los actos administrativos, tienen efecto retrospectivo o ex tunc.

5o) El criterio contrario, que atribuye a la sentencia de inconstitucionalidad efectos futuros, desconoce su carácter declarativo y lo convierte en constitutivo: como la declaratoria de inconstitucionalidad sólo rige para el futuro, el lapso de

vigencia de la ley o del decreto con fuerza legislativa - que puede ser muy prolongado - contradictoriamente se convalida: de este modo, según el ejemplo propuesto, una sentencia que en 1991 declare inconstitucional una ley de 1920, inexplicable y jurídicamente tendría el efecto de convalidarla durante el tiempo que rigió, es decir, paradójicamente, por haber sido declarada inconstitucional, se estima constitucional mientras rigió: de este modo, **la sentencia explícitamente constituirá una nueva situación jurídica, la de inconstitucionalidad de la ley** o del decreto con fuerza legislativa, e **implícitamente declararía su constitucionalidad** durante todo el tiempo anterior.

6o) Además, si se afirma, como en el concepto de que disiento que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto con fuerza legislativa **tiene efecto futuro**, es contradictorio aseverar al mismo tiempo que, en consecuencia, recobran vigencia las disposiciones que sean reformadas, sustituídas o derogadas por las que se declaren inconstitucionales. Este aserto lógicamente sólo sería fundado si se admite, como es evidente y obvio, que la sentencia **que declara** la inconstitucionalidad de una ley o de un decreto con fuerza legislativa o la nulidad de un acto administrativo **tiene efecto retrospectivo o ex tunc.**

7o) Respecto de los actos expedidos con base en la ley o en el decreto con fuerza legislativa declarado inconstitucional, pueden ser controvertidos ante los organismos jurisdiccionales competentes y declarados nulos porque desaparecieron, con efectos retrospectivos o ex tunc, las disposiciones que les servían de fundamento: nula la causa nulos los efectos. Es un principio inmemorial de permanente actualidad.

8o) La mayoría invoca, para prohijar el criterio que afirma el efecto futuro de las sentencias que declaren inconstitucionales las leyes o decretos legislativos, los conceptos de 26 de abril de 1973 y 18 de septiembre de 1980; pero no alude ni menos pretende refutar los numerosos argumentos que, para sustentar el efecto retrospectivo o ex tunc de las misma sentencias, expuso, como salvamento de voto, el suscrito Consejero al concepto de 18 de septiembre de 1980, los mismos que reitera en esta nueva oportunidad.

9o) En el caso específico - la consulta del señor Ministro de Gobierno -, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 28 de febrero de 1991, declaró inconstitucional el Decreto Legislativo No. 3147 de 1990 que adicionó el presupuesto de rentas de la vigencia fiscal de 1990 en $580'000.000.oo y aumentó a $450.oo el valor de la reposición parcial de los gastos realizados por los candidatos a integrar la Asamblea Constituyente, por cada voto válido. Por consiguiente, **en virtud del efecto retrospectivo o ex tunc de la mencionada sentencia,** recobró vigencia el Decreto Legislativo 2760 de 1990, que determinó el valor de la indicada reposición en $300.oo por cada voto válido. De esto se deducen dos

consecuencias:

1a.) Si el Gobierno aun no ha cancelado los valores correspondientes a la reposición de los gastos efectuados por los candidatos a la Asamblea Constituyente, sólo puede pagar por cada voto válido la suma de $300.oo

2a.) Si el Gobierno pagó, por el mismo concepto, $450.oo como válor de reposición por cada voto válido, durante la vigencia del Decreto Legislativo 3147 de 1990, declarado éste inconstitucional, es posible pedir que se declare la nulidad de los actos que ordenaron el pago del mayor valor, equivalente a $150.oo, por cada voto válido, porque carecen de causa: la declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo No. 3147 de 1990, que dispuso este incremento, implica que esos actos y los consiguientes pagos sean contrarios al derecho público de la Nación.

En conclusión, estimo que, con fundamento en los motivos que ha expuesto, la Sala debió contestar, en la forma indicada, las preguntas del señor Ministro de Gobierno.

Fecha ut supra.

Humberto Mora Osejo.

ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS/ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL/COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA -Naturaleza Jurídica

La reforma constitucional y administrativa de 1968 derogó cualquier forma de organización administrativa distinta de la establecida por ella. De tal manera que, los municipios, que son entidades territoriales de carácter local y personas de derecho público no pueden asociarse bajo el régimen de las cooperativas porque éstas están sometidas al derecho privado ,y porque el artículo 7o. del Decreto-ley 130/76 establece que la asociación exclusiva de entidades públicas, sin ánimo de lucro y con el fin de cooperar en los cumplimientos de funciones administrativas o de prestar servicios públicos, conforman personas jurídicas que se hallan bajo el régimen previsto para los establecimientos públicos, de tal manera que, para congregar la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia y algunos de sus municipios, debe transformarse en un establecimiento público. Mientras ellos sucede, la Cooperativa seguirá rigiéndose por el derecho privado, siendo por lo mismo, sus actos privados y sus empleados particulares.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D. E., catorce (14) de Octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas*

Referencia: Consulta, Radicado No. 228. Naturaleza jurídica y régimen aplicable a la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada.

El doctor Barlahan Henao Hoyos, Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, formula a la Sala una consulta, previas las

textuales consideraciones a saber:

"1. Mediante Ordenanza No. 45 de 1.939, la Asamblea Departamental de Antioquia autorizó al Gobernador para que a nombre del departamento junto con los Municipios que quisieran constituyera una Cooperativa de Municipalidades, con el objeto de que a través de ésta atendieran las necesidades de sus integrantes.

La Cooperativa fue constituída el 27 de noviembre de 1.939, adoptando la denominación de "COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA LIMITADA" reconocida su Personería Jurídica por medio de Resolución 897 de 1.939, emanada de Ministerio del Trabajo, Higiene y Previsión Social y autorizando su funcionamiento por medio de la Resolución No.1 de 1.940, expedida por el" Superintendente Delegado de Cooperativas del Departamento de Cooperativas y Previsión Social".

La Cooperativa tuvo desde su nacimiento la actividad de crédito con secciones de construcción, consumo, compras, ventas, producción, servicios especiales y fomento acogiéndose al régimen cooperativo de la época (Ley 134 de 1.931 Ley 874 de 1.932 y Ley 128 de 1.936), es decir, de personas jurídicas de Derecho Privado sin ánimo de lucro y consideradas de utilidad y conveniencia pública.

La Superintendencia del Departamento Administrativo, siempre la ha considerado como persona jurídica de Derecho Privado. Inicialmente fundamentado en la Ley 134 de 1.931 en la cual se especificó que lo no tratado en la misma se aplicarán las normas del Código Civil y de Comercio especialmente las de sociedades anónimas y posteriormente basadas en el concepto emitido para tal efecto por la Sala de Consulta del Consejo de Estado con ponencia del Consejero José Urbano Múnera, el 20 de Febrero de 1.959, apartes del cual se transcriben:

"..... La Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada es una entidad de derecho privado y por lo tanto dispone transcribirle al señor Ministro de Trabajo el precedente estudio como respuesta a su consulta de fecha ya anotada".

En dicho estudio el Consejo de Estado sostiene: "La intención, pues, del legislador antioqueño quedó muy claramente definida en la Ordenanza dicha, o sea: fundar una cooperativa de responsabilidad entre el Departamento y los Municipios que quieran ser socios de ella, con el derecho para las demás personas jurídicas y particulares de hacerlo como adherentes. Quiso la ordenanza citada que la Cooperativa por la misma autorizada sirviera al crédito a sus asociados y que atendiera otros frentes indicados por la ley orgánica del ramo tales como el de construcciones, consumo, producción, servicios especiales y fomento".

"De consiguiente, la voluntad de los fundadores de la Cooperativa que se está analizando fue el de que ella tuviera los mismos carácteres de las demás sociedades de esta clase, que funcionan en el país. Y así tenía que ser, porque como se vio atrás, el legislador colombianos no previó que se pudieran establecer en el territorio cooperativas con distintos fueros y diversa personalidad jurídica, y de consiguiente la Cooperativa de Municipalidades mencionada de que se trata, para ser aprobada y autorizada por le Gobierno, tuvo que acomodarse al régimen jurídico a ella señalado o sea la de sociedades privadas que la ley consagra en el derecho colombiano lo que vale decir que si no tuviera este carácter y fuera una entidad de derecho público de carácter oficial el Gobierno no habría podido darle la aprobación ni autorizar su funcionamiento. Tan cierto es ello que, para esta clase de sociedades pudieran estimarse como de utilidad y conveniencia públicas, a fin de ampararlas con ciertos privilegios e imponerles determinadas obligaciones, fue preciso que el Gobierno dictara el decreto Ley número 874 de 1.932 en cuyo artículo 1o. dispuso:

"Decláranse de utilidad y conveniencia pública para todos los efectos legales, las sociedades cooperativas que se constituyen de conformidad con la ley 134 de 1.931".

"Es obvio que esta declaración no hubiera sido precisa si las Cooperativas fueran entidades de derecho público. Y no se puede sostener que tienen ese carácter por la circunstancia de ser sus socios principales el Departamento de Antioquia y los Municipios cooperados entidades oficiales, porque según la legislación civil de Colombia (artículo 2079 del C. C.), la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados, y por esto no puede alegarse que la Cooperativa a que está aludiendo es una entidad de derecho público por el sólo hecho de que su capital está integrado por los aportes del tesoro departamental y municipales porque estos dejan de ser oficiales desde el momento mismo en que se integran a una sociedad de carácter cooperativo a la cual la ley, por todo lo que ha dejado expuesto, la clasifica entre las entidades de derecho privado".

"No obstante lo anterior, la Cooperativa ha sufrido una serie de tropiezos por las indemnizaciones que le han impuesto los fallos laborales de la justicia ordinaria y administrativa en los cuales clasifica como Empresa Comercial del Estado, Establecimiento Público, Persona Pública, Empresa Comercial del Estado del orden Municipal etc., al igual que los conceptos de la Contraloría General de Antioquia y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a través de la Dirección General de Impuestos Nacionales, a pesar de la expedición del Decreto 1598 de 1.963 en cuyos artículos 1, 2, 3, 4, 81 y 106 se definió a las cooperativas como personas jurídicas de Derecho Privado, sin ánimo de lucro, de utilidad pública e interés social, fijándoles a los existentes un plazo para adecuar sus estatutos e indicando que dicho Decreto es de obligatoria aplicación para éstas.

Ante estos problemas y con expedición del Código de Régimen Departamental y el estatuto Básico de las Entidades Descentralizadas departamentales, decreto 1222 y 1221 de 1.986 respectivamente, a la Asamblea Departamental de Antioquia mediante ordenanza #24 de diciembre de 1.987, facultó al Gobernador del Departamento para que con los municipios socios de cooperativa adecuarán los estatutos a las normas citadas, para lo cual se fijó plazo de un año contado a partir de la vigencia de la ordenanza.

Se consulta lo siguiente:

1. Es la cooperativa Municipalidades de Antioquia Limitada una persona jurídica de Derecho Público o de Derecho Privado?

2. Si se trata de una persona jurídica o de Derecho Privado, al acogerse por virtud del artículo 72 del Decreto 1221 de 1.986, al régimen de entidad descentralizada indirecta de que trata el artículo 8o., que a su vez los remite a los Decretos Leyes 3130 de 1.968 artículo 4o. y 130 de 1.976 artículos 1 a 5, pierde su calidad de cooperativa y por ende este Departamento no podía continuar ejerciendo la vigilancia y control a que se refiere el artículo 1o. de la Ley 24 de 1.981?

3. Al acogerse a este régimen (Empresa Industrial y Comercial por la naturaleza de sus actividades), sus actos serían administrativos, estaría vinculada al Departamento de Antioquia el cual ejercería la tutela gubernamental , y sus funcionarios se distinguirían como empleados públicos y trabajadores oficiales?

4. Teniendo en cuenta que el patrimonio y el capital de la cooperativa está compuesto por los aportes y auxilios provenientes del Departamento y los municipios socios, para acogerse al régimen de empresa industrial y comercial del Departamento, es necesario que previamente se disuelva y liquide como cooperativa y se proceda a cancelar el reconocimiento de personería jurídica por parte de éste Departamento Administrativo?

5. Al adoptar el régimen de empresa industrial y comercial del Departamento, puede seguir utilizando la denominación de "Cooperativa" ante la expresa prohibición consagrada en el artículo 13 del Decreto-Ley 1598 de 1.963?

SE CONSIDERA:

1. El Municipio es una entidad territorial de carácter local, de origen constitucional (Art. 5o. Constitución Nacional), con personería jurídica (Ley 153 de 1.887, artículo 80), que rige por las normas de derecho público (Art. 198 Constitución Nacional), además su estructura y funcionamiento está previstos en los artículos 196 y siguientes de la Constitución Política.

2. El inciso 3o., del artículo 198, de la Constitución -63 del Acto

Legislativo No. 1 de 1.968- dispone que "la ley establecerá las condiciones y las normas bajo las cuales los municipios **puedan asociarse** entre sí para la prestación de servicios públicos. Las asambleas, a iniciativa del gobernador, podrán hacer obligatoria tal asociación, conforme a la ley citada, cuando la más eficiente y económica de los servicios así lo requieran".

3. La Ley 1a. de 1.975, que reglamentaba el inciso 3o., del artículo 198 de la constitución Nacional, regula todo lo relativo **a la asociación de municipios** y dispone que dichas asociaciones "son entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente del de los municipios que las constituyen. . . ." (Art. 3o.), además, que la asociación puede realizarse por voluntad de los municipios, mediante acuerdos expedidos por los respectivos Concejos Municipales (Art.6o.) o por decisión de las Asambleas, a iniciativa del Gobernador, que será de obligatorio cumplimiento. (Art. 7o.)

Sobre la naturaleza jurídica de las mencionadas asociaciones, agrega el articulo 2o. del decreto reglamentario 1390 de 1.976 que "las asociaciones de municipios constituyen entidades administrativas descentralizadas de derecho público del orden intermunicipal con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los municipios que la integran..".

4. La reforma Constitucional del año 1.968, consagró la descentralización administrativa por servicios, y dispuso que la ley debía expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos, de las sociedades de economía mixta y de las empresas industriales y comerciales del estado (ordinal 10, artículo 76, de la Constitución). En cumplimiento de esta previsión, el Congreso facultó en forma extraordinaria al Presidente de la República para que expidiera dichas normas, y fue así, como se expidieron los Decretos-Leyes 1050 y 3130 de 1.968 y 130 de 1.976, disposiciones que conforman, lo que podría llamarse, el estatuto de las entidades descentralizadas por servicios.

5. EL Decreto-Ley 1333 de 1.986, por el cual se expidió el Código de Régimen Municipal, incorporó la legislación vigente sobre asociación de municipios en sus artículos 324 a 347. Así, en el artículo 345 dispone que el control fiscal de las acciones integradas por municipios de un mismo departamento, le corresponde a la contraloría departamental, salvo que la asociación organice su propia contraloría. En el caso que los municipios asociados pertenezcan a diferentes departamentos, la asamblea de la asociación determinará su sistema de control fiscal.

6. De otra parte, el artículo 7o., del Decreto-Ley 130 de 1.976 contempla, en forma más general, la figura de la Asociación de entidades públicas, sin hacer distinción del orden territorial al cual ellas pertenezcan, en este sentido la norma prescribe textualmente: "A las personas jurídicas que se creen sin ánimo de lucro, **por la asociación exclusiva de entidades públicas,** con el fin de cooperar en

el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, se les aplican las normas previstas para los Establecimientos públicos, sin perjuicio de las particularidades que contengan los actos de su creación...".

El artículo 8o. ibídem prevé que "Los estatutos de las Asociaciones de que trata el artículo anterior deberá contener también las determinaciones previstas en el artículo 5o. de este Decreto".

El artículo 5o. del Decreto-ley mencionado, dispone que en los estatutos de las sociedades que se rigen por esta norma, se debe precisar el orden al cual pertenecerá la sociedad "según la naturaleza y ámbito de los servicios y actividades que se les encomienden, la proporción de las participaciones y la intención de los creadores".

7. El Decreto-Ley 1598 de 1.963, por el cual se actualiza la legislación cooperativa, prevé en su artículo 1o., que en el derecho colombiano las sociedades cooperativas se reconocerán como personas jurídicas de derecho privado y las actividades que éstas realicen deben tener como fin el interés social. Y dice en el artículo 4o., que es "Cooperativa toda asociación voluntaria de personas en que se organicen esfuerzos y recursos, con el propósito principal de servir directamente a sus miembros, sin ánimo de lucro. . .", siempre que reúnan las características básicas establecidas en la misma norma.

Con fundamento en las anteriores consideraciones , se responde:

1. La Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada, fué constituida en el año dé 1.939, cuando la legislación colombiana no había definido la descentralización administrativa por servicios y, seguramente, el Departamento de Antioquia y los municipios que la conforman vieron la necesidad de unirse para hacer efectiva la función de los entes territoriales que al prestarse ayuda mutua podían lograr en menos tiempo sus objetivos.

A pesar de las buenas intenciones de los creadores de la cooperativa mencionada y, aún en el supuesto de que para la época en que se creó la misma, hubiera existido disposición que permitiera que se organizaran cooperativas integradas por municipios y otras entidades públicas, la reforma constitucional administrativa del año 1968 derogó cualquier forma de organización administrativa distinta de la establecida por ella. De tal manera que, como se vió, los municipios, que son entidades territoriales de carácter local y personas de derecho público , no pueden asociarse bajo el régimen de las cooperativas porque están sometidas al derecho privado (Art. 1o. Decreto-Ley 1598 de 1.963), y porque el artículo 7o., del Decreto-Ley 130 de 1.976 establece que la **asociación exclusiva de entidades públicas,** sin ánimo de lucro y con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar servicios públicos,

conforman personas jurídicas que se hallan bajo el régimen previsto para los establecimientos públicos, de tal manera que, para congregar la Cooperativa de Municipalidades de Antioquia y algunos de sus municipios, debe transformarse en un establecimiento público de conformidad con el artículo 7o., citado.

Así las cosas, mientras la cooperativa se transforma en un establecimiento público, se seguirá rigiendo por el derecho privado, siendo por los mismo, sus actos privados, y sus empleados particulares.

2. Tomando en consideración las anteriores apreciaciones, se tiene que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, no tendría competencia para vigilar a la referida asociación de municipios de Antioquia, una vez transformada, porque ella estaría sujeta a la correspondiente tutela gubernamental por ser un establecimiento público, y porque desde que se produzca la transformación, la entidad dejará de ser una cooperativa.

3. La Cooperativa de municipalidades de Antioquia al transformarse en establecimiento público quedaría sujeta al régimen legal previsto en los Decretos-Leyes 1050 y 3130 de 1.968 y además normas vigentes y, por lo tanto, sus actos serían administrativos; de acuerdo al orden territorial que establezcan sus estatutos, podía estar vinculada al Departamento de Antioquia el que ejercería la tutela departamental; y las personas vinculadas a su servicio serían empleados públicos.

4. La Cooperativa de Municipalidades de Antioquia al transformarse en establecimiento público por la Asociación del Departamento de Antioquia y algunos de sus municipios, **no debe disolverse ni liquidarse porque la transformación excluye esos procedimientos,** lo único que debe realizarse es una adecuación de sus estatutos a las normas vigentes relativas a los establecimientos públicos. Producida la transformación el departamento Administrativo Nacional de Cooperativas debe proceder a cancelar la personería jurídica de la cooperativa y efectuar los registros correspondientes.

5. La Cooperativa de Municipalidades de Antioquia Limitada, una vez transformada en establecimiento público, no puede utilizar la denominación de "cooperativa", por cuanto el artículo 13 del Decreto-Ley 1598 de 1.963 expresamente lo prohibe.

En los anteriores términos, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, ABSUELVE la Consulta formulada por el Jefe del Departamento Nacional de Cooperativas, doctor Barlahan Henao Hoyos.

Transcríbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ALCALDE - Destitución / **GOBERNADOR** - Facultades /**SANCION PENAL / CONDENA CONDICIONAL.**

La destitución es procedente por causa o hechos sobrevinientes al ejercicio del cargo, quedan excluidos los hechos cometidos por la persona antes de comenzar a desempeñar el empleo público respectivo, o en el caso de la elección, antes de tomar posesión. La Sala estima que la causal prevista en el literal a) del artículo 17 de la Ley 78/86 sólo puede servir de fundamento para la destitución cuando haya tenido ocurrencia después de la elección del respectivo alcalde nunca antes, pues ello está previsto como causal de inhabilidad que incide directamente sobre la elección. En el caso de que la sentencia condenatoria se proferirá después de la elección y antes de la posesión del alcalde, se configura la causal de destitución porque por el hecho de la elección se adquiere el carácter de funcionario, faltando sólo a la formalidad de la posesión. Cuando se recibe el beneficio de la condena de ejecución condicional, podrá continuar en el cargo mientras no infrinja las obligaciones impuestas por el mismo juez.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. , trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Consulta Radicación No. 391. Destitución de los Alcaldes, consagrada en el literal a) del art. 17 de la Ley 78 de 1.986, modificado por el art. 6o. de la Ley 49 de 1.987.

El señor Ministro de Gobierno Doctor Humberto de la Calle Lombana, con fundamento en el artículo 98 del Código Contenciosos Administrativo, formula

la siguiente consulta que se transcribe textualmente:

"Comedidamente y a solicitud de la gobernadora del departamento de Santander, someto a consideración de esa H. Sala, la consulta relacionada con la facultad de los Gobernadores, Intendentes y Comisarios para destituir a los Alcaldes, cuando sobre éstos recae sentencia condenatoria o resolución de acusación por comisión de delitos comunes.

"En efecto' el artículo 17 de la ley 78 de 1.986 modificado por el 6o. de la Ley 49 de 1.987, consagra las causales de destitución a los alcaldes. El literal a) de este artículo, con la modificación antes citada dispone: 'a) Cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada'.

"Actualmente se tienen diferentes interpretaciones sobre la aplicación del artículo 17 de la ley 78 de 1.986 y 6o. de la Ley 49 de 1.987 así:

"1. Algunos argumentan que la causal de destitución sólo es aplicable al Alcalde cuando la sentencia o resolución de acusación ha sido proferida después de haber tomado posesión del cargo de Alcalde y no cuando dicha providencia se dictó antes de su elección o de su posesión, por lo cual la persona así elegida podría posesionarse y entrar a ejercer el cargo sin que se le pueda destituir, aunque sobre ella pese una sentencia ejecutoriada y en ejecución, pero con beneficio de condena condicional.

"2. Otros sostienen que, si no distinguir el legislador en qué momento se daría causal de destitución al consagrar: 'Cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación', al intérprete no le es dado distinguir si la providencia se dictó con posterioridad a la elección y con anterioridad a la posesión y en consecuencia, la destitución de un Alcalde por los Gobernadores, Intendentes o Comisarios se decretará tan pronto como tales funcionarios tengan conocimiento de la providencia respectiva, debidamente ejecutoriada y que se encuentre vigente.

"Así mismo se sostiene que, de aceptar la primera tesis, se presentaría el absurdo de que personas condenadas por delitos comunes, con sentencias vigentes, entrarían a ejercer el cargo de alcaldes y sólamente se les podría destituir hasta cuando se adelantara el proceso de nulidad de su elección por la causal del artículo 5o. Ley 78 de 1.986, ello cuando hay lugar a la demanda y se ha interpuesto dentro del término. Pero, qué decir de los casos en que las personas son condenadas y su sentencia queda ejecutoriada después de la elección y antes de la posesión?

"Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta:

"1. Pueden los Gobernadores, Intendentes y Comisarios según el caso, en aplicación de los artículos 17 de la Ley 78 de 1.986 y 6o. de la Ley 49 de 1.987, decretar la destitución de un alcalde que asuma el cargo, a quien con anterioridad a la elección se le haya dictado sentencia condenatoria, privativa de la libertad, aún cuando esté gozando del beneficio de condena de ejecución condicional, con fundamento en que los artículos citados establecen como causal de destitución para los alcaldes el haberse dictado sentencia condenatoria o resolución de acusación, debidamente ejecutoriada, sin entrar a distinguir el momento en que se haya proferido dicho fallo? O, en éste caso habría que esperar la decisión de la demanda de nulidad de la elección por violación del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 5o. de la Ley 78 de 1.986, literal a)?

"2. En el caso en el que la sentencia condenatoria se profiera después de la elección y antes de la posesión de alcalde, (hecho que impediría la demanda de nulidad), se le podría destituir una vez posesionado con fundamento en los argumentos expuestos en el punto anterior?

"3. Si no es posible decretar la destitución de un alcalde que asume el cargo en contravención al régimen de inhabilidades y tampoco se instauró dentro del término legal la acción de nulidad correspondiente, o la demanda no procedió por cuanto la condena profirió después de la elección de alcaldes y antes de la posesión, qué procedimiento deben observar los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, según el caso, para evitar que el Alcalde continúe ejerciendo el cargo?

"4. Las personas a quienes se les ha condenado a pena de prisión y accesorio de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal, concediéndoseles en sentencia de primera o segunda instancia el beneficio de la condena de ejecución condicional, al ser elegidos alcaldes y no encontrarse físicamente privadas de la libertad, entrar a ejercer el cargo. En este caso, la Procuraduría podría investigar a los referidos Alcaldes por encontrarse en interdicción de derechos y ejercicio de funciones públicas?"

LA SALA CONSIDERA

1o. La Ley 78 de 1.986, por la cual se desarrolla parcialmente el Acto Legislativo No. 01 de 1.986 sobre la elección de alcaldes, prevé el régimen de inhabilidades para ser elegido alcalde, de este modo, en el artículo 5o. , modificado parcialmente por el artículo 1o. de la Ley 49 de 1.987, dispone que no podrá ser elegido ni designado alcalde quien, entre otros motivos:

"....c) Haya sido llamado a juicio o condenado a pena privada de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos".

De manera que, quien esté incurso en esta inhabilidad no podrá aspirar a ser elegido o designado como alcalde, so pena de que se anule su elección, virtud del ejercicio de la acción contencioso administrativa de conformidad con el artículo 228 del Decreto-Ley 01 de 1.984.

2o. Las inhabilidades previstas en la ley configuran verdaderos impedimentos para acceder al ejercicio de los cargos o funciones públicas. Los motivos que ha tenido el legislativo para establecerlas, se fundamentan primordialmente en el objetivo de mejorar el servicio público , vinculando personal de altas calidades morales y personales. Así, se exige que las personas que aspiren a ciertos empleos no pueden estar incursas en las inhabilidades establecidas previamente.

Cuando una persona resulte elegida o designada para un destino público, a pesar de que se encuentre incluída en una o varias de las inhabilidades previstas por la ley, existe la posibilidad, como se indicó, de acudir ante la jurisdicción de los contencioso-administrativo para obtener la nulidad de la elección. En el caso estudiado, para demandar la elección de un alcalde , el artículo 28 de la Ley 78 de 1.986, sustituído por el artículo 7o. de la Ley 14 de 1.988, consagra un término de veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declare la elección o se haya expedido el nombramiento respectivo.

Si vencido este término no se ejerce la correspondiente acción, se presenta la caducidad de las misma, perdiéndose , como es obvio, la única oportunidad para dejar sin efecto la elección viciada de nulidad.

3o. De otra parte, la citada Ley 78 de 1.986, prescribe las causales de destitución de los alcaldes y, dispone que según sus respectivas competencias, está sanción la pueden aplicar el Presidente de la República, los Gobernadores, Intendentes y Comisarios.

El artículo 17 de la ley en mención, modificado parcialmente por el artículo 6o. de la ley 49 de 1.987, prevé que los alcaldes serán destituídos por las siguientes causales:

"a) Cuando se haya proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada (modificado).

"b) Por violación al régimen de incompatibilidades.

"c) A solicitud de la Procuraduría General de la Nación, cuando incurran en las causales que impliquen dicha sanción, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto por la ley para estos fundamentos (modificado).

"d) Por vacancia".

4o. Para interpretar adecuadamente los alcances del transcrito artículo 17, es necesario determinar la naturaleza jurídica de la destitución. Así, se tiene que esta figura consiste en la sanción disciplinaria de más seriedad que regula nuestro ordenamiento jurídico; tiene como fundamento la desvinculación definitiva del cargo por razón de la comisión de una conducta prevista legalmente como falta.

Su aplicación, dentro del marco disciplinario, es procedente en los casos en que se ha incurrido en faltas graves, cuando se presenta la reincidencia y cuando la ley así lo dispone expresamente como en el asunto materia de estudio.

De lo expuesto, se concluye que la destitución es procedente por causa o hechos sobrevinientes al ejercicio del cargo, es decir que, como las demás sanciones disciplinarias, sólo es aplicable cuando la falta disciplinaria o la causal prevista por la ley, tienen ocurrencia durante el tiempo en el cual el empleado público ostentó dicho carácter. Así las cosas, quedan excluídos los hechos cometidos por la persona antes de comenzar a desempeñar el empleo público respectivo, o en el caso de la elección, antes de tomar posesión.

5o. Con fundamento en el análisis realizado, la Sala estima que la causal prevista en el literal a). del artículo 17 de la Ley 78 de 1.986, sólo puede servir de fundamento para la destitución cuando haya tenido ocurrencia después de la elección del respectivo alcalde nunca antes, pues ello está previsto como causal de inhabilidad que, como se vió incide directamente sobre la elección. Sostener lo contrario implica desconocer los fundamentos del derecho disciplinario y quebrantar los principios de equidad y justicia.

Por lo expuesto, la Sala responde los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno:

1o. Los Gobernadores, Intendentes y Comisarios, según sus respectivas competencias, sólo pueden decretar la destitución de un alcalde cuando después de haber sido elegido se haya dictado en su contra sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada.

Si la condena de carácter penal o la resolución de acusación se expidieron antes de la elección del alcalde, no se configura la causal de destitución prevista en el literal a), del artículo 17 de la Ley 78 de 1.986, sino la causal de inhabilidad para ser elegido o designado alcalde, señalada en el literal c), del artículo 5o. ibídem y, que genera la respectiva acción de nulidad de la elección, contemplada en el término previsto en el artículo 228 del Decreto-Ley 01 de 1.984, la cual debe ejercerse dentro del término previsto en el artículo 7o. de la Ley 14 de 1.988, tal como se indicó anteriormente. Vencido este término sin que se hubiere presentando la correspondiente demanda ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, se presente la caducidad de la acción y con ella la imposibilidad de

obtener la nulidad de la elección, es decir, que ella queda en firme y el elegido puede entrar a ejercer el cargo.

Como es obvio, si la demanda de nulidad de la elección se presentó dentro del mencionado término, debe esperarse el resultado del proceso, que, en el evento de aceptarse las pretensiones de la misma, acarrea la nulidad de la elección y como consecuencia el retiro del alcalde inhabilitado.

2o. En el caso de que la sentencia condenatoria se profiera **después de la elección y antes de la posesión del alcalde**, se configura la causal de destitución porque por el hecho de la elección se adquiere el carácter de funcionario, faltando sólo a la formalidad de la posesión; además porque ese lapso no puede estar por fuera del control del Estado, de manera que si no se configura la causal de inhabilidad por ser posterior a la elección, debe tenerse como causal de destitución.

3o. Si el alcalde fue elegido existiendo causal de nulidad pero no se demandó el acto dentro del término legal, ello significa que la acción caducó y que en virtud del principio de la seguridad jurídica el **acto subsiste** y debe cumplirse. Por consiguiente, nadie puede impedir en estas condiciones que el Alcalde ejerza todas sus funciones.

4o. El Alcalde que sea condenado por sentencia ejecutoriada, a una pena privativa de la libertad y a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término , si recibiese del juez el beneficio de la condena condicional para ambas penas podrá continuar en el desempeño de su cargo mientras no infrinja las obligaciones impuestas por el mismo juez. Sólo en este caso de inobservancia de las obligaciones impuestas por el juez las penas se harían efectivas, y la persona que ejerce el cargo del alcalde no podría continuar desempeñándolo. En este evento la Procuraduría General de la nación debe ejercer las funciones de vigilancia administrativa para todos los efectos legales.

Transcríbase en copia auténtica al señor Ministro de Gobierno y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

ALCALDE - Destitución / **GOBERNADOR** - Facultades / **SANCION PENAL / CONDENA CONDICIONAL.** (Aclaración de Voto).

De la facultad de del juez para suspende la ejecución de la sentencia, no puede deducirse la configuración de la causal de destitución del Alcalde, pues, esto equivaldría a sujetarla a la voluntad del juez, cuando la ley la ha establecido independientemente sólo subordinada al pronunciamiento de la sentencia. De manera que ningún fundamento sostiene la conclusión de que por tratarse de condena de ejecución condicional deje de configurarse la causal de destitución del alcalde, cuando en su contra se ha proferido sentencia condenatoria de carácter penal.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Aclaración de Voto.

Referencia: Destitución de Alcalde, consagrada en el literal a) de la Ley 78/86, modificado por el art. 6o. de la Ley 49/87.
Radicado No. 391.

Ni cuando se consagra por el artículo 5o. aparte c) de la Ley 78 de 1.986 como causal de inhabilidad para ser elegido o designado Alcalde, ni cuando se establece por el artículo 17 aparte a) de la ley citada, como causal de destitución, la existencia de sentencia condenatoria de carácter penal, remite la ley la configuración de la inhabilidad o de la causal de destitución, a la ejecución de la condena.

Y la única excepción, referida a la inhabilidad, la establece dicho artículo 5o. aparte c) de la ley 78 de 1.986 cuando se trata de delitos políticos.

De la facultad del juez para suspender la ejecución de la sentencia, no puede deducirse la configuración de la causal de destitución del Alcalde, pues esto equivaldría a sujetarla a la voluntad del juez, cuando la ley la ha establecido independientemente solo subordinada al pronunciamiento de la sentencia.

De tal manera que ningún fundamento sostiene la conclusión de que por tratarse de condena de ejecución condicional deje de configurarse la causal de destitución del Alcalde, cuando en su contra se ha proferido sentencia condenatoria de carácter penal.

Basta que dicha sentencia se haya proferido, y resulta indiferente, para efectos de la configuración de la causal de destitución que el juez suspenda la ejecución, de conformidad con el artículo 1o. del Decreto 141 de 1.980 o que transcurrido el período de prueba sin que el condenado incurra en los hechos de que trata el artículo 70 del Código Penal, queda extinguida la condena, conforme al artículo 71 del mismo Código.

Jaime Paredes Tamayo

MINISTERIO DE HACIENDA / REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL - Régimen prestacional / **CESANTIAS** - Liquidación.

Los funcionarios que venían prestando sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que fueron incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a partir de octubre 23 de 1.989, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2406 del mismo año y, a pesar de que no existió solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones, no tienen derecho a que se les liquide y pague sus cesantías tomando en forma retroactiva todos los años trabajados en el Ministerio de Hacienda porque nunca han estado sometidos al sistema de retroactividad y, porque al ingresar a la Registraduría, tampoco se rigen por él, toda vez que solamente es aplicable a los empleados que se vincularon a esa entidad antes de enero 1o. de 1.985. De suerte que esta liquidación debe hacerse año por año en la forma que los dispone el Decreto 3118 de 1.968.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno relacionado con prestaciones sociales a funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que fueron incorporados a la planta de personal de la Registraduría (Decreto 2407 de 1.989).
Radicación No. 382.

En oficio No. 675 el señor Ministro de gobierno envió a la Sala la siguiente consulta:

"De manera atenta y a solicitud del Registrador Nacional del Estado Civil, someto a consideración de esa H. Sala, la consulta relacionada con el reconocimiento y pago de cesantías a funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que fueron incorporados a la planta de personal de la Registraduría a partir del 23 de octubre de 1.989, en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto 2407 del mismo año.

En efecto, el Decreto 2407 de 1.989 "Por el cual se modifica la planta de personal de algunos ministerios, departamentos administrativos, la Dirección Nacional de la carrera Judicial de la rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Registraduría Nacional del Estado Civil y se incorporan los funcionarios a los cargos previstos en esta disposición", en su artículo 1o. suprime de la Planta de Personal de la Dirección General de Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según las dependencias, códigos y grados allí señalados y en los artículos 2o. y siguientes crea los cargos en las plantas de personal de las diferentes entidades a que se refiere este Decreto; el artículo 23 ibídem, crea en la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, los siguientes cargos:

1 Jefe de División 2040-12
1 Profesional Universitario 3020-03
1 Técnico Administrativo 4065-12
1 Técnico Administrativo 4065-07
1 Ayudante de Oficina 5155-03

El artículo 47 del mismo Decreto ordena la incorporación de los funcionarios a la citada planta de personal en los cargos de que trata el artículo 23.

El Decreto 2406 de 1.989, dictado por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 92 de la Ley 38 de 1.989 - Estatuto Orgánico de Presupuesto General de la Nación -, en su artículo 22 dispone la modificación de la estructura orgánica de la Registraduría Nacional del Estado Civil, adicionando a la Secretaría General del mismo organismo, las siguientes dependencias:

División de Presupuesto
Sección de Tesorería

Los artículos 31 y 32 del Decreto en referencia, son del siguiente tenor:

"Artículo 31.- En las dependencias de Presupuesto y Tesorería o Pagaduría contempladas en la estructura administrativa del Congreso Nacional, los Ministerio de Obras Públicas y Transporte y de Defensa Nacional, la Contraloría General de la República, así como la Dirección General de la

Policía, complementarán sus funciones con las señaladas para los demás organismos en el presente Decreto.

Artículo 32,- Los funcionarios a que se refiere el artículo anterior conservarán sus primas, bonificaciones y demás emolumentos y prestaciones que venían recibiendo en razón de su vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Presupuesto.

Sin perjuicio de lo consagrado en el inciso anterior, los organismos que reconocen y pagan sueldos , prestaciones y demás emolumentos, con denominación y cuantía distinta a la que venían percibiendo los funcionarios referidos, **aplicarán a éstos el régimen salarial y prestacional que les resulte más favorable."** (El subrayado es nuestro).

Los funcionarios incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil venían prestando sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde años anteriores y tenían el sistema de liquidación de sus cesantías año por año con el reporte del Fondo Nacional del Ahorro (Decreto 3118 de 1.968).

El inciso 2o. del artículo 7o. de la Ley 33 de 1.985 consagra que, "quienes a partir del 1o. de enero de 1.985, ingresen a la Rama Jurisdiccional, el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y las Notarías, se registrarán por las normas del decreto extraordinario 3118 de 1.968 y las que lo adicionen y reglamenten en lo relacionado con la liquidación y el pago de sus cesantías".

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, se consulta:

1. Los funcionarios que venían prestando sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que fueron incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil el 23 de octubre de 1.989 en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 92 de la Ley 38 de 1.989 y Decretos 2406 y 2407 del mismo año, por el hecho de no haber existido solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones, tienen derecho al reconocimiento y pago de sus cesantías con retroactividad por todos los años trabajados en el Ministerio de Hacienda.

2. Los citados funcionarios cuando pertenecían a la planta de personal del Ministerio de Hacienda tenían el sistema de liquidación de sus cesantías mediante reportes cada año al Fondo Nacional del Ahorro, en consecuencia las cesantías correspondientes al tiempo de servicio en dicho Ministerio deben ser reconocidas y pagadas a tales funcionarios de conformidad con lo previsto en el Decreto 3118 de 1.968?

3. Conforme al artículo 7o. inciso segundo, de la Ley 33 de 1.985, los

funcionarios en mención continuarían con el sistema de liquidación de sus cesantías por el Fondo Nacional del Ahorro por haber ingresado a la Registraduría Nacional del Estado Civil en octubre de 1.989, después de entrar en vigencia de la citada ley?

4. Conforme al inciso 2o. del artículo 32 del Decreto 2406 de 1.989, los funcionarios incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil de que se viene tratando, tienen derecho a elegir el régimen prestacional más favorable, en este caso, para el reconocimiento y pago de sus cesantías, es decir, con retroactividad al tiempo servido en el Ministerio de Hacienda , en razón de que, los funcionarios de la Registraduría hasta antes de entrar en vigencia la Ley 33 de 1.985 tenían dicha retroactividad?"

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1o. En virtud del Decreto 3118 de 1.968, se estableció un régimen general de cesantías aplicable a la mayoría de las entidades de la Administración Pública. También creó el Fondo Nacional de Ahorro con el objeto de que se manejara los dineros correspondientes a las cesantías de los empleados de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional (art. 3o.). Esta norma determinó que la liquidación de cesantías debe ser anual y con carácter definitivo, es decir, que practicada la liquidación no podrá revisarse "aunque en años posteriores varíe la remuneración del respectivo empleado o trabajador" (art. 27).

Como esta disposición modificó , el régimen retroactivo de cesantías, que era más benéfico para los empleados de las entidades mencionadas, previó el reconocimiento de los intereses para compensar el menor auxilio (art. 33) , equivalente al nueve por ciento (9%) anual "sobre las cantidades que a 31 de diciembre de cada año figuren a favor de cada empleado público"; este porcentaje fue modificado por el artículo 3o. de la Ley 41 de 1.975, que lo incrementó al 12% anual.

De acuerdo con el criterio legal anterior, todos los empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público incluyendo los que laboraban en las divisiones de presupuesto ante las diferentes entidades de la Administración Pública, han estado sometidos íntegramente al régimen de cesantías establecido por el decreto 3118 de 1.968.

2o. De otra parte, en la Registraduría Nacional del Estado Civil coexisten dos regímenes que regulan la liquidación y pago del auxilio de cesantía:

a) el régimen contenido en la Ley 65 de 1,946 y los Decretos 2567 de 1.946

y 1160 de 1.947, según los cuales para liquidar el auxilio de cesantía se tomará como base el último sueldo devengado, a menos que haya tenido modificaciones en los tres últimos meses, en cuyo caso la liquidación se hará por el promedio de lo devengado en los últimos doce meses o en todo el tiempo de servicio, si este fuere menor de doce meses; además , deberá tenerse en cuenta todos los valores que reciba el empleado "a cualquier título y que implique directa e indirectamente retribución ordinaria y permanente de servicios, tales como las primas, sobresueldos y bonificaciones (art. 6o. Decreto 1160 de 1.947). Lo mismo se predica de las Ramas Jurisdiccional y Ejecutiva, las cuales también tienen regímenes especiales que regulan las prestaciones de sus empleados, en los que siempre se han considerado factores de salario, para la liquidación de prestaciones como la cesantía y la pensión de jubilación, todos los emolumentos recibidos periódicamente, entre ellos, las primas de navidad, de servicios, de vacaciones y la técnica (Ley 52 de 1.978, Decreto 2837 de 1.986 y Decreto 717 de 1.978). Por ser de carácter especial, el estatuto de prestaciones de la Rama Jurisdiccional, prevalece sobre disposiciones de las Leyes 33 y 62 de 1.985, que modificaron el régimen general de factores salariales consagrado en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1.978, régimen de exclusiva aplicación a los funcionarios y empleados de la rama Ejecutiva del Poder Público.

De estas disposiciones se deduce que el pago del auxilio de cesantías se debe efectuar por todo el tiempo de servicios, lo que se ha dado en llamar "liquidación retroactiva", que resulta más favorable para los empleados sujetos a este régimen.

b) El régimen establecido por el Decreto 3118 de 1.968, aplicable a los empleados de la Registraduría Nacional del estado Civil que hayan ingresado a la entidad a partir del 1o. de enero de 1.985, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 7o. de la Ley 33 de 1.985, este régimen, como se indicó, determina que la liquidación del auxilio de cesantía debe ser anual y con carácter definitivo, sin que posteriormente haya posibilidad de revisarla aunque varíe la remuneración del empleado.

Estas disposiciones se aplican a los empleados de la Registraduría Nacional del Estado Civil que se hayan vinculado a ella a partir del 1o. de enero de 1.985; a los demás que hubieren ingresado antes de esa fecha, se les seguirá aplicando el régimen anterior , o sea el descrito en el literal a) de esta providencia.

3o. Por disposición del Decreto 2406 de 1.989, los mencionados funcionarios del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que laboraban en las divisiones de presupuesto ante las diferentes entidades de la Administración Pública, fueron incorporados en las plantas de personal de dichos organismos. De este modo, los empleados de la División de Presupuesto Delegada ante la Registraduría

Nacional del Estado Civil, fueron vinculados a esta entidad en virtud de los artículos 22 del Decreto 2406 y 23 del Decreto 2407 de 1.989, a partir del 23 de octubre de 1.989.

4o. Como se indicó, estos empleados que se incorporaron a la Registraduría Nacional del Estado Civil, venían sometidos, por estar vinculados al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al régimen de cesantías previsto por el Decreto-Ley 3118 de 1.968.

Al ingresar a la Registraduría Nacional del Estado Civil, a partir del 23 de octubre de 1.989, quedaron sometidos al régimen que se aplica a los empleados que ingresaron a partir del 1o. de enero de 1.985 y que, corresponde al establecido por el Decreto-Ley 3118 de 1.968, es decir, el mismo que se les aplicaba cuando laboraban en el Ministerio mencionado.

De suerte que, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2406 de 1.989, que textualmente dispone:

> "Los funcionarios a que se refiere el artículo anterior conservarán sus primas, bonificaciones y demás emolumentos y prestaciones que venían percibiendo en razón de su vinculación al Ministerio de Hacienda y Crédito Público - Dirección General de Presupuesto.
>
> Sin perjuicio de los consagrado en el inciso anterior, los organismos que reconocen y pagan sueldos, prestaciones y demás emolumentos con denominación y cuantía distinta (sic) a la que venían percibiendo los funcionarios referidos, aplicarán a estos el régimen salarial y prestacional que les resulte más favorable.

Se les debe aplicar a estos empleados el régimen de cesantías determinado por el citado Decreto 3118 de 1.968, con l sola excepción de que la prestación la reconoce y paga la misma Registraduría y no el Fondo Nacional del Ahorro.

5o. De otra parte, a pesar de que en la Registraduría Nacional del Estado Civil, se sigue reconociendo cesantías "retroactivas", este régimen se aplica **sólo** a los empleados vinculados a ella hasta el 31 de diciembre de 1.984, por virtud del mandato de la ley 33 de 1.985, que impuso a partir del 1o. de enero de 1.985, el régimen del Decreto-Ley 3118 de 1.968.

Así las cosas, no se puede afirmar, so pretexto de que dicho régimen es más favorable, que debe aplicarse a los empleados referidos, porque, para la fecha de su ingreso a la Registraduría, 23 de octubre de 1.989, este régimen de "retroactividad" ya había sido reformado por la Ley 33 de 1.985, de suerte que su favorabilidad quedó restringida en el tiempo y no puede ser aplicado a empleados vinculados después del 31 de diciembre de 1.984.

6o. De este modo, la Sala observa que no existe desmejoramiento para los empleados referidos, al aplicárseles el régimen del Decreto-Ley 3118 de 1.968, porque éste ha sido el mismo al cual estuvieron sometidos como empleados del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y, porque de acuerdo con la fecha de su ingreso a la Registraduría, no existe un régimen más favorable que se les pueda aplicar.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala absuelve los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno, en el mismo orden presentado:

1. Los funcionarios que venían prestando sus servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público que fueron incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil, a partir del 23 de octubre de 1.989, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto 2406 del mismo año y, a pesar de que no existió solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones, no tienen derecho a que se les liquide y pague sus cesantías tomando en forma retroactiva todos los años trabajados en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público porque nunca han estado sometidos al sistema de retroactividad y, porque al ingresar a la Registraduría, tampoco se rigen por él, **toda vez que solamente es aplicable a los empleados que se vincularon a esa entidad antes del 1o. de enero de 1.985.** De suerte que esta liquidación debe hacerse año por año, en la forma que lo dispone el Decreto 3118 de 1.968 (Subraya la Sala).

2. Como se indicó, las cesantías de los mencionados funcionarios incorporados a la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil deben ser liquidadas y pagadas de conformidad con lo ordenado por el Decreto 3118 de 1.968, es decir, año por año y en forma definitiva, sin posibilidad de revisarse aunque en años posteriores se haya presentado variación en la remuneración del respectivo empleado.

3. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7o. inciso segundo, de la Ley 33 de 1.985, los funcionarios incorporados a la Registraduría Nacional del Estado Civil, continúan sometidos al sistema de liquidación de sus cesantías establecido por el Decreto 3118 de 1.968, por haber ingresado a esta entidad después del 1o. de enero de 1.985, pero a partir de la fecha de incorporación asume directamente el pago la Registraduría Nacional del Estado Civil. Por tanto, el Fondo Nacional del Ahorro debió cancelar a estos funcionarios las cesantías correspondientes al tiempo servido en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

4. Los funcionarios incorporados a la Registraduría Nacional del Estado Civil, por estar vinculados antes del 23 de octubre de 1.989 al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, estuvieron sometidos al régimen de cesantías

previsto por el Decreto 3118 de 1.968, por este motivo a partir de esa fecha no se han beneficiado de la liquidación retroactiva de dicho auxilio; de otra parte, no se puede sostener que por haber prestado sus servicios como empleados del Ministerio ante la Registraduría se consideran empleados antiguos de ella, lo que les permitiría acogerse al sistema de liquidación retroactiva de cesantías. Este criterio desborda el contenido del principio de la favorabilidad, porque pretende otorgar un derecho a ciertos empleados, contrariando abiertamente las disposiciones legales.

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

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL - Candidato / **EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA** - Obligatoriedad / **ASAMBLEA CONSTITUCIONAL** - Inhabilidades / **ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE.**

Se deja de pertenecer como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá desde la fecha de la inscripción como candidato a la Asamblea Constitucional y en consecuencia debe procederse a reemplazarlo en forma legal. Los actos administrativos adoptados por la Junta Directiva de la indicada empresa con la participación del inscrito en la Asamblea Constitucional, son obligatorios pero pueden ser suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. ventiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia: Consulta del señor Ministro de Gobierno.
Radicación No. 386.

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

"De manera comedida y a solicitud del señor Alcalde Mayor de Bogotá, someto a consideración de esa Honorable Sala, la consulta relacionada con la vigencia de la vinculación del doctor DIEGO PARDO KOPPEL, como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, y en razón a que el doctor DIEGO PARDO KOPPEL ha manifestado su interés de aclarar totalmente su situación, basado en los siguientes hechos:

1.- El acuerdo No. 72 de 1.967 por el cual reorganizó la Empresa de Teléfonos de Bogotá como Establecimiento Público señala en su Artículo 11:

"La Junta Directiva estará integrada así: El Alcalde o su Delegado; Personero del Distrito; dos concejales con sus respectivos suplentes, escogidos por el Concejo, de ternas presentadas por el Alcalde. Una de las ternas deberá estar integrada por ex-Concejales de Bogotá.

2. El Concejo de Bogotá en sesión pública el 23 de agosto de 1.988, eligió al doctor Diego Pardo Koppel como miembro principal de la Junta de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, de la terna presentada por mi antecesor, para el período 1.988-1.990.

3. El doctor Diego Pardo Koppel fue inscrito como Candidato a la Asamblea Nacional Constitucional, pero no salió elegido para la misma.

4. El Decreto 1926 de 1.990 señala en el numeral 9 de sus considerandos:

"Para ser miembro de la Asamblea Constitucional se requiere: a) no estar desempeñando ningún otro cargo o empleo de responsabilidad política o de jurisdicción o mando en el Sector Público, o de representación pública de intereses privados en el momento de la inscripción de la candidatura. En tales casos, la inscripción como candidato a la Asamblea implica la desvinculación automática del cargo o empleo correspondiente y así será reconocido por el empleador respectivo. Al momento de la inscripción, también deberá declararse la terminación de los contratos, salvo para el desempeño de actividades docentes. . ."

5. La corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de octubre de 1.990, por la cual se declararon inexequibles algunos apartes del Decreto 1926 de 1.990 señaló:

"Conviene añadir que, desde luego, no toda las cláusulas de los Acuerdos Políticos limitan indebidamente al constituyente primario, sino que por el contrario, tienden a asegurar la independencia y dedicación que los miembros de la Asamblea Constitucional, deben tener para el éxito de ésta, como el régimen de inhabilidades presentes y futuras consagradas en los puntos 9 y 12".

"En cuanto a las inhabilidades actuales y futuras advierte la Corte que no contrarían la Carta y, por lo tanto, se consideran exequibles no sólo por razones jurídicas sino también de orden político y de ética administrativa".

"La Asamblea Nacional Constitucional debe estar integrada por personas que no mantengan vínculo alguno con el Estado, y especialmente en el

campo de las Corporaciones públicas, Senado, Cámara de Representantes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales, Concejos Intendenciales y Comisariales para que ejerzan sus funciones con plena autonomía, desinterés y responsabilidad".

"Así surge de texto claros del Decreto y de su interpretación integral y teleológica, por cuanto no quiere acumular en unas mismas personas o entidades funciones tan distintas y concentradas, que llegan hasta el punto de ser incompatibles y que históricamente son las que han llevado al país a buscar este mecanismo alternativo y extremo de Reforma Constitucional".

"Agrega la Corte que la efectividad de dichas inhabilidades está asegurada por el Artículo 11 del Decreto en revisión, conforme al cual "La Sala Electoral del Consejo de Estado, con sujeción a los trámites establecidos para los procesos electorales, conocerá privativamente y en única instancia de las impugnaciones que se le presentan con fundamento en las inhabilidades y en las demás causales de nulidad previstas en la Constitución Política vigente y en la ley", norma que no fue declarad inexequible, por no contrariar ningún texto de la Carta".

"El doctor Diego Pardo Koppel ha continuado concurriendo a las sesiones ordinarias de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, con posterioridad a la inscripción de su candidatura.

Con fundamento en los hechos anteriormente expuesto, se consulta:

1. La inscripción de la candidatura del doctor Diego Pardo Koppel implicó su desvinculación automáticamente de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, con fundamento en los lineamientos del numeral 9o. de los considerandos del Decreto 1926 de 1.990?

2. En caso de concepto afirmativo:

a) Debe procederse a la confirmación de nueva terna con el fin de llenar la vacante causada por la desvinculación automática del doctor Diego Pardo Koppel?

b) Las decisiones adoptadas por la Junta Directiva de la citada empresa con la participación del doctor Diego Pardo Koppel, gozan de plena validez?

CONSIDERACIONES:

El artículo 6o. del Decreto 1926 de 1990 dispuso

1o. "La inscripción de listas de candidatos se hará ante los Delegados del

Registrador Nacional del Estado Civil antes de las seis de la tarde del 30 de octubre de 1.990. En el momento de la inscripción, la cual deberá ser previa y expresamente aceptada **por cada uno de los correspondientes candidatos, estos deberán acreditar las calidades prescritas en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional".**

. . . . . .

2o. Por su parte en el numeral 9o. de los considerandos del mencionado Decreto, se expresó : Para ser miembro de la Asamblea Constitucional se requiere: "no estar desempeñando ningún otro cargo o empleo de responsabilidad política o de jurisdicción o mando en el sector público, o de representación pública de intereses privados **en el momento de la inscripción de la candidatura".**

Por ello, en caso de estar desempeñándolo, **la inscripción** como candidato a la Asamblea implicaba la **desvinculación automática** del cargo o del empleo correspondiente y así sería reconocido por el respectivo empleador.

3o. Tal delimitación inhabilitó a los candidatos a la Asamblea Constitucional en forma genérica, cuando ejercen -como en el caso consultado-, poder de mando o tienen capacidad decisoria en virtud de atribuciones propias del cargo o empleo como las conferidas a los miembros de juntas directivas de entidades descentralizadas, cualquiera sea la orden al que pertenezcan.

4o. Los miembros de la Juntas Directivas tienen jurisdicción y mando por cuanto dirigen y administran un servicio público; adoptan las plantas de personal de la entidad, así como los planes de la misma; aprueban la celebración de contratos; designan, en algunos casos, ciertos funcionarios, y expiden los estatutos de la Entidad; y ejercen, en conjunto, funciones propias de quienes detentan autoridad o mando en el sentido y alcance de la disposición expedida, por la cual la inscripción de la candidatura a la Asamblea Constitucional implicó desvinculación automática del ejercicio de tales funciones para el correspondiente candidato. La inscripción previa y expresamente aceptada presuponía la comprobación de las calidades exigidas para ser miembro Delegatario a la Asamblea, ante los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, so pena de su rechazo, y tal comprobación implicaba la desvinculación o separación automática de las funciones cuyo desempeño era incompatible con la candidatura, inhabilitaba para inscribirla y determinaba su rechazo.

5o. En el caso que ocupa la atención de la Sala, si bien es cierto, que el

Acuerdo Político contenido en la parte considerativa del Decreto 1926 por sí mismo no tiene fuerza vinculante, su obligatoriedad, surge, sin embargo, del artículo 6o. de la parte resolutiva del citado Decreto en la cual se hace remisión expresa a la exigencia de acreditar las calidades prescritas para inscribirse como candidato a la Asamblea Constitucional, contenidas en el considerando 9o. del Decreto mencionado.

Tales calidades a tenor del citado considerando requieren que el candidato no esté desempeñando ningún otro cargo o empleo de responsabilidad política o de jurisdicción o mando en el sector público, o de representación pública de intereses privados en el momento de la inscripción de la candidatura, y a sancionar con la desvinculación automática del cargo o del empleo al contraventor de la norma.

De no haberse expedido el artículo 6o. del Decreto, los requisitos exigidos en la consideración 9o. de la parte motiva del mismo, no habría podido tener aplicación.

6o. En reciente concepto la Sala a propósito del proyecto del Reglamento Interno de la Asamblea Constitucional, presentado por el Gobierno precisó el ámbito de su competencia refiriéndose a las normas contenidas en la parte Resolutiva, " que es la que tiene verdadera fuerza vinculante en el campo del Derecho".

Por motivación anterior se ha de conceptuar que la inscripción de la candidatura, del aspirante a la Asamblea, determinó en todo caso su desvinculación automática y definitiva del cargo o empleo desempeñado.

Con apoyo en los razonamientos anteriores y de conformidad con lo establecido en el artículo 6o. del decreto 1926 de 1.990, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado,

CONCEPTUA:

A) El Dr. Diego Pardo Koppel dejó de ser miembro automáticamente, de la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, en la fecha en que se inscribió como candidato a la Asamblea Constitucional y en consecuencia, debe proceder a reemplazarlo en la forma legal.

B) Los actos administrativos adoptados por la Junta Directiva de la Empresa de Teléfonos de Bogotá con la participación del Dr. Diego Pardo Koppel, "son obligatorios", pero pueden ser suspendidos o anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 2304 de 1.989, artículo 9o.).

Transcríbase en sendas copias auténticas al señor Ministro de Gobierno y

a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SECCION

PRIMERA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA POR CUANTIA / COMPETENCIA FUNCIONAL

Si el acto acusado ha originado o causado unos perjuicios, susceptibles de ser determinados y cuantificados, así no se solicite expresamente la condena de pago de ellos, el proceso que se inicia en virtud del ejercicio de la acción, tiene una cuantía que determinará por ese elemento integrante del factor objetivo la competencia del juez, en única o en primera instancia, cuestión que, por ser de orden público, no se puede eludir, así, se repite, no se impetre la condena económica correspondiente, o se limite a que se declare el efecto buscado para el futuro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., cuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1184. Acción de nulidad con restablecimiento del derecho promovida en relación con la resolución 11160 de 1988 y la 2927 de 1989, expedidas por el Ministerio de Salud. Actor: INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LTDA. "ITALMEX".

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la providencia de fecha primero (1o.) de febrero del presente año, dictada en Sala Unitaria por el señor Consejero, doctor Rodrigo Vieira Puerta, por medio de la cual se declara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda y se ordena remitir el proceso, por competencia en razón de la cuantía, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

La decisión se fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) De lo expresado por el accionante en la página 5 de su demanda (folio 15 del expediente) sobre "perjuicios económicos graves para el laboratorio" con la fijación de un precio de venta del medicamento diferente al solicitado, y en el capítulo en el que impetra la suspensión provisional de los actos acusados sobre el mismo aspecto, se infiere que el juicio tiene una cuantía, así sea tácita, lo que hace que el juicio sea de conocimiento de un tribunal administrativo, en primera instancia, el cual será el de Cundinamarca, instancia que no se puede pretermitir, pues se incurriría en causal de nulidad.

b) El accionante no puede convertir un proceso de dos instancias en uno de sólo una, valiéndose del expediente de no traducir en cifras concretas la cuantía.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO

Al interponer el recurso de súplica, la parte actora lo fundamenta en las siguientes razones:

a) La interpretación que hace la Sala Unitaria riñe con el contenido de la demanda, por cuanto "la pretensión está constituida por las declaraciones que el actor pretende que se hagan en la sentencia", y así se estructuró el libelo, teniendo en cuenta el principio de la congruencia entre lo pedido en la demanda y lo declarado en la sentencia; por lo tanto no puede el juzgador cambiar la causa de la demanda, so pretexto de interpretarla, y mucho menos deducir pretensiones que el actor no formula, pues es sabido que este tipo de controversias judiciales es rogada y no opera oficiosamente, amén de que se configuraría la doble calidad de parte y juez de quien por un lado formula pretensiones a nombre de las partes, y por el otro lado las juzga.

b) El artículo 132 del C.C.A., establece que en la demanda se debe hacer una estimación de los perjuicios, y el artículo 20, numeral 1o., del C. de p. C., dice que la cuantía de éstos, estimada en forma razonada, determina la competencia. Lo anterior significa que para que pueda aplicarse dicha fórmula, debe consultarse el valor de los perjuicios. Del texto de la demanda no puede inferirse que los perjuicios están estimados en forma razonada o que establecieron pautas para determinarlos, lo único que se dijo fue que se habían causado perjuicios económicos, pero nunca se cuantificaron; sólo se puede hablar de la existencia de una cuantía cuando las pretensiones consisten en un pago, en una retribución, en una indemnización. En este caso, no se solicitó que el Ministerio de Salud indemnizara al demandante; lo único que se pretende con esta demanda, en aras de la justicia, es que el Consejo de Estado declare que son nulos unos actos administrativos expedidos por el Ministerio de Salud con violación de normas superiores

y, como resultado se deje en pie el precio que legalmente correspondía.

c) Por otra parte, si la supuesta nulidad invocada fuera cierta, ésta ya se encuentra saneada en virtud de lo dispuesto en el artículo 84 del decreto 2282 de 1989 que modificó el artículo 156 del Código de Procedimiento Civil, que dice que la nulidad se encuentra saneada, cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa.

d) Finalmente, es injustificable que, después de haber transcurrido un año y 8 meses desde la fecha en que se dictó el auto admisorio de la demanda, se venga a declarar la nulidad de todo lo actuado, por cuanto ello atentaría contra los "principios que rigen toda actuación administrativa como son el de la eficiencia y la prontitud. . . . ", y, además, con la expedición del auto indicado se creó una situación vinculante que viene a ser ley del proceso que no se puede desconocer.

Para resolver, **se considera:**

1. Las acciones denominadas por la ley procesal administrativa colombiana "de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85 C.C.A.), cuando se enderezan contra actos administrativos del orden nacional, creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas, pueden ser de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, o de los tribunales administrativos seccionales.

Cuando el proceso **carece de cuantía** conoce una de las secciones de la Sala de lo contencioso Administrativo de esta Corporación (numeral 3º. del art. 128 del C.C.A.); pero cuando el mismo tiene cuantía, el juicio será de conocimiento del Tribunal Administrativo que ejerce competencia en el "lugar donde se produjo el acto", en única instancia, si la cuantía no excede la cantidad de $1.120.000.oo (art. 131-9 ib.), o en primera instancia si excede la suma indicada (art. 132-9 ib.).

La cuantía, según las mismas normas últimamente citadas, para efectos de la competencia, cuando sea del caso, se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1, del C. de P. C.

2. Por otra parte, según lo prescrito en el numeral 6º del artículo 137 del C.C.A., toda demanda ante esta jurisdicción debe contener, entre otros elementos, "la estimación razonada de la cuantía **cuando sea necesaria** para determinar la competencia".

3. La parte actora, al elaborar su demanda, no cumplió con esta exigencia al señalar en el punto VII de ella, sobre "Competencia", que "por la naturaleza del asunto aquí tratado, es el Honorable Consejo competente para conocer y

decidir esta demanda", seguramente, por cuanto consideró, que no impetrando de esta Corporación condenas de pago de suma alguna por concepto de indemnización de perjuicios originados con la expedición del acto administrativo acusado, o la reparación de un daño o el restablecimiento de un derecho, el proceso no tenía cuantía y que bastaba con señalar que el Consejo de Estado era el competente para conocer en razón de la naturaleza de la contención, es decir, por tratarse de actos administrativos del orden nacional creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas.

4. El señor consejero conductor del proceso, por el contrario, teniendo en cuenta que la parte actora para fundamentar su solicitud de suspensión provisional de los actos acusados, expresamente dice que, como consecuencia de ellos, ha sufrido perjuicios económicos graves, que resultan de la venta al público de su producto a una precio inferior al que solicitó se le autorizara y al que legalmente tenía derecho, y basándose, por otra parte, en varias providencias dictadas por la Sección y por la casi totalidad de los consejeros que la integran, en donde se ha dicho que "cuando el actor establece los perjuicios económicos en dinero para demostrar el daño como requisito de la suspensión provisional, demuestra con tal valoración que el negocio tiene objetivamente una cuantía", que esa cuantía existe aunque el actor, "para evitar el debido proceso, el procedimiento y el juez que la ley ha establecido, decida fijarla exclusivamente en su petición de suspensión, renunciando a precisarla para los efectos del trámite propio y de la competencia", y, que los factores "cuantía" y "territorio" son indispensables para fijar la competencia del juez, llega a la conclusión que el proceso de la referencia tiene cuantía y que, por ello, corresponde conocer del asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca que ejerce competencia sobre el lugar en donde se produjo el acto.

5. Para la Sala es incuestionable que el juez llamado a conocer de una demanda no puede, ni siquiera so pretexto de interpretarla, deducir pretensiones que el actor no formula en su memorial o escrito, por cuanto bien sabido es que el fallo extra o ultra-petita sólo está autorizado al juez laboral que conoce de un proceso de dicha naturaleza en primera instancia (art. 50 del C. de P. L.), y eso en razón del carácter de orden público que tienen las disposiciones que protegen el trabajo humano y de la prohibición legal para los trabajadores de renunciar, salvo los casos de excepción, a sus derechos salariales y prestacionales. En los demás procesos, incluído el contencioso-administrativo, el juez está limitado por las pretensiones que se enuncien de manera "clara y separadamente en la demanda" (artículo 138 del C. C. A., en armonía con el art. 137 ib.).

Las razones para llegar a esa conclusión son irrebatibles, a saber: a) El juez no puede tener la doble calidad de parte y de juez; b) La parte demandada tiene el derecho a conocer, desde el inicio del juicio, cuáles son y cuánto valen las pretensiones de su contraparte, y en qué se fundamentan esas pretensiones; c) Cómo podría condenarse al pago de perjuicios materiales -lucro cesante y daño

emergente- y morales, si no se piden, ni se cuantifican, y si siquiera su busca establecerlos o demostrarlos en juicio; y d) Es válida la renuncia que se haga por la víctima o por sus herederos o sucesores al derecho a ser indemnizado, y no le es dable al juez desconocerla.

6. Pero también para la Sala es incontrovertible que si el acto administrativo acusado ha originado o causado unos perjuicios, una disminución o mengua del patrimonio material o moral de determinada persona o personas, susceptibles de ser determinados y cuantificados, como acontece en el caso que ocupa la atención de la Corporación, a los cuales de alguna manera se refiere el accionante para establecer la procedencia de la denominada acción de nulidad y de restablecimiento del derecho, así no se solicite expresamente la condena de pago de ellos, el proceso que se inicia en virtud del ejercicio de la acción, tiene una cuantía que determinará por ese elemento integrante del factor objetivo la competencia del juez, en única o en primera instancia, cuestión, que por ser de orden público, no se puede eludir, así, se repite, no se impetre la condena económica correspondiente, o se limite a que se declare el efecto buscado para el futuro: que "se fije como precio máximo de venta al público" para equis producto, la suma tal, o, como en el caso presente, a partir de la expedición del acto acusado (4 de agosto de 1988).

En síntesis, una cosa es que la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho no tenga cuantía, en razón de que el acto cuya nulidad se impetra no haya causado perjuicio económico alguno que se pueda alegar, demostrar y pedir que se indemnice, y, otra muy diferente, que el acto administrativo si los haya originado, pero el perjudicado, o sus herederos o beneficiarios renuncien expresa o tácitamente a ellos, o disfracen la forma como pretende el restablecimiento del derecho, la reparación del daño o la indemnización de perjuicios, pues, en el primer caso, si el acto administrativo del orden nacional es de carácter individual o particular, la acción contenciosa carecerá de cuantía y el juez competente es el Consejo de Estado, al paso que, en el segundo evento o situación, la acción tendrá la cuantía determinable en forma razonada y el juez competente será el tribunal administrativo seccional que ejerce jurisdicción en el lugar en donde el acto se expidió, así no pueda proferir condena económica por perjuicios causados por el acto que el perjudicado no solicite.

La segunda situación o evento es la que se presenta en el caso debatido, y por ello el competente es el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el cual para determinar, si el asunto es de primera o de única instancia, deberá exigir del accionante la determinación de la cuantía razonada para poder admitir la demanda.

7. Por otra parte, tampoco le asiste razón al recurrente cuando alega que la nulidad por falta de competencia podría encontrarse saneada por virtud de lo dispuesto en el artículo 144, numeral 5º, del actual C. de P. C., si se tiene en cuenta que se trata precisamente de la carencia de competencia por razón del

factor funcional.

8. Finalmente, ni los **principios orientadores de la actuación administrativa** consagrados en el artículo 3º del C.C.A., son de aplicación al proceso contencioso-administrativo, ni es cierto que el auto admisorio de una demanda constituya ley del proceso, es decir, que ate al juez con posterioridad a su expedición.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

NO PROSPERA el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la providencia de 1o. de febrero de 1991, dictada por la Sala Unitaria del señor Consejero Doctor Rodrigo Vieira Puerta.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo.

NULIDAD PROCESAL/RECURSO DE APELACION/PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

El auto que decida las nulidades procesales, en primera instancia, será apelable con los efectos indicados en el ordenamiento procesal civil, pues no teniendo dicho incidente regulación en el nuevo C.C.A., debe dársele aplicación integral a esa normatividad a la cual se remite expresamente el estatuto procesal administrativo. En casos de duda de procedencia del recurso, debe darse aplicación el principio general de derecho procesal, según el cual, salvo las excepciones de ley, todo proceso judicial debe tener dos instancias que le permita a las partes buscar la corrección de los eventuales errores del juzgador de primera instancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente 1640-A. Apelación Interlocutorio. Actor: GLORIA MARY VELEZ Y OTRO.

Entra la Sala a decidir, por medio de este auto, el recurso de apelación interpuesto en el proceso de la referencia, contra el que decidió un incidente de nulidad fechado el 31 de agosto de 1990 en remisión hecha por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

LA SOLICITUD DE NULIDAD

La apoderada judicial del Municipio de Medellín, con fundamento en el artículo 152 numeral 4º, del Código de Procedimiento Civil, "que consagra como

causal de nulidad de los procesos, el seguir un procedimiento distinto del que legalmente corresponda", solicitó en memorial del 12 de marzo de 1990, decretar la nulidad del proceso a partir de la fijación en lista (incluida ésta) que tiene como fecha el 2 de marzo de 1990.

Señala la profesional en mención que el 1o. de diciembre de 1989 se había admitido la demanda de nulidad del Acuerdo 29 de 1970 artículos 6, 7 y 8 emanado del Concejo de Medellín, habiéndose ordenado al mismo tiempo la suspensión de dicho Acuerdo.

Y continúa la recurrente su exposición en estos términos:

"Contra el citado acto y estando dentro de la oportunidad legal, fueron interpuestos sendos recursos de reposición en lo que atañe con la admisión de la demanda por el ciudadano Doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTUA y el Auditor de las Empresas Públicas de Medellín como partes impugnadoras en el proceso que se adelanta. Por las mismas partes y el Municipio de Medellín, se interpuso además el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, en lo que hace relación al auto admisorio de la demanda y la suspensión provisional.

"Con relación a los citados recursos, no se ha pronunciado aún la Sección I del Tribunal y en consecuencia, el auto admisorio de la demanda no se ha ejecutoriado.

"El día 2 de marzo el proceso fue fijado en lista en la Secretaría, a fin de que las partes den respuesta a la demanda y soliciten las pruebas pertinentes si lo consideran convenientes (sic). No parece lógico desde el punto de vista jurídico, que se cite a las partes para que den respuesta a una demanda cuya admisión se encuentra cuestionada y pendiente de resolver, pues con ello, se parte del supuesto previo que será admitida posteriormente mediante confirmación del acto impugnado.

"A mi leal saber y entender, es necesario que previamente a la fijación en lista, los recursos de reposición contra el auto admisorio de la demanda sean decididos por el Tribunal en otros términos, la demanda sólo se contesta cuando su admisión ya está en firme".

LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia, en auto del 21 de agosto de 1990, resolvió no declarar la nulidad invocada por la apoderada del Municipio de Medellín.

El a-quo, fundamentándose en la pregunta de si "se configura en este

evento la causal de nulidad que consagra el artículo 140-4 del Código de Procedimiento Civil?. Esto es, la demanda fue sometida a un **proceso** diferente del que está prescrito?", hace una serie de análisis que lo llevan a la conclusión de que "se incurriría en una equivocada apreciación de las cosas (que sólo conduciría a dilatar inútilmente la marcha del juicio) si se afirmara que la demanda se tramitó "por **proceso** diferente al que corresponde".

SE CONSIDERA:

Antes de hacer pronunciamiento alguno sobre la demanda incoada, sobre lo decidido por el Tribunal de primera instancia, o sobre las razones alegadas en la alzada, es un imperativo para la Sala examinar, la procedencia del recurso.

Realmente las distintas Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, no han tenido una posición jurisprudencial uniforme en relación con las providencias dictadas por los tribunales administrativos seccionales en procesos de conocimiento de ellos en primera instancia, que son susceptibles del recurso de apelación para ante el Consejo de Estado.

Para algunas de ellas, como, por ejemplo, para la Sección Primera, sólo son susceptibles del recurso de apelación, además de las sentencias, los autos proferidos en primera instancia a que se refiere expresamente el artículo 181 del C.C.A., en armonía con el artículo 129 ibídem, o sea, el inadmisorio de la demanda, el que resuelve sobre la suspensión provisional, el que pone fin al proceso, y el que resuelve sobre la liquidación de condenas, pues se trata de una enumeración taxativa. Por consiguiente, en dicha Sección se ha llegado a la conclusión de que providencias como aquella que decide sobre una nulidad procesal planteada ante un tribunal administrativo en juicio de primera instancia, no son susceptibles del recurso de apelación, sin que sea posible acudir a la aplicación por remisión de disposiciones del C. de P. C. sobre la materia, por cuanto para que ello sea viable se necesita que se encuentren vacíos en las normas que regulan el procedimiento contencioso-administrativo, y ese vacío no se observa en materia del recurso de apelación (auto de junio 11 de 1986, exp. 202, ponente Guillermo Benavides Melo).

Para otras Secciones de la Sala Contenciosa, como, por ejemplo, para las Secciones Tercera y Quinta, el auto o providencia por medio del cual un tribunal administrativo decide, en proceso de primera instancia, sobre una nulidad procesal planteada, sí es susceptible del recurso de apelación ante esta Corporación, por cuanto aunque la enumeración del artículo 181 del C.C.A., parece taxativa, debe concluirse que es meramente enunciativa. Sería de la primera clase si no existieran vacíos en el procedimiento contecioso-administrativo que debieran llenarse con el Código de Procedimiento Civil, bien por remisión expresa a ese ordenamiento o por mandato implícito (art. 267 del C. C. A.), y, cuando ello sucede, la institución así incorporada al proceso administrativo

deberá tomarse en su integridad para evitar su escindibilidad. Así, en este orden de ideas, no se puede poner en duda que el auto que decida las nulidades procesales, en primera instancia, será apelable con los efectos indicados en el ordenamiento procesal civil, pues no teniendo dicho incidente regulación en el nuevo C.C.A., ya que su artículo 165 remite expresamente a las disposiciones pertinentes del C. de P. C., entre las cuales se encuentra la contenida en el artículo 147 del actual ordenamiento que dispone que "el auto que declare la nulidad de todo el proceso o de una parte del mismo sin la cual no fuere posible adelantar el trámite de la instancia, será apelable en el efecto suspensivo. El que decrete la nulidad de una parte del proceso que no impida la continuación del trámite de la instancia, lo será en el efecto diferido", debe dársele aplicación integral a esa normatividad a la cual se remite expresamente el estatuto procesal administrativo.

Para la mayoría de los consejeros que integran actualmente la Sección Primera de la Sala Contenciosa, la posición adoptada por las Secciones Tercera y Quinta es la que debe ser acogida a partir de la fecha por ella, por cuanto, reconociendo, como reconoce, que los planteamientos hechos en la providencia de junio 11 de 1986, antes citados, son bastantes respetables, no puede dejar de observar que constituiría un problema mayúsculo, en el tratamiento de determinados incidentes no regulados expresamente por el C.C.A., la escindibilidad de la norma procesal civil a la cual se remite expresa o tácitamente el ordenamiento procesal administrativo; además, que en casos de duda, como el que ocupa la atención de la Sala, debe darse aplicación al principio general de derecho procesal, según el cual, salvo las excepciones de ley, todo proceso judicial debe tener dos instancias que le permita a las partes buscar la corrección de los eventuales errores del juzgador de primera instancia.

Determinado, entonces, que el recurso de apelación interpuesto y concedido es procedente, entra la Sala a decidir el aspecto de fondo del incidente.

No cabe duda que el proceso fue fijado en lista por la Secretaría del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto en el auto de admisión de la demanda, sin que éste se encontrara ejecutoriado, pues contra él se habían interpuesto dos recursos de reposición que se encontraban pendientes de decisión. Empero, ello no configura la causal de nulidad señalada expresamente en el artículo 140-4 del actual C. de P. C. (art. 152-4 del anterior ordenamiento), o sea, el que "la demanda se tramite **por proceso diferente al que corresponde**" (se subraya), norma que vino a acoger los planteamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto del artículo 152-4 del anterior ordenamiento, que, a diferencia del actual artículo 140-4 habla de "seguirse un procedimiento distinto del que legalmente corresponda". Pero es que, además, como bien lo anota el a-quo, ningún derecho se le ha desconocido a las partes e intervinientes, si se tiene en cuenta que todos ellos contestaron la demanda y, los que lo tuvieron a bien, solicitaron la práctica de pruebas y propusieron las

excepciones que consideraron pertinentes, es decir, que a pesar de la irregularidad procesal la diligencia de fijación en lista del proceso cumplió su finalidad o cometido.

La situación sería distinta si, por ejemplo, no se hubiere fijado el proceso en lista, pues es claro que, en ese evento, se habría incurrido en la causal de nulidad señalada en el numeral 6º del artículo 140 del C. de P. C., sobre omisión de los términos u oportunidades para pedir pruebas.

No esta, pues, llamado a prosperar, el recurso de apelación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

NO PROSPERA el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada en este proceso por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con fecha 31 de agosto de 1990.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta, ausente con excusa.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Naturaleza / **PERSONAS DE DERECHO PUBLICO**

Las Contralorías Departamentales no son personas jurídicas ni pueden convertirse en tales por voluntad de la Asamblea, ya que dicho reconocimiento no está previsto ni en la Constitución ni en la ley, y es obvio que la facultad de aquella de "organizar la Contraloría Departamental" está limitada por la Constitución y la ley. De manera que las Contralorías Departamentales son simples órganos de la persona jurídica departamental de la cual hacen parte y, por lo mismo, no pueden tener capacidad de contraer derechos y obligaciones por sí mismas.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 177 de la Ordenanza número 016 de 1980 (septiembre 26) "actual Código Fiscal del Tolima".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1289. Actor: Wilson Leal Echeverry.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 22 de julio de 1989.

I. ANTECEDENTES

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

demanda

El ciudadano Wilson Leal Echeverry, en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima la nulidad del artículo 177 de la Ordenanza No. 016 del 26 de septiembre de 1980, "actual Código Fiscal del Tolima".

b.- **El acto acusado**

El texto de la norma cuya nulidad se solicita es el siguiente:

"ARTICULO 177.- Para el cabal cumplimiento de sus fines, la Contraloría podrá celebrar los contratos administrativos ordinarios que requiera, con sujeción a las normas del presente Código. Para la celebración de contratos excepcionales necesita de autorización especial de la Asamblea, por medio de Ordenanzas".

c.- **La norma presuntamente violada y el concepto de la violación.**

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violó el ordinal 4o. del artículo 194 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones (fls. 2 y 7, Cuad. No. 1):

Al corresponder al Gobernador la representación del Departamento en lo referente a los "negocios administrativos" de su jurisdicción, es exclusivamente de éste funcionario la competencia para comprometerlo, salvo delegación conferida en legal forma.

Siendo la Contraloría un órgano de la órbita departamental, que carece de personería jurídica y administrativa, se encuentra sujeta en la celebración de sus contratos, de cualquier índole que se trate, a la representación del Gobernador del Departamento.

d.- **Las razones de la defensa**

En la contestación de la demanda el apoderado judicial del Departamento del Tolima expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 14 y 15 Cuad. No. 1):

Tanto el artículo 59 de la Constitución Nacional como el artículo 247 del Código de Régimen Departamental determinan que la Contraloría ejercerá las funciones administrativas inherentes a su propia organización. Al disponer de rentas propias de acuerdo con los artículos 244 y 245 del Código de Régimen Departamental, a las Contralorías corresponde la ejecución de sus presupuestos anuales, pues para el ejercicio de la plenitud de sus atribuciones requieren de

autonomía administrativa y fiscal.

Si bien es cierto que de conformidad con el ordinal 4º del artículo 194 de la Constitución Nacional al Gobernador corresponde la representación del departamento, no lo es menos que dicho concepto debe entenderse referido a la administración central, es decir a los fondos y bienes comunes de la entidad territorial, excepción hecha de las entidades descentralizadas.

Agrega que, "repugnaría a una sana concepción democrática y republicana, dentro de un Estado de Derecho, que el Gobernador, primer funcionario VIGILADO Y FISCALIZADO por la Contraloría Departamental, fuera el ordenador y celebrara los CONTRATOS de la entidad encargada de ejercer su fiscalización y auditaje".

Como consecuencia de lo expuesto, y en ejercicio de la facultad que otorga a las asambleas departamentales el ordinal 8º del artículo 187 de la Constitución Nacional, se expidió el acto acusado, autorizando al Contralor para celebrar contratos administrativos ordinarios referentes, obviamente, a su organización interna.

e.- **La actuación surtida**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el Código Contencioso Administrativo, al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto visible a folios 9 a 11 del cuaderno No. 1 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite de rigor y se denegó la petición de la medida de suspensión provisional del acto demandado.

Mediante providencia de 19 de enero de 1989 (fl. 17 del Cuad. No. 1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Ninguna de las partes hizo uso de este derecho.

En el concepto de fondo de la Fiscalía del Tribunal se solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

Por auto de agosto 15 de 1989 (fl. 73 Cuad. No. 1) se negó el reconocimiento de personería adjetiva al apoderado de la Contraloría General del Tolima, por carecer de personería jurídica este organismo.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia

accedió a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 25 a 31, Cuad. No. 1):

Las Contralorías departamentales son dependencias del departamento porque están insertas en la misma estructura administrativa de éstos y no es dable concebirlas como organismos autónomos con patrimonio independiente y con capacidad para contratar.

Todo el régimen contractual de las contralorías atañe de manera directa al Gobierno Seccional, pues aquellas sólo tienen funciones relacionadas con la mera vigilancia de la gestión fiscal de la administración, concepto este último que se deriva del artículo 59 de la Constitución Nacional.

Colorario de lo anterior es que el acto acusado es contrario al mandato del artículo 194, ordinal 4º, de la constitución Nacional y al expedirse se causó menoscabo de las atribuciones que la Carta Política confiere a los gobernadores.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación y en su alegato de conclusión, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 70 a 72 Cuad. No. 1 y 20 a 22 Cuad. No. 2):

En desarrollo de los artículos 44 de la Constitución Nacional, 24 de la Ley 57 de 1887 y 80 de la Ley 153 de 1887 la Asamblea del Tolima, mediante Ordenanzas números 33 del 23 de abril de 1926 y 41 del 24 de noviembre de 1959 creó la Contraloría General del Tolima y señaló sus atribuciones. Además las mencionadas Ordenanzas "la doto (sic) de personería para ejercer derecho (sic) y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente".

El hecho de que en Colombia el poder público se distribuya en las ramas legislativa, ejecutiva y judicial no implica que en la administración no puedan existir otros organismos con características especiales como la Contraloría. "De manera que si sus funciones propias son administrativas, forzoso es ubicarla dentro de la rama constitucional que le es propia".

Características esenciales de las contralorías son su independencia frente a las otras ramas del poder público y la especialización de sus funciones, las cuales son básicas para el sostenimiento de un sistema democrático, pues las funciones que cumple la administración como ejecutora del presupuesto deben ser vigiladas por una entidad que tenga plena autonomía para su organización y actuación. "Así resulta del texto y del espíritu de las normas constitucionales que confían a la Asamblea del Contralor (sic), sin intervención ninguna del Gobernador que hacen responsables sus actos de las propias asambleas por vía de acusación política" (sic).

IV. IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora no intervino durante el trámite de la segunda instancia para oponerse al recurso interpuesto.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 25 a 29 Cuad. No. 2):

Los artículos 59 y 60 de la Carta determinan que es privativo de la Contraloría General de la República la vigilancia de la gestión fiscal de los entes administrativos. Precisamente el control fiscal que le está encomendado "... en esencia vigila la percepción y la inversión debidos de los fondos públicos, conforme a las determinaciones legales del caso, o sea en armonía con presupuestos válidamente adoptados...".

En muchas oportunidades el Consejo de Estado ha recalcado y puntualizado su criterio sobre la función de las contralorías dentro del andamiaje administrativo del estado, insistiendo que su acción no debe extenderse a otros campos que escapan a su competencia, so pena de hacer nulas sus actuaciones irregulares.

Lo que pretende el acto demandado es adscribir funciones contractuales a la Contraloría del Departamento del Tolima, lo cual riñe no solo con los preceptos citados en el fallo recurrido, sino con los más elementales principios de Administración.

Por último, la fiscalía considera que debe confirmarse el fallo apelado.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

De conformidad con el artículo 12 de la constitución Política, "la capacidad, el reconocimiento y, en general, el régimen de las sociedades y demás personas jurídicas, se determinarán por la ley colombiana".

En desarrollo de esta norma constitucional, diversos preceptos legales han legislado sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica a los entes a los cuales el Estado quiere reconocer este atributo.

Así, el Título XXXVI del Código Civil consagra los principios básicos que regulan las personas jurídicas, entre los cuales debe destacarse el artículo 633, según el cual "se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente". La misma norma agrega que "las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública", las cuales,

junto con las sociedades que regula el Código de Comercio, constituyen, en términos generales, el conjunto de personas jurídicas de derecho privado.

En materia de derecho público, desde la Ley 153 de 1887, a través de su artículo 80, se estableció que "la Nación, los departamentos, los municipios, ... son personas jurídicas" (hoy art. 3o. del Código de Régimen Departamental).

Pero la evolución del derecho público ha traído como consecuencia la aparición progresiva de nuevas instituciones a las cuales el Estado ha querido reconocerles el atributo de la personalidad jurídica, siempre dentro de la exigencia constitucional de que dicho reconocimiento tenga su origen en la ley.

Así, puede decirse que actualmente, además de las entidades territoriales citadas (Nación, departamentos y municipios), son personas jurídicas de derecho público en Colombia las siguientes:

- Las intendencias y comisarías (art. 5º de la constitución y Decretos-Leyes 467 y 468 de 1986).

- Las asociaciones de municipios (art. 3º de la Ley 1a. de 1975, hoy art. 327 del Código de Régimen Municipal).

- Las áreas metropolitanas (art. 198 de la Constitución y Art. 1º del Decreto-Ley 3104 de 1979, hoy art. 349 del Código de Régimen Municipal).

- Las entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, aunque las dos últimas con algunas características propias del derecho privado), tanto del orden nacional, como de los órdenes departamental, intendencial, comisarial y municipal (arts. 5º, 6º y 7º del Decreto-Ley 1050 de 1968; arts. 253, 255 y 256 del Código de Régimen Departamental; art. 30 del Decreto-Ley 467 de 1986; y art. 156 del Código de Régimen Municipal).

- Las sociedades entre entidades públicas (art. 4º del Decreto-Ley 130 de 1976; art. 259 del Código de Régimen Departamental; art. 30 del Decreto-Ley 467 de 1986; y art. 156 del Código de Régimen Municipal).

- Las asociaciones entre entidades públicas (art. 7º del Decreto-Ley 130 de 1976; art. 259 del Código de Régimen Departamental; art. 30 del Decreto-Ley 467 de 1986; y art. 156 del Código de Régimen Municipal).

- Las fundaciones de creación legal o de capital público (art. 7º del Decreto-Ley 3130 de 1968).

Teniendo en cuenta lo referido anteriormente, para la Sala es claro que las

Contralorías departamentales no son personas jurídicas ni pueden convertirse en tales por voluntad de la Asamblea, ya que dicho reconocimiento no está previsto ni en la Constitución ni en la ley, y es obvio que la facultad de aquella de "organizar la Contraloría Departamental", consagrada en el ordinal 8º del artículo 187 de la Constitución, está limitada por las previsiones legales y constitucionales. En el mismo orden de ideas debe entenderse la prescripción del artículo 59 de la Constitución en el sentido de que la Contraloría "no ejercerá funciones administrativas distintas a las inherentes a su propia organización", ya que dichas funciones administrativas, aún para su propia organización, no pueden comprender la de contratación en virtud de la citada limitación constitucional.

De tal manera que como se ha reconocido tradicionalmente, las contralorías departamentales son simples órganos de la persona jurídica departamental de la cual hacen parte y, por lo mismo, no pueden tener la capacidad de contraer derechos y obligaciones por sí mismas, lo cual se traduce en la imposibilidad de contratar en su propio nombre, situación que ha previsto la Constitución al otorgar al gobernador la facultad de "llevar la voz del Departamento y representarlo en los negocios administrativos y judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley", de acuerdo con el texto de la atribución 4a. del artículo 194 de la Carta.

Por lo tanto, la Sala encuentra que tiene razón el actor en su planteamiento, por lo cual procederá a confirmar la sentencia de primera instancia que decretó la nulidad de la norma acusada, ya que mediante esta última la Asamblea Departamental del Tolima pretendió otorgar a la Contraloría de ese departamento la capacidad contractual directa, que es un atributo de la personalidad jurídica que dicha entidad no tiene, y que la Constitución ha reservado al Gobernador como una de sus competencias.

La Sala anota, finalmente, que no es posible de ninguna manera, como lo pretende la parte demandada y el agente del Ministerio Público ante el Tribunal de primera instancia, asimilar la Contraloría a una entidad descentralizada, ya que no reúne las calidades exigidas por la ley para estas entidades.

En mérito de las consideraciones anteriores, el consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 22 de julio de 1989.

Segundo.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal

de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta, ausente con excusa legal, *Víctor M. Villaquirán,* Secretario.

ESTATUTO DEL ABOGADO/ABOGACIA/FALTAS CONTRA LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA/POTESTAD REGLAMENTARIA/ ACCION DISCIPLINARIA

Para poder determinar si se promovió a sabiendas una causa manifiestamente injusta, lógicamente hay que esperar la finalización de la causa, porque determinar que ella es injusta, "a priori", conllevaría el riesgo de condenar disciplinariamente al actor por haberla promovido, cuando en realidad tal acción pudo haber sido desatada favorablemente a sus pretensiones por haberlas considerado plenamente ajustadas a derecho. Cuando el acto demandado dispuso que la acción disciplinaria deba iniciarse una vez ejecutoriada la providencia en que se resuelve la causa, el recurso, la excepción, el incidente, no hizo más que desentrañar el contenido intrínseco de algunas normas del Estatuto de Abogacía que consagra las faltas contra la recta Administración de Justicia y contra la lealtad debida a la misma, limitándose a señalar en el tiempo el ejercicio de la acción disciplinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1174. Acción de nulidad contra el artículo 13 del decreto 1137 de 1971 expedido por el Presidente de la República. Actor: HERNAN DARIO VELASQUEZ GOMEZ.

El ciudadano HERNAN DARIO VELASQUEZ GOMEZ, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del artículo 13 del decreto 1137 de junio

9 de 1971, que dispone:

"Las faltas disciplinarias descritas en los ordinales 2º del artículo 51 y 1º del artículo 52 del decreto ley 196 de 1971, no podrán seguirse de oficio o por denuncia, ni ser juzgadas por los tribunales, sino luego de ejecutoriada la providencia que decida la causa, el incidente, el recurso, la oposición o la excepción correspondiente".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

Considera el actor, que, con la disposición acusada, se ha quebrantado el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución Nacional, pues el decreto 196 de 1971 no condiciona la denuncia de la falta y su consiguiente investigación a la ejecutoria de la providencia que decida la causa, el incidente, el recurso o la excepción donde se cometió.

II. ACTUACION

Mediante providencia de fecha 1º de junio de 1989 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional solicitada por considerarse mal formulada la petición de la medida cautelar, ya que se invoca una disposición que no está demandada, y tal decisión en el evento de ser posible competiría a la Corte Suprema de Justicia por tratarse de un Decreto Ley (196 de 1971), cuyo control está asignado a dicha Corporación conforme al artículo 214 de la Constitución Nacional.

La Nación -Ministerio de Justicia- guardó silencio al corrérsele traslado del auto admisorio de la demanda.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Primero de la Corporación considera que no se ha quebrantado la disposición constitucional invocada en el libelo demandatorio, por lo que solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la controversia teniendo en cuenta las siguientes

CONSIDERACIONES

Conforme al artículo 13 del decreto 1137 de 1971 "Las faltas disciplinarias descritas en los ordinales 2o. del artículo 51 y 1o. del artículo 52 del decreto ley 196 de 1971, no podrán seguirse de oficio o por denuncia, ni ser juzgadas por los

tribunales, sino luego de ejecutoriada la providencia que decida la causa, el incidente, el recurso, la oposición o la excepción correspondiente".

El ordinal 2o. del artículo 51 del decreto ley 196 de 1971, considera como falta contra la recta administración de justicia "promover, a sabiendas, una causa manifiestamente injusta".

El ordinal 1o. del artículo 52 ibídem, considera como falta contra la lealtad debida a la Administración de Justicia la "proposición de incidentes, interposición de recursos, formulación de oposiciones o de excepciones, manifiestamente encaminadas a entorpecer o demorar el normal desarrollo de los procesos y de las tramitaciones legales; la solicitud de medidas cautelares desproporcionadas, y en general el abuso de las vías de derecho o su empleo en forma contraria a su finalidad".

Para poder determinar si se promovió a sabiendas una causa manifiestamente injusta, lógicamente hay que esperar la finalización de la causa, porque determinar que ella es injusta, a priori, conllevaría el riesgo de condenar disciplinariamente al actor por haberla promovido, cuando en realidad tal acción pudo haber sido desatada favorablemente a sus pretensiones por haberlas considerado el juzgador plenamente ajustadas a derecho.

De la misma manera no se puede calificar como dilatoria la proposición de un incidente, la interposición de un recurso, oposición o excepción sin que la justicia haya decidido en definitiva sobre los mismos, porque bien puede suceder, que, por tener asidero legal tales peticiones, sean despachadas favorablemente.

Tampoco puede considerarse como desproporcionada una medida cautelar o como abusivo el empleo de una vía de derecho sin que se establezca dentro del proceso el abuso o la desproporción, porque igualmente existiría la posibilidad de providencias encontradas, lo cual en nada favorece a la Administración de Justicia.

Es bien sabido que la potestad reglamentaria busca hacer eficaz, activa y plenamente operante la norma superior de derecho, complementándola en aquellos aspectos no consignados expresamente en ella, con tal que el ejecutivo no se extralimite ni en la letra ni en el espíritu de la propia ley, es decir, con tal que no se exceda en el contenido de la misma.

En este orden de ideas, para que la ley no resulte inoperante, el ejecutivo, al reglamentar la ley, busca establecer los pormenores y detalles que el legislador dejó de lado al expedir la norma general para de esta manera desentrañar el contenido ínsito de la ley con el fin de hacerla viable y expedita en su aplicación.

Ha sostenido la Sala: "El reglamento nunca es sustitutivo de la ley ni puede

rebasar ni restringir el contenido de la misma".

En el caso de autos, al disponer el reglamento que la acción disciplinaria debe iniciarse una vez ejecutoriada la providencia en que se resuelve la causa, el recurso, la excepción, el incidente, no hizo más que desentrañar el contenido intrínseco de los artículos 51 y 52, en sus ordinales 2º y 1º, del decreto ley 196 de 1971 que consagra las faltas contra la recta Administración de Justicia y contra la lealtad debida a la misma, ya que deja totalmente intacto el contenido de las normas reglamentadas, limitándose sólamente a señalar en el tiempo el ejercicio de la acción disciplinaria con muy buen acierto, ya que como anotó antes la Sala, no se puede correr el albur de que una sea la decisión que se tome por la autoridad disciplinaria y otra contraria sea la que asuma el órgano jurisdiccional.

De acuerdo con lo anterior, la Sala considera que la reglamentación que hizo el Presidente de la República no excedió los parámetros del numeral 3º del artículo 120 de la Carta Constitucional, ya que al hacerla se dejó intacta la norma superior reglamentada que consagró la acción disciplinaria para las mencionadas faltas contra la Administración de Justicia, acción que al ser establecida, necesaria e intrínsecamente está limitada a su ejercicio en el tiempo, que fue lo que precisamente señaló el Presidente de la República en uso de la potestad reglamentaria.

Por lo expuesto, el consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal,

FALLA:

NIEGASE las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano Hernán Dario Velásquez Gómez.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta, ausente con excusa.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / DOBLE TRIBUTACION

La obligación de que habla el acto administrativo demandado, encaja dentro del concepto del impuesto. Así las cosas se estaría en presencia de un doble gravamen sobre la misma actividad (construcción), lo cual está prohibido, pues se trata de evitar el caos impositivo que conlleva inseguridad y desestímulo de la iniciativa de los particulares. Por lo demás, la competencia de los Concejos Municipales se encuentra condicionada y limitada por la Constitución y la ley.

CONFIRMA LA NULIDAD DEL ACUERDO 36 / 82 (diciembre 22) expedido por el Concejo Municipal de Medellín.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1177. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha marzo 10 de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia. Actor: SANTIAGO URIBE.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Medellín contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia proferida el 10 de marzo de 1989, que declaró la nulidad del Acuerdo 36 de 22 de diciembre de 1982 expedido por el Concejo Municipal de Medellín por el cual: Se establecen normas para el fomento del patrimonio cultural y se dictan otras disposiciones".

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

1. El Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la nulidad del Acuerdo 36 de 22 de diciembre de 1982, por medio del cual se impuso a los constructores de la ciudad, cuya área a construir exceda de 2.000 metros cuadrados, la obligación de que la edificación tenga expresión plástica y que corresponda a una modalidad del arte o que represente un aporte al fomento del patrimonio cultural.

Dicho Acuerdo, en su artículo 3º, señala que la obligación impuesta puede ser satisfecha acogiéndose a cualquiera de las siguientes alternativas:

a. Dotando la edificación respectiva de una obra de arte.

b. Asumiendo la construcción, adecuación, ampliación, mejoras, remodelación, restauración o adquisición de las Entidades, Instituciones, o bienes correspondientes al patrimonio cultural de la ciudad.

c. Consignando, a favor del Municipio de Medellín, el 70% del valor liquidado como impuesto a la construcción.

2. Consideró el a-quo que dicha obligación constituye un impuesto nuevo, adicional, distinto del impuesto de delineación, y que el Concejo Municipal de Medellín no tenía autorización legal para imponer dicha carga, lo que equivale a carecer de competencia, motivo por el cual hubo de decretarse la nulidad del acuerdo citado.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El recurrente argumenta que la obligación impuesta en el acuerdo es "sui generis", que no se trata de un impuesto toda vez que no se dan los elementos característicos del mismo, a saber: Obligatoriedad, satisfacción de necesidades del servicio público y falta de beneficios especiales, y que, por lo demás, la obra de arte incorporada a la edificación es del propietario o copropietarios, el constructor la adquiere para el edificio y forma parte de los bienes de uso común.

III. CONSIDERACIONES DE LA FISCALIA

El Agente del Ministerio Público comparte el criterio del a-quo en el sentido de que ni en los autos ni en las decisiones invocadas por el Concejo Municipal, aparece normatividad que respalde la decisión adoptada en el acuerdo demandado.

IV. LA DECISION

No se encuentra causal de nulidad que invalide lo actuado, y para resolver se

CONSIDERA:

1. La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto, por tratarse de una acción de nulidad contra un acto administrativo de carácter local, del cual corresponde conocer en primera instancia al Tribunal Administrativo de Antioquia.

2. En primer término es menester entrar a analizar si la obligación impuesta por el Concejo Municipal de Medellín, a través del acuerdo citado, constituye o no un impuesto.

Reiteradamente ha sostenido la Sala que en el concepto de impuesto, contribución o gravamen, están implicados un beneficiario que es el Estado, un sujeto pasivo que es la persona o entidad sobre quien recae la carga u obligación de pagarlo y un objeto imponible que constituye la materia que da lugar al tributo, objeto éste que presenta diversas características, ya que algunas veces lo gravado es un objeto en particular, en otras está constituído sobre el conjunto de bienes de una persona como el impuesto al patrimonio, y en ciertas oportunidades recae sobre determinadas actividades de las personas y en otras sobre el rendimiento producido por la actividad humana o por el capital como acontece con el impuesto sobre la renta. (Sentencia de mayo 12 de 1977, Consejero Ponente Doctor Carlos Galindo Pinilla).

Por lo demás el concepto de impuesto implica que el obligado a sufragarlo no percibe beneficio alguno por el hecho de cumplir con la obligación impuesta; que esto se imponga a personas o conjunto de personas o actividades que quedan obligadas en virtud de la ley o acto administrativo que lo crea; que quienes quedan obligados no puedan sustraerse al cumplimiento de dicha obligación, y, finalmente, que la imposición no se da por acuerdo de voluntades entre el beneficiario y el sujeto pasivo de la misma, sino por el sólo querer de quien lo impone.

En el caso sub lite no hay duda para la Sala que la obligación de que habla el acto administrativo cuya nulidad se impetra, encaja dentro del concepto de impuesto, ya que se trata de una obligación que impuso el Concejo Municipal de Medellín a través del acuerdo demandado sobre la actividad de la construcción, cuando ella se desarrolla en un área superior a 2.000 metros cuadrados, sin acuerdo previo de los mismos constructores, sin que los mismos reciban contraprestación alguna del Municipio de Medellín y siendo esta obligación susceptible de estimarse en dinero equivalente al 70% del valor liquidado como impuesto a la construcción.

3. Establecido desde ya que se trata de una tributación, la Sala considera que se estaría en presencia de un doble gravamen sobre la misma actividad, lo cual está prohibido pues se trata de evitar el caos impositivo que conlleva

inseguridad y desestímulo de la iniciativa de los particulares como ya lo dijo la Sala en la sentencia de 12 de mayo de 1977, antes citada.

4. Por lo demás, la competencia impositiva de los Concejos Municipales, se encuentra condicionada y limitada por la constitución y la ley (arts. 43 y 197-2 de la Constitución Política), y en el caso que ocupa la atención de la Sala, el Concejo de Medellín carecía de competencia para imponer el tributo, pues, en las normas que le sirvieron de fundamento al acuerdo, no existe facultad alguna al respecto.

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:

CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia objeto del recurso.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha cuatro de abril de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta, ausente con excusa.

FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL/DOBLE TRIBUTACION

El gravamen denominado "Estampilla Pro-electrificación rural del Huila", creado por el acto acusado, está recayendo, en últimas, sobre el mismo objeto -las cervezas nacionales- ya gravado por la ley con el impuesto de consumo, lo que está prohibido por el C.R.D., que traduce el viejo principio de derecho tributario según el cual no es procedente la doble tributación.

DECLARA LA NULIDAD del numeral 6 del artículo 10 de la Ordenanza No. 011 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Huila, en cuanto se refiere a "cervezas"

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1169. Acción de nulidad en relación con el numeral 6º del artículo 10 de la Ordenanza 011 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Huila. Recurso de apelación contra la sentencia de 24 de febrero de 1989. Actor: LIGIA SARMIENTO DE PEÑA

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, dentro del proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila con fecha 24 de febrero de 1989, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

El a-quo negó las pretensiones de la demanda tendiente a obtener la

declaratoria de nulidad del numeral 6º del artículo 10 de la Ordenanza 11 de 1987, expedida por la Asamblea del Huila, por considerar que con dicha disposición se está afectando la introducción al Departamento de las cervezas, mas no su fabricación, venta y consumo, que es lo que no puede ser objeto de gravamen según lo dispuesto en los artículos 21 del decreto 190 de 1969 y 11 del decreto 294 del mismo año, razón por la cual ni se están quebrantando dichas disposiciones, ni el artículo 69 de la ley 14 de 1973 que mantuvo la prohibición establecida por los Decretos precitados.

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La parte actora, al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, expresa que las normas señaladas como violadas no han sido interpretadas correctamente por el a-quo, por cuanto éstas al establecer la prohibición de imponer gravámenes sobre la "fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales", comprenden, en general, todo el proceso comercial de la producción hasta la venta y consumo de la cerveza, etapas que conllevan lógicamente la de su transporte, ya que no puede afirmarse que la comercialización de un producto deba efectuarse en el sitio donde se produce, por lo cual se hace necesario el traslado al lugar donde se encuentra el comprador o consumidor.

Además, en virtud de lo dispuesto en la ley 88 de 1928 y los decretos 190 y 294 de 1969, las cervezas de producción nacional están sometidas al impuesto de consumo, gravamen de carácter nacional, razón por la cual al disponer la Asamblea que la estampilla Pro-electrificación Rural debía adherirse a las tornaguías que amparan el transporte de la cerveza, violó el numeral primero del artículo 62 y el numeral 5º del artículo 71 del Código de Régimen Departamental, que dispone claramente que no se puede gravar artículos que sean materia de impuesto de la Nación, violación sobre la cual no dijo nada el Tribunal en su sentencia.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que evidentemente una cosa es el gravamen a la actividad de fabricar, vender y consumir cervezas, y otra muy diferente la de introducir las mismas al territorio de otro Departamento diferente a aquél en donde se producen.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- La Sala es competente para conocer del recurso ejercido, por tratarse de un proceso de dos instancias (art. 32-1 del C.C.A.).

2.- La facultad que el artículo 191 de la Constitución, en armonía con el artículo 43 ibídem, confiere a las Asambleas Departamentales para imponer contribuciones o gravámenes, tiene que ejercerse conforme a los ordenamientos legales.

En desarrollo de ello, el Código de Régimen Departamental (Decreto-Ley 1222 de 1986) ha establecido:

"**Artículo 62.** Son funciones de las Asambleas:

1. Establecer y organizar los impuesto que se necesiten para atender a los gastos de la administración pública, con arreglo al sistema tributario nacional, **pero sin gravar artículos que sean materia de impuestos de la Nación, a menos que para hacerlos se les dé facultad expresa por la ley".** (Subrayado fuera del texto).

"ARTICULO 71. Es prohibido a las Asambleas Departamentales:

". . . .5. **Imponer gravámenes sobre objetos o industrias gravados por la ley"** (subrayado fuera de texto).

"Artículo 129. Quedan vigentes las normas sobre el impuesto a las ventas aplicables a los licores, vinos, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares y aquellas relativas a la cesión de este impuesto, así como el gravamen de fomento para el deporte de que trata el literal b) del artículo 2o. de la Ley 47 de 1968 y **todas las normas relacionadas con el impuesto a las cervezas,** excepto la prohibición de gravar la industria y el comercio cerveceros con el impuesto de industria y comercio" (se subraya).

Esta disposición constituye la codificación del artículo 69 de la ley 14 de 1983 sobre impuestos de carácter local.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el pretranscrito artículo 129 del C. de R. D., codificación, como se ha dicho, de lo preceptuado en el artículo 69 de la ley 14 de 1983, conservan su vigencia lo dispuesto en los artículos 21 del decreto legislativo 190 de 1969 y 11 del decreto reglamentario 294 de 1969, en cuanto disponen que los "Departamentos, las Intendencias y Comisarías, el Distrito Especial de Bogotá y los Municipios no podrán imponer gravámenes sobre la fabricación, consumo y venta de cervezas nacionales, normas estas que, al igual que las antes transcritas, se consideran como quebrantadas por el acto acusado.

4. De todo lo anterior resulta que de lo que se trata es de determinar si dentro de la prohibición de imponer gravámenes a la fabricación, venta y consumo de cervezas nacionales, debe comprenderse igualmente las tornaguías que amparan el transporte de la cerveza del lugar de producción dentro del territorio de otro Departamento del país, al de distribución y venta para el consumo en el territorio del Departamento del Huila, o, por el contrario, esa actividad que debe estar amparada por la guía o tornaguía, documento necesario para el tránsito y que constituye un mecanismo de control para el recaudo del impuesto de consumo, no queda comprendida dentro de la actividad de fabricar, vender y consumir cerveza, razón por la cual bien se puede gravar con un tributo adicional al impuesto de consumo, por así permitirlo expresamente la ley.

Para la Sala le asiste toda la razón a la demandante-recurrente cuando sostiene que, aún aceptando en gracia de discusión el planteamiento del a-quo según el cual una cosa es la fabricación, venta y consumo de cervezas nacionales, actividad que no puede ser objeto de imposición por los Departamentos, Intendencias, Comisarías, Distrito Especial de Bogotá y Municipios, y otra diferente la introducción amparada por las denominadas guías y tornaguías, lo cierto es que el gravamen denominado "Estampilla Pro-Electrificación Rural del Huila", creado por el acto acusado, está recayendo, en últimas, sobre el mismo objeto - las cervezas nacionales- ya gravado por la ley con el impuesto de consumo, lo que está prohibido por el numeral 5o. del artículo 71 del Decreto-Ley 1222 de 1986 (C. de R. D.), que traduce el viejo principio de derecho tributario según el cual no es procedente la doble tributación, sobre lo cual no se pronunció el a-quo, como tampoco lo hizo el señor Fiscal de esta Corporación.

5. La ley 23 de 1986, que sirvió de fundamento a la Asamblea del Huila para expedir la Ordenanza acusada, por otra parte, no estableció en ninguno de sus artículos que podían ser objeto del gravamen objetos o actividades ya gravados con otro impuesto por la ley, ni puede considerarse que la autorización se encuentra de manera tácita en el artículo 3º de ella, a más de que el decreto ley 1222 de 1986 es de fecha posterior a la indicada ley.

Por todo lo dicho, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila con fecha 24 de febrero de 1989, dentro del proceso de la referencia.

2o. ANULASE el numeral 6º del artículo 10 de la Ordenanza No. 011 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Huila, en cuanto se refiere a "cervezas".

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor gobernador del Departamento del Huila y al señor Presidente de la Asamblea del mismo Departamento, y devuélvase al Tribunal de origen.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

MUNICIPIO - Creación

No se desconoce al informe el valor de documento público, sino que, simple y llanamente, ese no es el documento (certificación detallada) exigido por la ley para acreditar el cumplimiento del requisito relativo a la población del nuevo municipio y la de aquellos de los cuales se produce la segregación territorial. Establecido que no se acreditó este requisito, el municipio no podía ser creado, siendo innecesario entrar en el estudio de los otros requisitos, uno de los cuales, por su falta, también lleva a declarar la nulidad del acto.

CONFIRMA LA NULIDAD de la Ordenanza No. 015/83 expedida por la Asamblea del Departamento del Cesar, por la cual se creó el municipio de San Martín (Cesar).

ACCION DE NULIDAD / CADUCIDAD

La acción indicada para impugnar Ordenanzas Departamentales por medio de las cuales se procede a crear o suprimir municipios, es la de nulidad que persigue la salvaguardia del ordenamiento jurídico superior, ya que de lo que se trata es de determinar si la Asamblea del Departamento, al crear un nuevo municipio, se ciño o no estrictamente a los requisitos que para tales casos señala la ley, limitándose a hacer la declaratoria de nulidad o a negar la pretensión de la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1117. Acción de nulidad en relación con la Ordenanza 015 de 1983, expedida por la Asamblea Departamental del Cesar, por medio de la cual se crea el municipio de San Martín.
Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actor: LUIS JOSE LEMUS SANCHEZ - Alcalde del Municipio de Río de Oro, Cesar.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto, y concedido, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar con fecha 25 de noviembre de 1988, por la cual se resolvió declarar no probada la excepción de inepta demanda, declarar, igualmente, no probada la excepción de no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario, y declarar nula de Ordenanza 015 de noviembre 16 de 1983, expedida por la Asamblea Departamental del Cesar, mediante la cual se crea el municipio de San Martín.

I. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

Para llegar a la decisión precitada, el a-quo consideró:

a. **La excepción de inepta demanda,** fundada en el hecho de que los documentos aportados como pruebas en la demanda, es decir, como anexos de ella, no están autenticados, contrariándose así los incisos 1, 2, 3 y 4 del artículo 139 del C. C. A., no se configura por cuanto de esta norma se deduce que existen unos documentos obligatorios, como es la copia del acto acusado y el relativo a la calidad con que el actor se presenta al proceso, que deben venir autenticados o que, si no se han podido obtener, deben solicitarse por el ponente a petición del demandante, mientras que existen otros que no lo son, como aquellos anexos que se pretende hacer valer como prueba, que bien pueden solicitarse en la demanda o acompañarse a la misma (artículos 139 y 137 del C. C. A.). Es decir, que la circunstancia de que el actor no haya anexado documentos hábiles a su demanda no constituye, en ningún momento, "ineptitud sustantiva de la demanda", pues esto solamente podrá incidir en los resultados del proceso al momento de decidir el fondo de la litis. Por lo demás, el actor cumplió con el requisito de aportar copia auténtica del acto acusado.

b. **La excepción de no comprender la demanda a todas las personas que constituyen el litisconsorcio necesario,** según el artículo 97, numeral 7, del C. de P. C., ya que el actor se dirige contra el municipio de San Martín, pide que se notifique la demanda al Agente del Ministerio Público, a la señora Gobernadora del Departamento del Cesar, al señor alcalde municipal de Aguachica y al de Río de Oro, pero omite al señor alcalde del municipio de San Alberto del cual se segregó un terreno montañoso para el nuevo municipio creado y que, por lo mismo, debía ser parte en el proceso, tampoco se configura por cuanto en el presente caso con la lectura de la Ordenanza demandada, se pudo establecer que

para la configuración del nuevo municipio de San Martín no se segregó territorio alguno del municipio de San Alberto.

c. Estudiada y analizada la documentación que conforma el expediente que tuvo como base la Asamblea del Departamento del Cesar para la creación del municipio de San Martín, se puede establecer que algunos documentos que la conforman adolecen de ciertas deficiencias, como a continuación se detallan:

En primer término, el informe expedido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística no cumple con las exigencias del numeral primero del artículo 1o. de la ley 14 de 1969, pues a más de que no se puede considerar como una certificación, ella no es detallada, sino imprecisa y más bien parece ser una "prueba acomodaticia", como lo expresó el H. Consejo de Estado en sentencia del 14 de enero de 1983, al decidir un caso similar en donde se analizó una prueba igual del mismo Dane, Seccional Barranquilla. De ese informe, en efecto, no surge de manera clara y exacta cuál era la población de San Martín y con qué población quedarían los municipios de Río de Oro y Aguachica al momento en que San Martín fue erigido municipio, así cuál es el número de habitantes de la cabecera de San Martín.

Al desconocerse la cifra exacta de la población nos encontraríamos ante una violación del numeral 1º del artículo 1º de la ley 14 de 1969.

En segundo lugar, se observa que el documento allegado para demostrar el requisito señalado en el numeral 2º del artículo 1º de la misma ley 14 (aporte en rentas y contribuciones al municipio o municipios de los cuales se segrega el territorio del nuevo ente, en los tres últimos años fiscales, y presupuesto no inferior a $200.000 de los municipios de los cuales se produce la segregación), es deficiente por cuanto la certificación expedida por la Contraloría del Departamento se contrae tan sólo a los años 1982 y 1983, debiendo corresponder igualmente al año de 1981 como lo exige la norma indicada.

Finalmente, no se encontró el documento a que se refiere el numeral 5º del artículo 1º de la precitada ley 14 (solicitud de creación del municipio suscrita por más de cuatro mil habitantes), según constancia que se dejó en la correspondiente diligencia de inspección judicial. Pero a simple vista parece que sí fue aportado, si se tiene en cuenta la referencia que a ese documento hace el señor gobernador del Departamento del Cesar, al emitir el concepto sobre la creación del municipio. Por ello no se puede declarar que realmente hubo violación de la indicada norma.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Los señores apoderados del municipio de San Martín, al interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia del a-quo, y al alegar de conclusión dentro de la segunda instancia ante esta Corporación, expresan:

1o. La carga de la prueba corresponde a la parte actora.

2o. La prueba objeto del presente debate judicial es eminentemente documental y se centró más que todo en la inspección judicial practicada a la secretaría de la Asamblea Departamental del Cesar, dejándose constancia expresa en el contexto de la diligencia que era tal el desorden en esa Secretaría que ninguno de los documentos que sirvieron para la sustentación de la Ordenanza impugnada se encontraban reunidos allí, por lo cual resulta extraña la argumentación del Tribunal según la cual los documentos encontrados adolecen de deficiencias, que son imprecisos, que no ofrecen claridad.

3o. Por otra parte, sí existen en el proceso elementos de juicio que le permiten al juzgador tener la convicción de que la Ordenanza se ajustó a la Constitución y a la ley: el testimonio del diputado ponente del proyecto sobre la circunstancia de cumplirse con los requisitos de ley para la creación del municipio; los informes y estudios jurídicos de la Oficina Jurídica y de la Secretaría de Gobierno del Departamento sobre el mismo tópico.

4o. La certificación expedida por el DANE, Seccional Barranquilla, dice que, para el 19 de noviembre de 1980, la población del municipio de San Martín se estimaba en un número superior a 30.000 habitantes, y que la población de los municipios a los cuales se les segregaba territorio, quedaban con una población superior a los 25.000 habitantes, y con base en ella, y demás documentos, tanto la oficina jurídica de la gobernación como la Secretaría de Gobierno de ésta, impartieron concepto favorable a la creación del nuevo municipio, que le permitían a la Asamblea Departamental proceder a ordenarla. Ese documento es un documento público, y como no ha sido tachado de falso, tiene todo su valor probatorio para acreditar el requisito de población tanto del nuevo ente territorial como de aquellos de los cuales se segregó territorio.

5o. En cuanto a las rentas e ingresos del nuevo municipio y de aquellos de los cuales se segregó territorio, si bien es cierto que la certificación de la Contraloría Departamental sólo comprende los años de 1982 y 1983, omitiendo la del año de 1981, ello no puede tener la entidad suficiente como para que se considere que se violó la ley 14 de 1969, sobre todo si se tiene en cuenta que los ingresos correspondientes a 1982 superaban los dos millones de pesos, lo cual hace presumir fácilmente que para 1981 sus ingresos por renta y contribuciones superaba fácilmente los $150.000, que es la suma exigida en la norma citada.

6o. Finalmente, se propone la excepción de caducidad de la acción, ya que se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho la que ejercita el municipio de Río de Oro, así la actora la hubiere calificado como acción de nulidad, pues es bien sabido que, conforme a la tradicional jurisprudencia del Consejo de Estado, la naturaleza de la acción la determina la finalidad y motivos que tiene en cuenta quien la promueve, y la acción no fue promovida dentro de

los 4 meses siguientes a la expedición del acto acusado.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación considera que para poder dilucidar con toda justicia y de acuerdo a las normas legales vigentes el presente negocio, es necesario que el Departamento Administrativo de Estadística certifique con la debida claridad y precisión, cuál es el número de habitantes con que quedaron los municipios de Río de Oro y Aguachica, luego de que se le segregara el de San Martín; ello en razón de la poca claridad de la certificación expedida por la Secretaría del Atlántico. Por ello sugirió a la Corporación que hiciera uso de la facultad de dictar un auto para mejor proveer para aclarar ese punto oscuro o dudoso de la contención.

IV. EL AUTO PARA MEJOR PROVEER

El señor consejero conductor del proceso, en ese entonces, atendió la solicitud del señor Fiscal Primero y dispuso oficiar al Departamento Administrativo Nacional de Estadística para que, por intermedio del Director del Banco de Datos, remitiera los datos definitivos sobre el número de habitantes de los municipios de Río de Oro, Aguachica y San Martín del Departamento del Cesar, con los resultados que se mencionarán más adelante.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

la. La corporación es competente para decidir el recurso ejercitado, por tratarse de un proceso de dos instancias (art. 132-1 del C. C. A.).

2a. **La excepción de caducidad de la acción.** Aun cuando las excepciones, por mandato legal (art. 164 del C. C. A.), deben proponerse en la contestación de la demanda, cuando sean procedentes, o dentro del término de fijación en lista, en los demás casos, la excepción planteada por el recurrente deberá decidirse por cuanto la misma ley ordena al juez administrativo decidir en la sentencia todas las excepciones, propuestas o no, y cualquiera otra que encuentre probada, sin perjuicio del principio de la reformatio in peyus (art. 164, incisos 2º y 5º ib.).

La excepción de caducidad de la acción no está llamada a prosperar, por cuanto, como ha tenido oportunidad de expresarlo esta Sección en diversas sentencias, entre ellas las proferidas con fecha mayo 25 de 1968, mayo 15 de

1973, y agosto 23 de 1978, y la Sala Plena de lo contencioso administrativo en la de octubre 10 de 1984, la acción indicada para impugnar Ordenanzas Departamentales por medio de las cuales se procede a crear o suprimir municipios, es la de nulidad que persigue la salvaguardia del ordenamiento jurídico superior, ya que de lo que se trata es de determinar si la Asamblea del Departamento, al crear un nuevo municipio, se ciñó o no estrictamente a los requisitos que para tales casos señala la ley, limitándose, por consiguiente, a hacer la declaratoria de nulidad o a negar la pretensión de la demanda.

3a. En virtud de lo dispuesto en el auto de mejor proveer, a que antes se hizo mención, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, mediante oficio 16504 de 23 de noviembre de 1989 (fl. 22 del expediente, cuad. No. 4) informó a esta Corporación que, de acuerdo con los resultados del XV Censo Nacional de Población y IV de Vivienda realizado en octubre de 1985, los municipios que a continuación se indican, arrojaron la siguiente población (con ajuste final de cobertura):

	"TOTAL POBLACION	CABECERA	RESTO
AGUACHICA	54.667	39.100	15.567
RIO DE ORO	15.099	4.349	10.750
SAN MARTIN	15.241	3.341	11.900".

Esta información sin embargo no podrá ser considerada por la Sala para adoptar una decisión sobre si la Asamblea del Cesar realmente obró teniendo en cuenta lo exigido por el numeral 1º del artículo 1º de la ley 14 de 1969, por cuanto, por no habérsele precisado por el entonces consejero conductor del proceso, en el auto para mejor proveer que dictó, la fecha que debía ser tenida en cuenta para la certificación o información, se refiere a la población del nuevo municipio y de la de aquellos de los cuales se produjo la segregación del territorio, para el mes de octubre de 1985 según el Censo Nacional de Población realizado en la indicada fecha, y no a la población de ellos en el año de 1983, que fue la de expedición de la Ordenanza acusada y que era la que correspondía establecerse como uno de los requisitos para erigir en municipio a una porción de territorio del respectivo Departamento.

Deberá, entonces, llegarse a una conclusión teniendo en cuenta, como lo hizo el a-quo, la documentación que conforma el expediente que tuvo como base la Asamblea del Departamento para la creación del municipio.

Como se ha visto, el a-quo llegó a la conclusión de que el informe dado por la Seccional de Barranquilla del Departamento Administrativo Nacional de Estadística no cumple con las exigencias del numeral 1º del artículo 1º de la ley 14 de 1969, por cuanto, además de no ser una certificación como lo exige la ley,

no es detallada, como también lo exige la norma precitada, sino imprecisa, y muy similar a otra igual ya analizada por esta Corporación en sentencia del 14 de enero de 1983, cuando la Sección Primera declaró la nulidad de otra Ordenanza del año de 1980, por medio de la cual se creó por primera vez el municipio de San Martín.

Dicho documento reza textualmente:

"EL DANE REGIONAL DE BARRANQUILLA

INFORMA:

Que a la fecha: **19-XI-80** se estima:
1. Que el número de habitantes del nuevo municipio de San Martín es superior a 30.000.

2. Que los municipios de Río de Oro, Aguachica y San Alberto de los cuales se segregó, cada uno quedó con una población superior a 25.000 habitantes.

3. Que el número de personas de la cabecera municipal del municipio de San Martín es superior a 3.000 habitantes.

Dado en Barranquilla a los 24 días del mes de abril de 1982, a solicitud de la Alcaldía de San Martín, Departamento del Cesar" (fdo.) Director Regional. (subrayados fuera del texto).

Esta sección, refiriéndose a documento similar, dijo en la precitada sentencia de 14 de enero de 1983, lo siguiente que ahora reitera: ". . . .Además, dicho informe produce inevitablemente la impresión de que es una prueba ad hoc o a propósito de la cuestión probatoria de este proceso, para adecuar la situación que aquí se confronta a las exigencias del artículo 1º de la Ley 14 de 1969. De ahí que en forma imprecisa y acomodaticia se diga que el número de habitantes del nuevo Municipio 'es superior a 30.000', que los Municipios de los cuales éste se segregó quedaron con una 'población superior a 25.000 habitantes' y que la cabecera municipal de San Martín 'es superior a 3.000 habitantes'. Basta confrontar este informe con el del folio 321 -antes transcrito- para notar su abismal diferencia. De otra parte, el informe que se glosa no equivale a la 'certificación detallada' que reclama la citada disposición".

Y reitera lo dicho en esa oportunidad sobre "informe" similar, no sólo por lo expuesto en ese entonces por la Sección, sino por cuanto el "informe" que por segunda vez se presentó a la Asamblea Departamental para la creación nuevamente del municipio de San Martín, es indubitablemente una reproducción del primero -téngase en cuenta que el segundo también se refiere al municipio de San Alberto, del cual no se segrega en la Ordenanza hoy acusada territorio alguno, en

lo cual lo único que varía o cambia es la fecha de expedición del documento.

Ahora, bien, como se alega por el recurrente que el referido 'informe' -que no certificación detallada- es un documento público que hace plena prueba por su carácter y por no haber sido tachado de falsedad, para acreditar el cumplimiento del requisito previsto en el numera 1º del artículo 1º de la ley 14 de 1969, la Sala observa en relación con ese argumento, que en manera alguna se le está desconociendo al informe el valor de documento público, sino que, simple y llanamente, ese no es el documento (certificación detallada) exigido por la ley precitada para acreditar el cumplimiento del requisito de ley relativo a la población del nuevo municipio y la de aquellos de los cuales se produce la segregación territorial, por cuanto no constituye una certificación según lo prescrito en el artículo 262 del C. de P. C., y además carece de la debida precisión.

Por lo demás, tampoco puede la Sala dejar de observar, como ya lo hizo en anterior ocasión en negocio similar antes mencionado, la abismal diferencia entre la población que **"se estima"** en el informe dado por la Seccional Barranquilla del DANE, y el informe suministrado por el Banco de Datos del mismo Departamento con motivo del auto para mejor proveer, así él no se tenga en cuenta para efectos probatorios, sobre la población del municipio de San Martín, e inclusive la que aparece publicada en el libro "Colombia Estadística-1989", última publicación oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, que ha revisado el consejero que redacta la ponencia.

Finalmente, en cuanto a este aspecto de la población, la Sala también observa que no se trata, como lo alega el recurrente, de un problema de carga de la prueba de quien firma el hecho, sino de revisión y confrontación por parte del juez que ejerce el control de constitucionalidad y legalidad del acto administrativo, de la documentación que tuvo en cuenta la Asamblea Departamental del Cesar para poder proceder a la creación, por segunda vez, del municipio de San Martín.

Estando plenamente establecido que no se acreditó en debida forma el requisito relativo a la población del nuevo municipio y de la de aquellos de los cuales se produjo la segregación territorial, exigido perentoriamente por el numeral 1º del artículo 1º de la ley 14 de 1969, que desarrolla el artículo 187, numeral 4º, del artículo 187 de la Constitución Política, en cuanto establece como atribución de las Asambleas Departamentales la de crear municipios cuando se "llenen **estrictamente** los requisitos que establezca la ley", resulta claro que la sentencia apelada debe ser confirmada, sin necesidad de entrar en el análisis de la falta de cumplimiento de otros requisitos de ley, entre ellos el previsto en el numeral 2º del mismo artículo 1º de la precitada ley sobre inexistencia de certificación sobre aporte de rentas y contribuciones del año de 1981, uno de los tres años fiscales anteriores al acto de creación del nuevo ente territorial, que llevó también al a-quo a declarar la nulidad

del acto acusado, por cuanto es evidente que, como lo preceptúa el cánon constitucional ya citado, deben cumplirse estrictamente todos los requisitos de ley, y no sólo uno o algunos de ellos.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor agente del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar con fecha 25 de noviembre de 1988, por medio de la cual se declaró nula la Ordenanza No. 015 de 1983, expedida por la Asamblea de dicho Departamento, por la cual se creó el municipio de San Martín (Cesar).

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

NOTA DE RELATORIA: En sentido semejante puede consultarse: Sents. mayo 25/68, mayo 15/73, agosto 23/78 todas de Sección Primera; y de Sala plena, la de Octubre 10/84.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Facultades / **TARIFA**

Si bien es cierto la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para recaudar las tarifas que taxativamente señala el Decreto 234/83, lo que no puede es, mediante una asimilación, que no tiene contenido real, arrogarse facultades que la ley nunca le confirió, toda vez que la tarifa por expedición de fotocopias está allí señalada, argumento de más que sirve a la Sala para sostener que certificación y fotocopia son intrínsecamente diferentes, porque así claramente lo entendió el ejecutivo al fijar tarifas distintas para una y otra.

DECLARA LA NULIDAD de la Resolución número 1119 de 1987 (junio 17), emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 826. Acción de nulidad contra la Resolución No. 1119 de 17 de junio de 1987 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: ERNESTO CAVELIER

El ciudadano Ernesto Cavelier, en ejercicio de la acción de nulidad solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1119 de 17 de junio de 1987 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se asimila el contenido de unas planillas a antecedentes marcarios, en la cual se dispone:

"El Superintendente de Industria y Comercio en ejercicio de las facultades que le confiere el Decreto No. 149 de 1976, y

CONSIDERANDO

Que por Decreto No. 234 de febrero de 1983 se fijaron las tarifas por concepto de los servicios que en razón de sus funciones presta la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otros, los certificados sobre registro de antecedentes de marcas. Igualmente se autoriza su recaudo;

"Que en el trámite de las solicitudes de certificaciones de antecedentes marcarios, como en las de expedición de fotocopias de las planillas de radicación en razón de su contenido, toda vez que éste corresponde, igualmente, a antecedentes marcarios, se han presentado inconvenientes para la liquidación y cobro de los valores señalados por el precitado Decreto,

RESUELVE:

"ARTICULO PRIMERO. Para todos los efectos, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, las solicitudes de fotocopias de las planillas de radicación sobre marcas, renovaciones, depósitos de nombres y/o enseñas comerciales, se asimilarán a las de certificación sobre antecedentes marcarios.

"ARTICULO SEGUNDO. Cuando se recibieren las solicitudes de que trata el artículo primero de la presente resolución y teniendo en cuenta que cada planilla contiene varios antecedentes marcarios, para su respectivo trámite deberá cancelarse por concepto de Derechos Administrativos, el valor total correspondiente al número de solicitudes contenidas en ellas, de acuerdo con el reajuste fijado por el Decreto No. 2444 de 1986 y las demás normas que lo adicionen o reformen.

"ARTICULO TERCERO. Las fotocopias de las planillas y su contenido para efectos de su validez legal, se entregarán rubricadas por la Secretaría de la División de Propiedad Industrial.

"ARTICULO CUARTO. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación en el Diario Oficial".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Considera el actor, que, con la resolución acusada, se han quebrantado en forma directa e inmediata los artículos 43 de la Constitución Nacional y 66 de la Ley 4 de 1913; y en forma mediata e indirecta los artículos 6º y 8º del Decreto 149

de 1976 y 1º y 2º del decreto 234 de 1983.

II. ACTUACION

Mediante providencia de fecha 23 de agosto de 1988 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional solicitada, por considerarse que el demandante sólo se limitó a invocar los decretos 234 de 1983 y 149 de 1976 como violados por la Resolución, sin señalar cuál o cuáles artículos que integran cada uno de los citados Decretos fue violado por la disposición impugnada y cuál o cuáles los conceptos de la violación o infracción.

La Nación -Ministerio de Desarrollo Económico- Superintendencia de Industria y Comercio- guardó silencio al corrérsele traslado del auto admisorio de la demanda.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicitó se negaran las pretensiones de la demanda, por considerar que no hubo quebrantamiento alguno de las normas superiores invocadas en la demanda.

IV. DECISION

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

CONSIDERACIONES:

La Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución acusada asimiló las solicitudes de fotocopias de las planillas de radicación sobre marcas, renovaciones, depósitos de nombres y/o enseñas comerciales a certificaciones sobre antecedentes marcarios.

Fotocopia de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua es "la fotografía especial obtenida directamente sobre el papel y empleada para reproducir páginas manuscritas o impresas".

Certificación es "instrumento en que se asegura la verdad de un hecho".

De las anteriores definiciones se deduce que una fotocopia no puede equipararse a una certificación.

Al asimilar como lo hizo la Superintendencia de Industria y Comercio los dos conceptos per se diferentes, con el fin de recaudar tarifas sobre fotocopias, impuso una carga, lo cual le estaba vedado pues carecía de autorización legal

para ello, y sabido es que los funcionarios públicos, no pueden hacer sino aquello para lo cual se encuentran facultados por la Constitución, la ley o el reglamento.

Fundamenta la Superintendencia la Resolución en el hecho de que el decreto 149 de 1976 la facultaba para hacer la asimilación; pero ello no es así, porque el mencionado Decreto que contiene las funciones de la Superintendencia, en ninguna parte señala que la misma pueda fijar tarifas ni hacer asimilaciones de servicios administrativos, sin que pueda argumentarse que el hacerlo, está decidiendo y tramitando asuntos relacionados con la Propiedad Industrial.

Se fundamenta, igualmente, la mencionada Resolución en el decreto 234 de 1983 que fijó las tarifas por concepto de servicios que en razón de sus funciones preste la Superintendencia, y autorizó a la misma para recaudarlas.

La Sala considera que si bien es cierto la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para recaudar las tarifas que taxativamente señala dicho Decreto, lo que no puede es, mediante una asimilación, que no tiene contenido real, arrogarse facultades que la Ley nunca le confirió, toda vez que la tarifa por expedición de fotocopias está allí señalada, argumento de más que sirve a la Sala para sostener que certificación y fotocopia son intrínsecamente diferentes, porque así claramente lo entendió el ejecutivo al fijar tarifas distintas para una y otra.

Por lo anteriormente expuesto, debe concluirse que la Superintendencia de Industria y comercio carecía de competencia para hacer la asimilación a que se refiere el acto acusado, con el fin de obtener una tarifa diferente a la ya señalada por este concepto, por lo que habrá de accederse a las pretensiones del libelo demandatorio, sin dejar de observar, por otra parte, que, para cumplir con el principio de economía orientador de toda actuación administrativa (art. 3º C. C. A.) que busca que los administrados realicen sus gestiones ante la administración pública con la menor cantidad de gastos, en el art. 17 de la Ley 57 de 1985, subrogatorio del art. 24 del C. C. A., los funcionarios encargados de autorizar la expedición de copias de documentos públicos o actuaciones administrativas pueden fijar la tarifa a cobrar, pero sin que "en ningún caso el precio fijado exceda" el costo de la reproducción, siempre que ley especial o general no haya legislado sobre el particular, agrega la Sala.

Por consiguiente, 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. Declárase la nulidad de la Resolución No. 1119 de 17 de Junio de 1987 emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio.

2. Reconócese a la abogada Maritza Hidalgo Aníbal, como apoderada especial de La Nación -Ministerio de Desarrollo Económico-, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Superintendente de Industria y comercio y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL / DUALIDAD DE FUNCIONES

Al determinar al Contralor General Auxiliar la asamblea por medio de Ordenanza, las mismas funciones atribuidas anteriormente al Contralor General del Departamento, violó flagrantemente las normas superiores de derecho consagradas en los artículos 63 y 190-2 de la C.N., ya que mal podía fijar funciones paralelas para un cargo jerárquicamente inferior, ocasionando un grave desequilibrio en el funcionamiento del ente fiscalizador y causando confusión e incertidumbre a los administrados.

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 4º y 7º de la Ordenanza número 003 / 87 (26 de junio) de la Asamblea Departamental del Cesar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1288. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 27 de julio de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actor ARISTIDES HERNANDEZ FERNANDEZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Contralor General del Departamento del Cesar contra la sentencia de la referencia, por la cual se declaró la nulidad de los artículos 4º y 7º de la Ordenanza No. 003 de 26 de junio de 1987, emanada de la Asamblea Departamental del Cesar por la que se "organiza y reglamenta la Contraloría General del Departamento".

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA OBJETO DEL RECURSO

1. El Tribunal Administrativo del Cesar decretó la nulidad de los artículos 4º y 7º de la Ordenanza citada, porque consideró que en las citadas disposiciones se atribuyen funciones conjuntas al Contralor General y Auxiliar.

2. Que siendo la Contraloría General de los Departamentos un ente creado a semejanza de la Contraloría General de la República, no hay sino un jefe supremo que es el Contralor Departamental.

3. Que no se trata por lo tanto de un organismo colegiado donde se pueden ejercer conjuntamente las mismas funciones, sino que por el contrario es un órgano unitario.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El recurrente argumenta que lo preceptuado en el capítulo 4º de la Ordenanza 003 no constituye dualidad de funciones, sino que debe entenderse que el Contralor Auxiliar hará las veces de Secretario, autenticando con su firma la del Contralor General. Y en lo que respecta al artículo 7º, las funciones allí contenidas también debe entenderse que se ejercerán por el Auxiliar sólo en las ausencias absolutas o temporales del Contralor General.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

El señor Fiscal Primero de la Corporación considera que con los artículos demandados se han vulnerado los artículos 63 y 190 de la Carta constitucional, toda vez que en aquellos se entroniza una especie de igualdad funcional en el desempeño de las labores, situación anómala que crea incertidumbre a los administrados.

IV. LA DECISION

Para resolver se

CONSIDERA:

1. Al estatuir el artículo 63 de la Constitución Nacional que: "No habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento", entiende la Sala que quiso el Legislador proscribir la dualidad de funciones, de tal suerte que las ya asignadas específicamente a un cargo, no pueden ser señaladas simultáneamente para otro empleo.

2. El artículo 190 de nuestro ordenamiento constitucional prescribe en su inciso 2º:

"La vigilancia de la gestión fiscal de los Departamentos y Municipios corresponde a las Contralorías Departamentales salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales".

No cabe duda alguna que esto significa que la estructura Administrativa prevista en la Constitución Nacional no es otra que la de señalar que en cada Departamento habrá un Contralor Departamental, uno y sólo uno, presidiendo la vigilancia de la gestión fiscal en la respectiva entidad territorial.

3. La Asamblea Departamental del Cesar al expedir la Ordenanza No. 030 de noviembre 30 de 1985, en sus artículos 469, 480 y 495 señaló las funciones específicas y privativas del Contralor General del Departamento, habiendo facultado a este funcionario para nombrar y remover libremente al Contralor auxiliar quien es jerárquicamente subalterno de aquel, a quien el titular de la Contraloría debía asignar funciones detalladas.

4. Al determinar al Contralor General Auxiliar la Asamblea por medio de la Ordenanza 003 de 26 de junio de 1987, en sus artículos 4º y 7º, las mismas funciones atribuídas anteriormente al Contralor General del Departamento, violó flagrantemente las normas superiores de derecho consagradas en los artículos 63 y 190, inc. 2º de la Constitución Nacional, ya que mal podía fijar funciones paralelas para un cargo jerárquicamente inferior, ocasionando un grave desequilibrio en el funcionamiento del ente fiscalizador y causando confusión e incertidumbre a los administrados como bien lo anota el colaborador Fiscal de la Corporación.

5. Considera la Sala que si bien la ley y la Constitución Nacional autorizan a las Asambleas Departamentales crear cargos a iniciativa del ejecutivo, en manera alguna les está otorgando un instrumento a través del cual puedan engendrar poderes paralelos que entraben, en lugar de facilitar, el normal desarrollo de la función pública.

Por lo anteriormente 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:

CONFIRMA en todas sus partes la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO / ACUERDO DE CARTAGENA - Régimen prevalente

La norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, o que resulte irreconciliable con ella, queda tácitamente derogada, o mejor, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista, conforme a la interpretación prejudicial realizada por el competente Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Por lo mismo, el artículo 555 del Código de Comercio ha quedado sin vigencia.

USO DE MARCA / LICENCIA DE MARCA / COMITE DE REGALIAS - Funciones

No existe en favor de quien es sujeto de una solicitud de registro de marca derecho alguno para que le sea aprobado y registrado por el Comité de Regalías un contrato de licencia de uso sobre la misma, así cumpla con los criterios legales para dicho fin.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., once (11) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 542. Acción de nulidad con restablecimiento del derecho contra decisiones contenidas en las actas 833 y 842 de 1986 y en las respectivas comunicaciones, distinguidas con los números 3.22 CRS-603 y 3.22 CRS-862 del mismo año, expedidas por el Comité de Regalías, Superintendencia de Industria y Comercio, Ministerio de Desarrollo Económico. Actor: SOCIEDAD CHESEBROUGH POND'S (GENEVE) S.A.

I.

La sociedad CHESEBROUGH-POND'S (GENEVE) S.A., constituída y existente bajo las leyes de Suiza, domiciliada en la ciudad de Ginebra, de ese país, por conducto de apoderado especial constituído al efecto, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda de esta Corporación, en libelo presentado el 6 de febrero de 1987, se acceda a las siguientes peticiones (folios 17 a 18):

1a. Que es nula la decisión del Comité de Regalías contenida en el Acta 833 de 1986 y en la comunicación 3.22 CRS-603 del 28 de julio de 1986, en cuanto se abstiene de pronunciarse sobre la solicitud de aprobación del contrato de licencia de uso de la marca VASENOL PROTECCION INTENSIVA para la clase 5a. del Decreto 755 de 1972, propuesta por la sociedad actora.

2a. Que es nula la decisión del Comité de Regalías que consta en el Acta 842 según su comunicación 3-22 CRS-862 del 15 de octubre de 1986, mediante la cual resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la decisión a que se alude en el punto precedente.

3a. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene al Comité de Regalías aprobar el contrato de licencia de uso de la marca señalada por cumplirse con los requisitos exigidos para ello.

4a. Que se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA

Se compendian de la siguiente manera:

La sociedad demandante celebro el 28 de febrero de 1985 con la sucursal en Colombia de la Sociedad CHESEBROUGH-POND'S INTERNATIONAL LTD., un contrato de licencia de uso sin regalías sobre diversas marcas, entre ellas Vasenol Protección Intensiva de la clase 5a. del Decreto 755 de 1972, cuyo registro solicitó la demandante en la División de Propiedad Industrial el 11 de junio de 1984, y quedó radicada con el No. de expediente 238.513.

El 21 de mayo de 1986, la actora solicita al Comité de Regalías la aprobación del contrato aludido en el párrafo precedente, anexando para el efecto los documentos exigidos por éste en Resolución 001 de abril de 1982, y obteniendo como respuesta en comunicación 3.22 CRS-603 del 28 de julio de 1986 que "En cuanto a las marcas VASENOL 27.442 (sic) que se encuentran en trámite de renovación debe informar al Comité cuando se obtenga el respectivo certificado, así como para la marca VASENOL PROTECCION INTENSIVA, cuya solicitud

se encuentra en trámite de registro en el expediente 238.513".

Contra esta decisión, la sociedad demandante interpuso reposición en cuanto el Comité de Regalías se abstuvo de pronunciarse sobre el contrato de licencia de uso de la marca VASENOL PROTECCION INTENSIVA de la clase 5a. del Decreto 755 de 1972, y sobre otros contratos de marcas que no son objeto de esta acción.

Al desatar el recurso, el Comité decidió ratificar su decisión original al consignar que "no se concede la licencia de uso para la expresión VASENOL PROTECCION INTENSIVA en tránsito de registro ante la División de Propiedad Industrial en el expediente 238.513, pues es evidente que al no encontrarse registrada ante la División de Propiedad Industrial, la marca aludida no es susceptible de negociación porque la legislación colombiana establece expresamente en materia de propiedad industrial que la propiedad o titularidad sobre los bienes mercantiles y en este caso marcas, ya sean para distinguir productos o servicios, se adquiere con el registro respectivo ante la División de Propiedad Industrial, registro que da a su titular la protección estatal en su derecho de uso, goce y disposición, lo que descarta la posibilidad de licenciar expresiones que se encuentran en solicitud de registro ante dicha División", determinación ésta consignada en el Acta 842 ya citada, que declaró agotada la vía gubernativa, y se puso en conocimiento de la sociedad recurrente mediante comunicación 3.22 CRS-862 del 15 de octubre de 1986.

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Señala el actor como normas quebrantadas, las siguientes:

Los artículos 597 y 555 del Código de Comercio; el artículo 102 del Decreto-ley 444 de 1967, modificado por el 6º del Decreto-Ley 688 de 1967, y el 1º del Decreto 1234 de 1972.

Al expresar el concepto de la violación, manifiesta, en suma, que dichas normas fueron desconocidas, siendo forzosa su aplicación. Y expone que al ser aplicables a las marcas las normas sobre patentes, a voces con los artículos citados del C. de Co. como transgredidos, el titular de una marca o de una solicitud de marca puede conceder licencia a otro para explotarla.

La violación de las otras disposiciones la hace consistir en que al abstenerse el Comité de Regalías de considerar el ya referido contrato de licencia de uso de la marca Vasenol Protección Intensiva, por no estar registrada ésta, desconoció que esta circunstancia no se halla dentro de ninguno de los criterios señalados en las referidas normas, ejerciendo, de esta irregular manera, un poder discrecional al desempeñar la función de autorizar o no el registro de los contratos que le asigna la ley con alcance meramente reglado.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

Mediante auto del 15 de septiembre de 1987 (fls. 37 y 38) fue admitida la demanda, cuya contestación se dió por tal mediante auto del 16 de febrero de 1989 (fls. 152 y 153), de cuyo texto (fls. 49 a 53) fluye su oposición a las pretensiones del actor. En este último proveído se reconoció personería al apoderado del Ministerio de Desarrollo Económico y se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

Dentro del traslado para alegar, los procuradores judiciales de éstas hicieron uso de este derecho (fls. 249 a 255 y 262 a 269).

El 22 de octubre de 1989 el señor Fiscal Primero de la Corporación emitió concepto de fondo que distingue con el No. 695-89 y obra a folios 273 a 277.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo, el señor agente del Ministerio Público considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda, aduciendo que la legislación sobre el tópico en discusión es clara y concordante al imponer el registro o matrícula de una marca para que a partir de él se puedan proteger los derechos consagrados en las respectivas leyes que tienen específico origen en los artículos 31, inciso 3º, y 120-18 de nuestra Constitución Política.

VI. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso dilucidar si los artículos 555 y 597 del Código de Comercio, invocados por el actor como violados por los actos administrativos acusados, están vigentes y, por lo tanto, deben ser objeto de consideración y análisis para la decisión de este proceso.

Afirma el actor que como la licencia de marcas y patentes solicitadas es uno de los temas de los cuales no se ocupa la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, deben considerarse regulando la materia las disposiciones nacionales correspondientes, es decir, en el evento sub-exanime, los artículos 555 y 597 del Código de Comercio.

Lo que es incuestionable es que la Decisión 85 del acuerdo de Cartagena, incorporada a la legislación colombiana por disposición expresa del artículo 1º del Decreto 190 de 1978, sí contiene el mencionado tema en diversas normas, v. gr.,

en los artículos 32, 33, 34, 37, 38, 40, 82 y 85. Y el artículo 84 de la misma Decisión previene que los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en ella serán regulados por la legislación interna de los países miembros.

Ya es un aspecto reconocido por la jurisprudencia la aplicación preferente del derecho comunitario, que se infiere de esta última disposición, siempre que con él entre en conflicto el derecho interno nacional. Así que, la norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, o que resulte irreconciliable con ella, queda tácitamente derogada, o, mejor, dejará de aplicarse automáticamente, bien sea anterior o posterior a la norma integracionista, conforme a la interpretación prejudicial realizada por el competente Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Ahora bien, si se confronta el texto del artículo 555 del Código de Comercio, que dice:

> "El solicitante de una patente o el titular de ésta podrá conceder a otra persona licencia para explotar su invención mediante contrato escrito.
>
> "Esta licencia se denomina licencia contractual".

con el artículo 32 de la Decisión 85, que expresa:

> "El titular de una patente podrá conceder a otra persona licencia para su explotación sólo mediante contrato escrito.
>
> "Los contratos de licencia deberán ser aprobados y registrados por la oficina nacional competente".

se deduce sin esfuerzo intelectual alguno que éste sustituyó a aquél, habiendo privado al mero "solicitante" de conceder licencia de explotación.

Además, ratificó lo relacionado con la competencia para aprobar los aludidos contratos, circunstancia que ya había sido disciplinada por la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena -artículo 18-, puesta en vigencia por el Decreto-Ley 1900 de 1973, preceptiva que en nuestra legislación interna estaba concebida desde la expedición del Decreto 444 de 1967, en su artículo 102, como expresamente, en este último aspecto, lo acepta el actor en su libelo demandatorio (fls. 24 y 28).

Por otra parte, se observa que el artículo 28 de la Decisión 85, cuyo tenor es como sigue:

> "Con las limitaciones previstas en este reglamento, la patente conferida a su titular el derecho a explotar en forma exclusiva la invención por sí

mismo, a conceder una o más licencias para su explotación y a percibir regalías o compensaciones derivadas de su explotación por terceros.....".

guarda relación o concordancia con el artículo 32 acabado de transcribir, lo que robustece la interpretación anterior.

Esta disquisición permite a la Sala concluir sin dubitaciones que el artículo 555 del C. de Co. ha quedado sin vigencia, lo que implica su inaplicabilidad ante la prevalencia de la norma supranacional inicialmente citada que dejó al solicitante de patente sin derecho a conceder licencia para explotación de su invención, radicando este derecho sólamente en la persona del titular de la misma.

En cuanto al artículo 597 del C. de Co., que establece:

"Son aplicables a las marcas, en lo pertinente, los artículos sobre patentes relativos a la obligación de los extranjeros de designar representante, régimen de las sociedades extranjeras que soliciten y obtengan patentes, documentos que deben acompañarse con la solicitud, abandono de solicitudes incompletas, examen de expedientes, régimen de la comunidad y licencia contractual, renuncia del derecho y disposiciones sobre medidas cautelares".

se infiere su inobjetable vigencia; lo contrario dejaría un vacío sobre regulación positiva en relación con los aspectos allí señalados, entre los cuales se menciona la licencia contractual, para aplicar en lo pertinente a las marcas. Por lo demás, no existe incompatibilidad entre esta norma con ninguna de las disposiciones de la Decisión 85; antes bien, constituye una regla de derecho de complementariedad indispensable para la aplicación de normas sobre patentes a las marcas, en cuanto resulten concernientes. Esto, por supuesto, no lo discute el actor.

En este orden de ideas la concordancia a establecerse es entre el artículo 597 del C. de Co. y el artículo 32 de la Decisión 85 de cuyos textos se infiere llano, para el caso de autos, que no existe en favor de quien es sujeto de una solicitud de registro de marca derecho alguno para que le sea aprobado y registrado por el Comité de Regalías un contrato de licencia de uso sobre la misma, así cumpla con los criterios legales para dicho fin, como explícitamente lo pretende el demandante.

Las otras normas que el actor considera violadas por su inaplicación lo son, como se dejó anotado, el artículo 102 del Decreto 444 de 1967, modificado por el artículo 6º del Decreto 688 del mismo año y los artículos 1º y 2º del Decreto 1234 de 1972 que consagra la creación del llamado Comité de Regalías, con la facultad de autorizar o negar los contratos a que las mismas normas se refieren, entre los cuales se hallan los relacionados con el uso de marcas, y los criterios que dicho

Comité debe tener en cuenta para tal efecto, lo mismo que la prohibición de que tales contratos contengan cláusulas restrictivas al comercio, para lo cual una de dichas normas da una larga lista por vía de ejemplo, que fueron subsumidas en el artículo 25 de la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Ciertamente, el Comité de Regalías no aplicó estas disposiciones. Empero, esta actitud omisiva está plenamente justificada, pues lo que tenía ante sí para atender era una solicitud de uso de una marca sin registrar. En autos aparece demostrado que la marca Vasenol Protección Intensiva de la clase 5a. que el actor identifica bajo la serie No. 238.513 se encontraba en trámite de registro en el expediente marcado con este número, razón por la cual se abstuvo de considerar el pedimento hasta tanto se le acreditara la matrícula con el respectivo certificado, determinación que, en virtud de la reposición interpuesta en la vía gubernativa fuera confirmada, dándole a la decisión un alcance definitivo de rechazo a la petición administrativa por no hallarse registrada la marca y considerar que, conforme a la legislación colombiana, tal omisión imposibilita licenciar expresiones que se encuentran en solicitud de registro ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio.

La Decisión 85 (arts. 67 y 72) resuelve diáfanamente la titularidad sobre una marca, ya que ante la solicitud de su registro, si no se presentaren oposiciones o éstas fueren rechazadas, la oficina competente, en nuestro país la División de Propiedad Industrial de la superintendencia de Industria y Comercio, expedirá el certificado correspondiente con el cual se acredita el derecho a la marca y es, si se quiere, el título de propiedad sobre la misma.

Y en su artículo 85 dispone:

> "Todo derecho de propiedad industrial válidamente concedido de acuerdo con la legislación de los respectivos países miembros anterior a la vigencia del presente reglamento subsistirá por el tiempo que fuere concedido. En cuanto a su uso y goce, obligaciones y licencias, renovaciones y prórrogas, se aplicarán las normas que este reglamento contiene. . . . . ",

como lo son, además de las ya citadas y para los efectos de este proceso, las siguientes:

> "Art. 79. El titular de una marca de fábrica o de servicios podrá cederla en uso o transferirla por contrato escrito".

> "Art. 80. Las cesiones, transferencias y transmisiones de las marcas que se efectúen de acuerdo con la legislación de cada País Miembro deberán ser inscritas en la oficina nacional competente".

Y la Resolución 001 de 1982, emanada del Comité de Regalías, hoy

incorporado en la estructura del Ministerio de Desarrollo Económico, por virtud de la ley 81 del 25 de diciembre de 1988, en su artículo 2º, literal e) dispone:

> "Cuando se trate de contratos que amparen la explotación de marcas y/o patentes los interesados deben presentar el título de propiedad industrial o en su defecto la certificación expedida por la División de Propiedad Industrial donde conste que se encuentra en tramitación la renovación de las (s) marca (s) o patente (s)".

Las reflexiones elaboradas en el cuerpo de esta providencia y el claro e inequívoco contenido de las disposiciones precedentes permiten a la Sala concluir que el Comité de Regalías al producir los actos acusados, lo hizo con fundada razón, pues es evidente que al no encontrarse registrada ante la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio la marca aludida, ésta no es, en estricto derecho, susceptible de negociación, y, en consecuencia, aquél organismo obró legalmente al no registrar el contrato de licencia de uso solicitado por la sociedad CHESEBROUGH-POND'S (GENEVE) S.A.

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

FALLA:

1o. Deniéganse las pretensiones de la demanda.

2o. Ordénase la publicación de esta sentencia en la Gaceta de la Propiedad Industrial, conforme al literal d) del artículo 2o. del Decreto 109 de 1957.

3o. Reconócese a la abogada Marysol Lillyana Tabares Urrea como apoderada de la demandada, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folio 261.

4o. Sin costas por no aparecer que se hubieran causado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA - Régimen aplicable

No es procedente la aplicación del régimen especial de distrito a Santa Marta, diferente al ordinario de los demás municipios. Las manifestaciones de voluntad administrativas enjuiciadas, cuyas previsiones normativas se inspiran y basan en un régimen de orden distrital que no ha sido organizado por la ley, en la forma prevenida por el acto legislativo que lo crea, transgrede en forma ostensible su normación.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los Decretos 389/90 y 392/90, por medio de los cuales se crean la Secretaría de Educación y Cultura y la Secretaría de Salud Pública del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, expedido por su Alcalde Mayor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., doce (12) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expediente No. 1661. Apelación Interlocutorio. Actor CESAR ROLANDO MARCUCCI VERA.

En escrito de 20 de noviembre de 1990, el señor Alcalde de Santa Marta, formuló recurso de apelación contra auto de 25 de octubre de 1990, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena ". . . .únicamente en cuanto mediante el ordinal 2º) de su parte resolutiva se decretó la suspensión provisional. . . . . ", decisión que en su texto reza: "Decrétase la suspensión provisional de los Decretos 389 de julio 31/90 y 392 de agosto 1/90 POR MEDIO DE LOS CUALES SE CREAN LA SECRETARIA DE EDUCACION Y CULTURA Y LA SECRETARIA DE SALUD PUBLICA DEL DISTRITO TURISTICO,

CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA, expedido por el Alcalde Mayor del distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta.

Los prementados actos administrativos fueron acusados en acción pública, en libelo de 4 de septiembre del año próximo pasado, y corresponden en su orden, como se ha anotado, al Decreto 389 "Por el cual se crea la Secretaría de Educación y Cultura, se determina su organización administrativa y sus funciones y se suprime un departamento", invocando como sustentáculo normativo, las facultades conferidas por el Acuerdo No. 005 de 19 de junio de 1990, expedido por el Concejo Municipal de Santa Marta; y el Decreto 392 de 1º de agosto del precitado año, en el cual se invoca igualmente el referido Acuerdo.

El a-quo en la providencia recurrida, acoge el ruego de la medida precautelar consignada en la demanda, y que se funda en la providencia recurrida en las proposiciones que en lo pertinente la Sala se permite transcribir:

> ". . . .Por ende, de la misma manera que un Municipio puede crear una Secretaría de Gobierno, o de Hacienda o de Obras Públicas, también está investido de la competencia para crear cualquier otro órgano administrativo de carácter Municipal.
>
> "En cambio, no sucede lo mismo cuando se pretende crear una organización administrativa excepcional, como la que prevé el Acto Legislativo No. 3 de 1989, porque esta atribución quedó radicada única y exclusivamente en el legislador, como puede leerse en el artículo 1º de dicho Acto Legislativo: "La ciudad de Santa Marta, Capital del Departamento del Magdalena, será organizada como un distrito Turístico, Cultural e Histórico, sin sujeción al régimen Municipal ordinario, dentro de las condiciones que fije la Ley, el Legislador así mismo dictará para ella un estatuto especial sobre su régimen fiscal, administrativo y su fomento económico, social, cultural, turístico e histórico"; ley y estatuto especial sobre el régimen administrativo que no han sido expedidos.
>
> "De tal modo que cuando se crea una secretaría Distrital, para adecuarla al carácter de Distrito Turístico, Cultural e Histórico, quien así proceda toma ilegalmente una competencia que no le corresponde.
>
> "El señor alcalde Mayor, para la expedición de los Decretos 389 y 392 indicados, se basa en el ejercicio de las facultades conferidas mediante el Acuerdo No. 005/90, que a su vez para dar asidero a las autorizaciones que concede, se remite a las facultades del Decreto 1333 de 1986, artículo 92 y a citar como acorde el Acto Legislativo No. 03 de 1989. . . . .".

Por su parte, el recurrente, frente a la ausencia de un régimen especial o estatuto especial que no ha sido dictado aún por el legislador, para el distrito de

Santa Marta, estima jurídicamente aplicable el régimen que rige para el de Bogotá. El razonamiento, en su literalidad es como sigue:

> ". . . Luego Santa Marta es DISTRITO, y que no quepa ninguna duda. Su "organización", de que índole es, mientras el Legislador expide la LEY sobre su "estatuto especial" para dotarla de un "régimen FISCAL. ADMINISTRATIVO Y SU FOMENTO ECONOMICO, SOCIAL, CULTURAL, TURISTICO E HISTORICO"?. Pués si es DISTRITO y su régimen especial o estatuto especial no se ha dictado aún por el legislador, lo sensato es que se le aplique por analogía el régimen especial que rija para los otros Distritos de Colombia, especialmente el de BOGOTA, por cuánto para el de CARTAGENA aún no se ha expedido tampoco un régimen especial y el otro DISTRITO que existe en el país es el de BOGOTA, y además a él se refiere el Artículo 2º del Acto Legislativo No. 03 de 1989, que a pesar de que sólo expresa que "Lo dispuesto para el Distrito Especial de Bogotá por la Constitución Nacional. . . . .se aplicará al Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta", sin embargo no hay que creer -como el H. Tribunal que esa remisión al régimen del Distrito Especial **solamente** debe hacerse en cuanto a lo que digan los artículos 171, 182 y parágrafo del 189 de la Constitución Nacional, y no a las restantes disposiciones constitucionales o LEGALES que organización el régimen DISTRITAL para Bogotá.
>
> "Nosotros creemos que quien puede lo más puede lo menos, y si el A. L. 03 de 1989 expresó que el Distrito de Santa Marta -mientras se expedía la ley prevista por el Congreso Nacional- solo podía regirse por los artículos **constitucionales** mencionados por su art. 2º creemos también que en esa remisión se está también remitiendo, y así debe entenderse, a que para Santa Marta - mientras se expida su ley especial, deberán aplicarse también las normas legales, que como la Ley 33 de 1968 (art. 13) y el DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 3133 de 1968, que son las que desarrollaron y organizaron el Distrito Especial de Bogotá, pues no podría cabernos en la cabeza que el constituyente hubiera engendrado y parido una criatura DISTRITAL como Santa Marta y que no la hubiera dotado de sus órganos indispensables para asegurarle su existencia, propiciándole en cambio su muerte administrativa recién nacida. . . . ."

CONSIDERACIONES:

En verdad que no es procedente desde el ángulo jurídico la aplicación del régimen especial de distrito a Santa Marta, diferente al ordinario de los demás municipios, cuando el Acto Legislativo 03 de diciembre 29 de 1989 "Por medio del cual se erige a la ciudad de Santa Marta, capital del Departamento del Magdalena, en distrito Turístico, Cultural e Histórico", supedita, condiciona, esa especial calidad administrativa a un contingente de requisitos fijados por la Ley

formal, con el particular condicionamiento de señalar al Legislador como el encargado de dictar "..... para ella, un estatuto especial sobre su régimen fiscal, administrativo y su fomento económico, social, cultural, turístico e histórico.... ..."

En forma palmar ha de advertirse por modo que, como lo entiende el a-quo, en tanto ese específico, expreso y exclusivo marco de organización no exista, no le es permitido al municipio, motu propio, expedir los decretos ahora cuestionados, sin que, de otra parte sea admisible, secundum legem, acudir a la fuente analógica, como lo pretende el recurrente, para colmar en situación de ausencia legal, con el régimen legal expedido para el distrito Especial de Bogotá.

Por modo que, las manifestaciones de voluntad administrativas enjuiciadas, cuyas previsiones normativas se inspiran y basan en un régimen de orden distrital que no ha sido organizado por la ley, en la forma prevenida por el mismo acto legislativo que lo crea, transgrede en forma ostensible su normación, determinando la procedencia y mantenimiento de la medida precautoria decretada por el a-quo.

En virtud de lo expuesto, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o. **CONFIRMAR** el auto apelado de fecha 25 de octubre de 1990, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Magdalena.

2o. En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día once de abril de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel gonzález Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta, Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/DECRETO EJECUTIVO/CONTROL CONSTITUCIONAL

El Consejo de Estado es el competente para conocer de las acusaciones de inconstitucionalidad que se formulen contra los decretos del Gobierno Nacional, por medio de los cuales, previa autorización legislativa, se interviene en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral, así como para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales. El decreto acusado no podía fundarse en el artículo 32 de la C. N. y la Ley 7/43, así haya sido declarada exequible por la Corte, tampoco puede servir de soporte jurídico al Gobierno para seguir dictando disposiciones en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación, especialmente si se tiene en cuenta que el legislador ya adoptó una legislación sobre la materia mediante la Ley 56/85, ni tampoco para dictar disposiciones en materia de arrendamiento de "locales urbanos".

DECRETA LA NULIDAD del Decreto Ejecutivo 1376 / 86 (abril 30) expedido por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES - Régimen aplicable.

Si se trata de bienes inmuebles dados o tomados en arrendamiento por las entidades públicas para fines de vivienda de personas vinculadas al Estado, el precio del arrendamiento se hará con aplicación de lo dispuesto en la Ley 56/85, y si se trata de bienes inmuebles considerados como "locales urbanos", destinados al

funcionamiento de oficinas públicas o a la prestación de servicios públicos a cargo de los entes estatales, se hará teniendo en cuenta las normas del Código de Comercio, salvo disposición legal en contrario.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Bogotá, D. E., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 743. Acción de nulidad contra el Decreto 1376 de 1986, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: JORGE SALCEDO SEGURA y otro.

Los ciudadanos JORGE SALCEDO SEGURA y FERNANDO JARAMILLO VARGAS, mayores de edad, vecinos de Bogotá, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicitan de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se declare la nulidad total del Decreto 1376 de 30 de abril de 1986, expedido por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por "el cual se dictan normas sobre el control de arrendamientos de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas", en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las que le confiere el artículo 32 de la Constitución Política y en desarrollo del artículo 3º de la Ley 7a. de 1943.

I. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LAS PRETENSIONES

La parte actora, partiendo de la premisa de que el Consejo de Estado es el competente para conocer de la acción propuesta, según lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política, en armonía con la atribución 2a. del artículo 214 ibídem, formula cuatro cargos contra el decreto acusado, a saber:

1o. **La ley 7a. de 1943 no puede considerarse como el mandato del legislador, a que se refiere la enmienda constitucional de 1945:** a la luz de la enmienda de 1936 la intervención del Estado se haría **por medio de leyes** (art. 28 A. L. 1 de 1936), es decir, debía hacerla la rama legislativa; a partir de la enmienda de 1945, la deben hacer armónicamente la legislativa y la administrativa, pues aquella debe dar el mandato intervencionista y ésta debe desarrollarlo a través de decretos.

De acuerdo con ello, se encuentra, entonces, que la ley 7a. de 1943, por ser anterior, no es el mandato prevenido en la enmienda de 1945, y no existiendo, por tanto ese mandato, la supuesta intervención del Estado en el tema de los contratos de arrendamientos se está realizando contrariando la norma constitucional (art. 32 del actual ordenamiento constitucional).

Podría decirse -agregan los demandantes- que, pese a la validez de los argumentos anteriores, el Consejo de Estado no podría decretar la nulidad del decreto por cuanto en sentencia de 30 de noviembre de 1948, la Corte Suprema declaró exequible la ley 7a. de 1943. Esa decisión jurisdiccional no puede entenderse sino como la conformidad de esa ley frente a las normas constitucionales vigentes en el momento en que se dictó la ley cuestionada. De otra parte, de lo que se trata ahora es de la constitucionalidad del decreto y no de la ley. En ese tema ningún precedente puede argumentarse como obligatorio para el Consejo de Estado, así el invocado sea una sentencia de la Corte Suprema.

2o. **El mandato constitucional está agotado en virtud de la expedición de la ley 56 de 1985.** En el evento de que el Consejo de Estado admita que una ley de 1943 debe entenderse como el desarrollo de una norma constitucional que nació en 1945, es decir, que la ley 7a. es el mandato del legislador al gobierno para que regule los contratos de arrendamiento, es obvio que tal mandato tiene vigencia, en la medida que el legislador no quiera intervenir en forma directa. Porque es entendido que la circunstancia de impartir un mandato intervencionista no priva al legislador de la potestad de hacerlo por sí mismo. Tal es lo que ha ocurrido en el caso de los arrendamientos, pues la ley 56 de 1985 reguló íntegramente la materia de fluctuación de los precios de los arrendamientos de inmuebles. Siendo ello así carece de sentido que siga vigente el mandato intervencionista. Como por el artículo 29 de la ley 56 de 1985, por lo demás, se derogó todas las normas contrarias a la misma, obviamente entre esas normas se encuentra el artículo 3º de la ley 7a. de 1943 invocado como soporte para dictar el decreto cuestionado. Luego, el decreto acusado carece de fundamento sólido, ora al cimentarlo sobre el artículo 32 de la Carta, como quedó demostrado, ya en el artículo 3º de la ley 7a. de 1943, que está derogado.

3o. **El decreto acusado no fue dictado por el Gobierno, entendido por tal como lo expresa la Constitución Política, el Presidente de la República y el Ministro del ramo o el jefe del departamento administrativo correspondiente.**

El decreto cuya nulidad se depreca fue firmado por el Presidente de la República y el Secretario General de la Presidencia que tiene la calidad de Jefe de Departamento Administrativo. Pero qué tiene que ver el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República con los contratos de arrendamiento **entre particulares**?. La respuesta obvia que se de a este interrogante nos está indicando que no es el Presidente de la República con el Secretario General los que son gobierno para dictar decretos con fuerza de ley modificatorios de los contratos de arrendamiento. El Gobierno para este fin, y de acuerdo con el artículo 57 de la C. P., ha debido integrarse con el Ministro de Desarrollo Económico. Luego se violó dicha norma constitucional.

4o. **El legislador -ordinario o extraordinario- no puede regular los**

actos departamentales.

En el supuesto de que el Consejo de Estado no acoja los tres cargos anteriores, se solicitaría tan sólo la nulidad del artículo 13 del decreto acusado, pues el Gobierno reguló algo que por mandato de los artículos 187-3 y 197-4 de la Constitución Nacional corresponde a las Asambleas Departamentales y a los concejos municipales.

II. EL TRAMITE

Admitida la demanda por el señor consejero conductor del proceso, en ese entonces, fue notificada personalmente al señor Secretario General de la Presidencia de la República, quien no solicitó que se le tuviera como parte impugnadora, ni contestó la demanda, ni solicitó la práctica de pruebas, ni propuso excepciones de fondo, ni alegó de conclusión.

La parte actora tampoco alegó de conclusión dentro del término que se le concedió para ello.

III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en concepto de noviembre 30 de 1989, solicitó que se accediera a las pretensiones de la demanda, por considerar que: a) el Consejo de Estado es competente para conocer de la acción, según lo dispuesto en el artículo 216 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 214 ibídem; y b) comparte plenamente el cargo tercero de la demanda, relativo a la falta de competencia del señor Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, para dictar, en asocio del señor Presidente de la República, y como gobierno, normas en materia de contratos de arrendamiento.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar la sentencia que corresponde, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a. **La competencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, para conocer de la demanda propuesta.**

Antes que nada, debe la Corporación entrar a analizar lo relativo a su competencia constitucional y legal para conocer de la acción propuesta contra el decreto dictado con fundamento, de manera especial, en las disposiciones contenidas en los artículos 32 de la Constitución Política y 3º de la ley 7a. de 1943.

Esta Corporación, en realidad de verdad, no ha tenido una concepción jurisprudencial uniforme sobre los decretos ejecutivos que caen bajo su control de constitucionalidad. En algunas ocasiones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha dicho que entre los decretos expedidos por el Presidente de la República que tienen valor de ley y cuyo control constitucional corresponde a la Corte Suprema de Justicia, se encuentran, además de los decretos legislativos -llamados así por el art. 11 de la ley 153 de 1887- dictados con fundamento en los artículos 121 y 122, de los decretos extraordinarios, o sea, aquellos dictados en uso de facultades precisas y pro témpore concedidas por el Congreso (ord. 12 del art. 76 C. P.) y de los relativos a planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas que, en ciertas condiciones, puede dictar el gobierno, con fuerza de ley, según el artículo 80 de la Constitución, los decretos especiales, nombre que le dan algunos juristas a los expedidos por el Presidente en desarrollo de las autorizaciones contenidas en el art. 76, ord. 11 de la Constitución. Estos decretos -se ha dicho- se caracterizan por constituir el ejercicio de facultades ordinarias del Presidente, condicionadas a autorización legal, como, por ejemplo, los múltiples casos en que el Gobierno, con base en la ley, interviene en la economía nacional (Const. Nac. art. 32). Sobre el particular se puede ver la sentencia proferida por esta Sección con fecha 19 de agosto de 1971, Anales del Consejo, tomo LXXXI, año XLVII, números 431-432, pag. 92).

En otras ocasiones, la misma Sección Primera de la Sala Contenciosa ha dicho que los decretos dictados por el Gobierno con fundamento en el artículo 32 de la Constitución, no son decretos de aquellos que algunos juristas denominan "decretos especiales", es decir, provenientes de la atribución señalada en el numeral 11 del artículo 76 de la Carta y de la competencia, en materia de control constitucional, de la Corte Suprema de Justicia como los que se dictan con base en esa atribución, sino que son decretos ejecutivos a través de los cuales se cumple la orden de intervención dada por el legislador, que caen bajo el control de constitucionalidad del Consejo de Estado, por no ser de los enlistados en el artículo 216 de la Constitución, en armonía con el 214 ibídem, como del conocimiento de la Corte Suprema (Sentencia de septiembre 4 de 1967, mayo 6 de 1974, exp. 1836, y marzo 22 de 1977, Anales, Tomo XCII, números 453 y 454, pág. 110 y ss., todas de la Sección Primera).

En la sentencia de marzo 22 de 1977, ponencia del señor consejero Dr. Alvaro Pérez Vives, se dijo lo siguiente que ahora reitera la Sección para llegar, una vez más, a la conclusión de que el Consejo de Estado es el competente para conocer de las acusaciones de inconstitucionalidad que formulen contra los decretos del gobierno nacional, por medio de los cuales, previa autorización legislativa, se interviene en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral, así como para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales. (Publicado en Anales, Tomo XCII, número 453-454, pag. 110 y ss.).

"Lo preceptuado por el numeral 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (equivale al 9º de la Constitución de 1886) no tiene incidencia en lo dispuesto por el artículo 32 de la constitución vigente, por la sencillísima razón de que en la Constitución de 1886 no existía ni siquiera parecida al actual artículo 32, debido a que la Carta del 86 ignoró la intervención del Estado, autorizada hoy por el artículo 32. Y si en 1886 no existía como 'atribución ordinaria del Presidente la intervención consagrada por primera vez en 1936 (Acto legislativo número 1 de ese año, artículo 11), mal puede afirmarse que tal intervención tenga algo que ver con los famosos 'decretos especiales' del numeral 11 (antes 9º, del artículo 76 de la Constitución Nacional, decretos ya consagrados desde 1886 por ésta. Fue en el año de 1936, como se ha dicho, en el que se introdujo entre nosotros el concepto de intervención del Estado. Pero el aludido artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1936 preceptuó: 'El Estado puede intervenir POR MEDIO DE LEYES en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. . . (Subraya la Sala). Al tiempo que se introducía la 'intervención del Estado', como función del legislador, se conservó, bajo el número 8º, del artículo 76 de la Carta la facultad del Congreso para 'conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional'. Lo que apoya el argumento de que una cosa son los decretos que dicte el Gobierno en desarrollo de las autorizaciones del tantas veces citado ordinal 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (9º del artículo 75 de la Constitución de 1886 y 8º del mismo artículo del Acto Legislativo número 1 de 1936), y otras los que dicte en desarrollo de la orden de intervención dada al Gobierno en virtud del artículo 32 de la Carta. Pues si el Acto Legislativo Nº 1 de 1936 concibió tal intervención del Estado como facultad privativa del Congreso y nada dijo respecto del Gobierno, que permitiera sospechar siquiera la existencia de una facultad ordinaria de ése, mal se pueden equiparar los decretos del tantas veces citado numeral 11 del artículo 76, con los dictados por el Gobierno con el fin de ejecutar la orden de intervención dada por el Congreso. Obsérvese: a) Que en la Constitución de 1886, lo mismo que en el Acto Legislativo Nº 1 de 1936 y en la codificación constitucional vigente, se habla claramente de 'funciones dentro de la órbita constitucional' del Gobierno; b) Que en la Carta de 1886 se ignoró 'la intervención del Estado' y c) Que en la codificación constitucional de 1936 se niega al Gobierno como función comprendida dentro de la órbita constitucional de sus poderes la facultad de intervención, la que se reserva al Congreso como función privativa de éste (artículo 28, codificación constitucional de 1936). Sobre esto se remite la Sala a la doctrina sentada por la Corte en su fallo de septiembre 4 de 1936 (G.J.T. XLVIII, página 610 y siguientes) el que influyó decisivamente en la reforma de 1945. Siendo la Ley 7a. de 1946 expedida bajo el régimen constitucional de 1936 ningún fundamento jurídico tiene la tesis de que los decretos que dicte el Gobierno en acatamiento a la intervención en ella consagrada, sean de los comprometidos por el numeral 11 del artículo 76 C. N. Cabe preguntarse. ¿Si ese estado de cosas ha

variado hoy? En absoluto: El Acto Legislativo Nº 1 de 1945, en su artículo 4º, modificó el artículo 28 de la codificación constitucional de 1936, en los siguientes términos: 'Artículo 32: El Estado puede intervenir por mandato de la Ley en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Esta función no podrá ejercerse en uso de las facultades del artículo 76, ordinal 12, de la Constitución Nacional'. La razón de ser de la modificación es clara; la intervención del Estado puede ser ordenada por legislador, pero difícilmente ejecutada por éste. De allí que tal intervención, a partir de 1945, se hiciera, no ya por medio de leyes sino 'por mandato de la ley', expresión que se conservó en la reforma constitucional de 1968. Esto significa que la orden de intervención sigue siendo atribución exclusiva del Congreso y jamás ha pertenecido a la esfera de las atribuciones del Gobierno. Por tanto no está comprendida dentro de su órbita constitucional', puesto que pertenece a la órbita constitucional del congreso. Mal pueden entonces, asimilarse los decretos que dicte el Gobierno para cumplir el mandato del Congreso, sobre intervención del Estado, a los del numeral 11 de artículo 76 de la Carta. Tampoco puede confundirse los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención con los del numeral 12 del artículo 76 de la Carta expresamente descartados por el artículo 32, como fundamento de la intervención. Aparece de lo dicho hasta aquí, que el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución contempla la posibilidad de que el Congreso amplíe las facultades o atribuciones constitucionales del Gobierno para celebrar ciertos actos jurídicos y aunque se lleva la interpretación del precepto en estudio hasta sostener que las autorizaciones que por tal virtud puede conceder el Congreso al Gobierno no están limitadas al terreno de los negocios jurídicos allí mencionados, sino que puede extenderse a otras materias, es lo cierto que éstas han de ser, por expresa voluntad del constituyente, de las que la Carta encomienda al Gobierno como 'función constitucional propia'. De lo cual surge que, como lo dice el señor Samper, el Gobierno goza de dos clases de facultades constitucionales; una integrada por aquellas que pueden ejercer por derecho propio, sin necesidad de la autorización del Congreso, y otra, compuesta por las facultades, que, aunque comprendidas dentro de la órbita constitucional del Gobierno, no puede éste, sin previa autorización del Congreso. Más, debe observarse que hoy la segunda clase de facultades no se limita a las del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución, pues otros preceptos de ésta contemplan atribuciones que sólo puede ejercer el Presidente con autorización del Congreso o dentro de los marcos legales, esto es, conforme a lo que se ha dado en llamar 'leyes cuadros', tales, los casos contemplados por el artículo 120, en sus numerales 14, 17 y 21. Otras veces, el ejercicio de las facultades constitucionales del Gobierno está sujeto al previo concepto del Consejo de Estado; v. gr., en el caso del artículo 120, numeral 10 y de los artículos 28, 121, 122, y 112 de la Carta (artículo 141, numeral 1º, inciso 2º de la C. N.). Cuál es entonces, la naturaleza de los decretos que dicte el Gobierno en cumplimiento de la orden de intervención que le imparta el Congreso conforme al artículo 32 de la Constitución? Si los decretos del numeral 11 del artículo 76, contienen

simples medidas administrativas, pues se trata de ampliar la órbita constitucional del Gobierno, que no es de naturaleza legislativa sino administrativa, tendrán igual categoría los decretos de intervención? No lo cree la Sala, aunque la intervención debe conformarse a la ley cuadro que la ordenó, en cuanto no haya sido modificada o derogada por otra posterior. En efecto, varias razones apoyan esa conclusión: La orden de intervención emanada del legislador, requiere para su ejecución de facultades especiales al Gobierno, no extraordinarias, ni tampoco comprendidas en las ordinarias de éste, pero adecuadas a las tareas que se le imponen por el Congreso. Y ni las facultades del numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, ni las del numeral 11 del artículo 76, misma obra, de naturaleza administrativa, pueden llevar a conferir al Gobierno facultades legislativas. No ocurre lo mismo con la orden de intervención que dicte el Congreso, pues dentro de los marcos de la ley que la ordene, en cuanto, repite la Sala, ella esté vigente o no haya sido modificada por la ley posterior, tiene el Gobierno facultades de naturaleza legislativa. Lo que, reitera la Sala, no tienen los decretos dictados por el Gobierno en virtud de lo previsto por el numeral 11 del artículo 76 tantas veces citado. Sobre este punto acoge la Sala lo dicho por esta corporación en el fallo de Mayo 6 de 1974 (expediente número 1836, Francisco E. Gómez M. Nulidad del Decreto 687 de 1972). Si en ninguna parte de la Carta se atribuye al Gobierno como función constitucional la intervención propia de que trata el artículo 32 de la Constitución y ni siquiera en éste se habla del Gobierno sino del Estado, preciso es admitir que se requiere que el legislador exprese cuál de los órganos del Estado cumplirá la orden de intervención y cómo. Siendo lo lógico que la encomiende al Gobierno. Así lo hace la Ley 7a. de 1943, cuando luego de disponer en su artículo 1º, que 'no podrán ser materia de indebidas especulaciones los artículos de primera necesidad para el consumo del pueblo. . . . ", ordena a una de las ramas integrantes del Poder Público y por ende a un organismo del Estado, o sea al Gobierno, dictar las medidas adecuadas para los fines previstos en la citada ley (artículos 2º, 3º, 4º, 6º). En tanto que otras veces permite al Gobierno disponer que dependencias suyas (como la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones), exija a los importadores 'compromisos especiales sobre precios máximos de venta de los artículos que se importen' al amparo de las licencias que dicho organismo conceda. Nada de lo cual está comprendido dentro de la 'órbita constitucional' del Gobierno, de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la C. N. Además, como ya se dijo, una cosa es la intervención en estudio y otra la aptitud que tiene el Congreso para otorgar facultades extraordinarias al PRESIDENTE, en virtud del numeral 12 del citado artículo 76 de la Carta. Cuando ya no se trata simplemente de 'ejecutar' la orden de intervención dada por el Legislativo, sino de tomar otras medidas, se requieren 'facultades extraordinarias' sin que sean suficientes las meras autorizaciones previstas en el numeral 11 del mismo artículo, ni la orden legislativa de intervención. Así ocurrió con la Ley 7a. de 1943, cuyos artículos 6, 12, 13 y 19 otorgaron facultades extraordinarias al Gobierno, no obstante que el artículo 6º de la mencionada ley tiene clara conexidad con el objeto previsto con el artículo 1º de la misma. Pudiera pensarse que al cumplir el Ejecutivo la orden o mandato de intervención dado por el

Congreso, ejerce facultades de que trata el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución, o sea, la potestad reglamentaria. Más eso no es así: esa norma dispone: 'Artículo 120. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado y suprema autoridad administrativa.... 3º. Ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes'. Como se ha dicho, esta facultad es administrativa; no legislativa. Pero la intervención del Estado, a cargo del Gobierno por mandato de la Rama Legislativa del Poder Público, es algo más que la reglamentación de la ley, prevista en el numeral 3º, del artículo 120 de la Constitución, ya que los decretos que por virtud de esa potestad reglamentaria expide el Gobierno carecen de fuerza legislativa y deben limitarse a tomas las medidas encaminadas a la cumplida ejecución de la ley, en tanto que tienen fuerza legislativa los decretos de intervención económica, siempre, se repite, que se hallen dentro de los marcos de ley que ordenó tal intervención, en tanto que no haya sido derogada o modificada por la ley posterior. De lo dicho fluye otro interrogante: puesto que los decretos de intervención que dicte el Gobierno tienen fuerza de ley, no estará adscrita la competencia para conocer de las demandas que contra ello se formulen, a la Corte Suprema de Justicia? Aunque se cita como antecedente jurisprudencial en apoyo de una respuesta afirmativa, la sentencia de la Sala Plena de la Corte de fecha Enero 20 de 1972 al declarar la inexequibilidad del Decreto 1299 de 1971, es lo cierto que ese fallo no incide en el presente caso.... Y no incide porque en el caso fallado el 20 de enero de 1972, se está en presencia, aquí sí, de uno de los eventos de aplicación del numeral 11 del artículo 76 de la Constitución. Claramente se ve que la sentencia del 20 de enero de 1972 de la Corte Suprema de Justicia, lejos de ser opuesta a la tesis que acoge la Sala, le da nuevo y más fuerte sustento. En otro fallo que se cita en apoyo de la tesis según la cual los decretos del Gobierno, dictados en desarrollo en un mandato legal de intervención, son los contemplados por el numeral 11 del artículo 76 de la Carta, es de fecha Marzo 3 de 1971.

"Aunque este fallo admitió la competencia de la Corte para decidir sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto 46 de 1965, con el argumento de que es de los comprendidos por el numeral 11 del artículo 120 de la Carta, es cierto, igualmente, de que no da mayores razones en apoyo de sus tesis y, además, es anterior al de fecha Enero 20 de 1972 de la misma Corte, que le es contrario, por lo cual, la Sala considera como doctrina actual de tan alta corporación, la contenida en la sentencia de enero de 1972 y no la adoptada en 1971".

2a. **La ley 7a. de 1943 no es el mandato del legislador à que se refiere el artículo 32 de la Constitución Política, surgido después de la enmienda de 1945, pues dicha norma es posterior a aquella.**

Determinada la Competencia del Consejo de Estado para conocer de los decretos del ejecutivo dictados con fundamento en el artículo 32 de la Carta, debe la Sala analizar este primer cargo formulado contra el decreto acusado, para

determinar si dicho ordenamiento se podía dictar con fundamento en el artículo 32 indicado y en desarrollo del artículo 3º de la ley 7a. de 1943.

Teniendo en cuenta, como se ha dicho, que el decreto demandado es un acto de intervención del Gobierno en la vida económica del país, dictado con fundamento en el artículo 32 de la Constitución y no de aquellos con fuerza legislativa que pueden ser dictados por el Gobierno cuando, en los términos del ordinal 11 del artículo 76 y de los artículos 118-8 y 214, el Congreso le ha concedido autorizaciones para "ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional", mediante ley, y, partiendo de la premisa de que la ley 7a. de 1943, no puede ser aquella **por cuyo "mandato"** el Estado puede intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral, y dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular (artículo 6º del Acto Legislativo No. 1 de 1968, hoy art. 32 del ordenamiento constitucional vigente), ni tampoco **aquella por cuyo "mandato"** el Estado puede intervenir "en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho" (artículo 4º del A. L. No. 1 de 1945), por cuanto ni esos ordenamientos se habían expedido, ni ella **fue la ley** que, en los términos del artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1936, hubiera dispuesto la intervención estatal en la "explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho", ya que la ley 7a. de 1943 se limitó, en el parágrafo único del artículo 3º, a **autorizar** al gobierno "para dictar las medidas necesarias, a fin de establecer el control de los arrendamientos de las habitaciones y locales urbanos", debe concluirse que el decreto acusado no podía fundarse en el artículo 32 de la Constitución y que la ley 7a. de 1943, así haya sido declarada exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de noviembre 30 de 1948, tampoco puede servir de soporte jurídico al Gobierno para seguir dictando disposiciones en materia de arrendamiento de inmuebles destinados a habitación, especialmente si se tiene en cuenta que el legislador ya adoptó una legislación sobre la materia mediante la ley 56 de 1985, ni tampoco para dictar disposiciones en materia de arrendamiento de "locales urbanos".

Dicho lo anterior, es necesario aclarar que, no obstante lo que afirman los demandantes el decreto acusado no se refiere a contratos de arrendamientos celebrados "entre particulares". La norma, en todo su articulado, se refiere a contratos de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas que celebren las "entidades Públicas", entendiendo por tales la Nación, los Departamentos, las Intendencias, las Comisarías, los Municipios, los Establecimientos

Públicos, las empresas Industriales y Comerciales del Estado, y las Sociedades de Economía Mixta en las que el noventa por ciento o más de su capital social sea de origen estatal, bien que ellas tomen o den en arrendamiento dichos bienes, exclusión hecha de los contratos a que se refiere el artículo 6º del decreto demandado (interadministrativos, inmuebles calificados como patrimonio histórico o artístico, cuando el precio mensual del arrendamiento fuere inferior a $15.000.oo, etc.).

Y teniendo en cuenta ello, la acusación o cargo de inconstitucionalidad o de ilegalidad, debía ser otro muy diferente, pues el contrato de arrendamiento celebrado por las entidades públicas, bien sea para tomar o bien sea para dar o entregar el bien inmueble, aun cuando no es definido legislativamente como administrativo en el artículo 16 del decreto ley 222 de 1983, está expresamente regulado por el mismo Estatuto Contractual en los artículos 156 a 162, y esas normas ordenan expresamente que el precio o canon de arrendamiento se pague en cuantía no superior a **"los valores. . . . .señalados en las disposiciones vigentes. . . . "**, debiendo efectuarse el reajuste de la renta, cuando se trate de contratos de arrendamiento pactados por períodos mayores de un año. . . . con subordinación **en todo caso a lo que prevean las normas legales o reglamentarias sobre el control de arrendamiento"**. con lo que se puso término a una vieja discusión sobre si las normas sobre control de arrendamientos rigen o regían también los contratos de ese tipo celebrados por entidades públicas. En otras palabras, si se trata de bienes inmuebles dados o tomados en arrendamiento por las entidades públicas para fines de vivienda de personas vinculadas al Estado (empleados públicos, trabajadores oficiales o personal militar o policivo, etc.), el precio del arrendamiento se hará con aplicación de lo dispuesto en la ley 56 de 1985; y, si se trata de bienes inmuebles considerados como "locales urbanos", destinados al funcionamiento de oficinas públicas o a la prestación de servicios públicos a cargo de los entes estatales, se hará teniendo en cuenta las normas del Código de Comercio, salvo disposición legal en contrario.

Por consiguiente, el primer cargo formulado por la parte actora no está llamado a prosperar.

3a. **El mandato legal, en virtud del cual procede el intervencionismo estatal en materia de arrendamientos, está agotado en razón de la expedición de la ley 56 de 1985.**

Este cargo sí está llamado a prosperar, según el criterio de la Sala.

En efecto, no se trata de que el mandato legal previsto por la Constitución, o sea, el parágrafo del art. 3º de la ley 7a. de 1943 está agotado, o mejor haya desaparecido con la expedición de la ley 56 de 1985, por cuanto ello supondría aceptar, contra lo que ya se dijo en esta y otras sentencias, que la ley 7a. de 1943 fue el mandato legal que permitía el intervencionismo estatal. Sino que, como se

dice igualmente en la demanda, la ley 7a. de 1943 y los decretos ejecutivos que se dictaron con fundamento en ella, incluído el demandado, fueron derogados por el Congreso al expedir la ley 56 de 1985, y a ella, que es la vigente, ordena remitir, en materia de fijación de precios y de reajustes de los mismos, el decreto-ley 222 de 1983, artículos 158 y 162, por manera que no podía el Ejecutivo, so pretexto de ejercer unàs facultades derivadas de la ley 7a. precitada y con fundamento en el artículo 32 de la Carta, modificar esas disposiciones que remiten lo relativo al precio del arrendamiento y su eventual reajuste a las disposiciones contenidas en la ley 56 de 1985, en cuanto a inmuebles destinados a vivienda, dictada por el Congreso con plena competencia constitucional para hacerlo, cerca de un año antes de que el Gobierno pretendiera, por su parte, hacer uso de unas facultades constitucionales que ya no tenía.

Los cargos tercero y cuarto, habiendo prosperado el segundo, no es del caso analizarlos; empero, la Sala se permite observar que, en cuanto al tercero, puede tener razón la parte actora si se tiene en cuenta que entre las funciones asignadas al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, por el decreto 146 de 1976, reorgánico del mismo, no se encuentra la relativa a la fijación y control de precios, ni ejercer el control, inspección y vigilancia sobre arrendamientos de vivienda urbana en desarrollo de la ley 56 de 1985, todo lo cual, por el contrario, corresponde al Ministerio de Desarrollo Económico directamente o a través de la Superintendencia de Industria y comercio. Por manera, que el gobierno, en esa materia, está integrado por el Presidente y el Ministro de Desarrollo, y no por el mismo Presidente de la República y su Secretario General, Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia.

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:

DECRETASE la nulidad del decreto ejecutivo número 1376 de 30 de abril de 1986, expedido por el señor Presidente de la República y el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Secretario General de la Presidencia de la República y al señor Ministro de Desarrollo Económico, y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, con salva-

mento de voto; *Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DECRETO ESPECIAL / INTERVENCION DEL ESTADO / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA (Salvamento de Voto)

Si bien es cierto que el artículo 32 C. N., hace referencia a la intervención del "Estado" por mandato de la ley, considera el suscrito que dicha referencia al "Estado" debe entenderse concretada a través de actos del Presidente de la República, pues no podría ser a través de actos del Congreso, ya que éste es el encargado de expedir el mandato de intervención, como no podría serlo tampoco a través de la Rama Jurisdiccional por la naturaleza de sus funciones. Por lo mismo no comparto la jurisprudencia que sirvió de fundamento al presente proceso.

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez a la providencia del 17 de abril de 1991.

Referencia: Expediente No. 743. Acción de nulidad contra el Decreto 1376 de 1986, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: Jorge Salcedo Segura y otro. Ponente: Doctor Miguel González Rodríguez.

Con el debido respeto me he apartado de la decisión mayoritaria contenida en la sentencia de la referencia, por considerar que el Consejo de Estado no era ni es competente para conocer de una demanda como la que dió lugar a este proceso, por las siguientes razones:

1a. Si bien la sentencia parte del reconocimiento de que esta Corporación no ha tenido una concepción jurisprudencial uniforme sobre los decretos del Gobierno que caen bajo su competencia, reconoce esta última en relación con el Decreto 1376 del 30 de abril de 1986, demandado dentro del presente proceso, con fundamento en una sentencia del 22 de marzo de 1977, de la que fue ponente el H. Consejero doctor Alvaro Pérez Vives y de la cual se transcriben algunos

apartes, sin hacer un análisis de otras jurisprudencias tanto de esta Corporación como de la H. Corte Suprema de Justicia que son citadas por los mismos demandantes y de las que resulta, contrariamente a la transcrita, que la competencia corresponde a la Corte como órgano de la jurisdicción constitucional.

En efecto, de conformidad con el artículo 214 de la Carta Fundamental, entre los decretos dictados por el Gobierno y cuyo control corresponde a la Corte Suprema de Justicia se encuentran los dictados en ejercicio de las atribuciones de que trata el numeral 11 del artículo 76 de la misma Carta.

De acuerdo con esta última norma, "corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones:. . . . .11. Conceder autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional".

Según lo ha interpretado la jurisprudencia y la doctrina, la norma citada contiene realmente dos partes que pueden claramente diferenciarse: de una parte, las autorizaciones para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales y, de otra, las autorizaciones para ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional. Y en relación con la segunda parte, ha predominado la interpretación que resulta sencillamente de su texto, según la cual dichas autorizaciones se refieren a aquellas materias que corresponden constitucionalmente al Presidente, pero para cuyo ejercicio la Carta prevé la participación inicial del Congreso. Lo anterior implica que los decretos que resultan de la norma constitucional citada (numeral 11 del art. 76) no tienen fuente exclusivamente en ella, pues ésta tipifica una figura jurídica, que se traduce en la expedición de los llamados "decretos especiales", que se concreta a través de otra u otras normas constitucionales que consagran la competencia del Presidente condicionada a la habilitación o autorización previa del Congreso. Y ello es precisamente lo que sucede con la intervención del Estado en la economía que prevé el artículo 32 de la Carta, que se constituye así, en ejemplo típico de una materia que puede dar lugar a la expedición de decretos especiales, como lo ha sostenido en diversas ocasiones la corte Suprema de Justicia y el mismo Consejo de Estado, en sentencias que los actores citan en su recuento histórico, varias de ellas posteriores a la que ha servido de fundamento para que la Sala se declarara competente en este proceso.

2a. Si bien es cierto que el artículo 32 hace referencia a la intervención del "Estado" por mandato de la ley, considera el suscrito como resulta expresa o tácitamente de las jurisprudencias mencionadas, que dicha referencia al "Estado" debe entenderse concretada a través de actos del Presidente de la República, pues no podría ser a través de actos del Congreso, ya que éste es el encargado de expedir el mandato de intervención, como no podría serlo tampoco a través de la

Rama Jurisdiccional por la naturaleza de sus funciones.

Por lo mismo, el suscrito Consejero no comparte de ninguna manera el punto de partida de la sentencia de marzo 22 de 1977, que ha servido de fundamento al fallo del presente proceso, según el cual "lo preceptuado por el numeral 11 del artículo 76 de la actual codificación constitucional (equivale al 9o. de la Constitución de 1886). no tiene incidencia en lo dispuesto por el artículo 32 de la codificación vigente, por **la sencillísima razón** (subraya fuera de texto) de que en la Constitución de 1886 no existía norma ni siquiera parecida al actual artículo 32, debido a que la Carta del 86 ignoró la intervención del Estado, autorizada hoy por el artículo 32. Y si en 1886 no existía como "atribución ordinaria" del Presidente la intervención consagrada por primera vez en 1936 (Acto Legislativo número 1 de ese año, artículo 11), mal puede afirmarse que tal intervención tenga algo que ver con los famosos 'decretos especiales' del numeral 11 (antes 9o.) del artículo 76 de la Constitución Nacional, decretos ya consagrados desde 1886 por ésta".

Frente a la calificada por la misma sentencia como "sencillísima razón", al suscrito Consejero no le queda más alternativa que afirmar que su sencillez no pudo ser consecuencia sino de una gran superficialidad y ligereza. En efecto, en primer lugar, ya se expresó cómo la última parte del numeral 11 del artículo 76 lo que consagra es una figura que no existe por virtud de esa norma por sí misma, sino que está ligada a otras normas constitucionales que consagren competencias del ejecutivo para cuyo ejercicio se requiera una autorización previa de la ley. Es decir, que se trata de una especie de acto-regla constitucional que, en consecuencia, regula en abstracto las situaciones existentes o que lleguen a existir y que correspondan a la figura allí prevista.

En segundo lugar, la "sencillísima razón" aducida en la sentencia implica que las normas constitucionales que se expiden en un momento dado solo son aplicables a las situaciones existentes en ese momento y no a las que llegaren a existir y que correspondan a sus previsiones, lo cual constituye a todas luces una interpretación absurda del sentido de las normas constitucionales, pues llevaría a pensar que éstas solo se expiden para regular el presente, pero no el futuro.

3a. En consecuencia, el suscrito Consejero aclara que si bien considera que puede ser válido el argumento consistente en que la Ley 7a. de 1943 no puede ser el mandato del legislador a que se refiere el artículo 32 de la Constitución, surgido después de la enmienda de 1945, por ser dicha norma posterior a aquella ley, dicho argumento se refiere al fondo de la controversia, por lo cual su análisis correspondería a la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con la competencia que defiende este salvamento de voto.

4a. El suscrito Consejero aclara igualmente que el punto de vista planteado en este salvamento de voto es independiente de la controversia sobre la

naturaleza jurídica de los decretos especiales, pues a pesar de que estos decretos parecen tener carácter administrativo, por lo cual participa de la idea de que su competencia debería corresponder al Consejo de Estado, como lo ha expresado en algunos de sus escritos, la naturaleza de orden público de las competencias y tratándose además de una competencia consagrada en la misma Constitución Política, implica que debe respetarse mientras se encuentre vigente.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Bogotá, D. E., 25 de abril de mil novecientos noventa y uno.

DIRECCION GENERAL DE PRESUPUESTO / PROGRAMA GENERAL DE COMPRAS

El control de la Dirección General del Presupuesto Nacional, para que se cumplan los objetivos de austeridad, conveniencia u oportunidad del gasto, política de precios, ejecución racional y ordenada del Presupuesto, en ejercicio del poder de vigilancia administrativa y económica que le confiere la norma orgánica o reorgánica del Presupuesto, no implica que los demás ministerios y los departamentos administrativos no puedan ejercer, de manera regular y conforme a las instrucciones presidenciales y a los reglamentos que expida el Jefe del Estado y de la administración, la de "elaborar anualmente un programa general de compras", ni es cierto que el reglamento a que se refiere el artículo 137 del Decreto 222/83 deba limitarse a señalar el procedimiento o trámites que se deben seguir en cada una de las entidades públicas para ello, y nada más que ello.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., diecisiete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 979 y 1001. Acción de nulidad en relación con los artículos 4, 8 y 14 del decreto reglamentario 751 de 1984, expedido por el señor Presidente de la República. Actor: ALVARO ESCOBAR HENRIQUEZ.

El ciudadano ALVARO ESCOBAR HENRIQUEZ, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicita que, previos los trámites propios del juicio, se declare la nulidad de los artículos 4, 8, y 14 del decreto ejecutivo No.

751 de 1984, reglamentario del artículo 137 del decreto-ley 222 de 1983 (Estatuto Contractual de la Nación y de sus entidades descentralizadas).

Las normas demandadas dicen, en su orden, lo siguiente:

"Artículo 4o. En los ministerios y departamentos administrativos, las direcciones generales administrativas, o las dependencias que hagan sus veces, elaborarán en el mes de octubre los programas generales de compras de bienes muebles que requieran para el año fiscal siguiénte, de acuerdo con las partidas que para tal efecto aparezcan en el proyecto de presupuesto presentado por el Gobierno al Congreso Nacional.

"Si, dentro de la oportunidad legal, el Congreso Nacional modifica estas partidas, los organismos y entidades señalados en el artículo 1o., harán hasta el mes de diciembre los ajustes correspondientes en los programas generales de compras, conforme a lo establecido en el presente Decreto".

"Artículo 8o. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto- podrá objetar total o parcialmente los programas generales de compras, inclusive durante su ejecución, de acuerdo con los análisis de precios, sujeción presupuestal o cuando las necesidades o conveniencias no estén plenamente justificadas, según las instrucciones gubernamentales sobre austeridad en el gasto público. En tal caso, el organismo o entidad al cual corresponda el programa efectuará los reajustes correspondientes en el término de diez días hábiles.

"Cuando un programa sea objetado totalmente no podrá ejecutarse; cuando la objeción sea parcial, podrá ejecutarse en los aspectos que no hayan sido afectados por observación alguna. La objeción no tendrá en ningún caso efecto retroactivo.

"Artículo 14. En los establecimientos públicos, los programas generales de compras de bienes muebles, una vez elaborados por las oficinas pertinentes, según se estructura administrativa, con sujeción a lo previsto en el artículo 5o. del presente Decreto, se someterán a la aprobación del Gerente o Director y a la refrendación de la Junta o Consejo Directivo de la entidad, a más tardar el 30 de noviembre anterior a la siguiente vigencia fiscal".

Por su parte, la norma reglamentada del decreto-ley 222 de 1983, expresa:

"Art. 137. **Del programa general de compras.** De acuerdo con la reglamentación que al efecto expida el gobierno nacional, las entidades a que se refiere el presente estatuto deberán elaborar anualmente un programa general de compras, que incluirá todos los bienes que se requieran para su funcionamiento y organización y servirá de base para efectuar compras al por mayor".

I. RAZONES O FUNDAMENTOS DE LA ACCION

Considera el actor que:

a. Con la expedición del artículo 4o. del decreto acusado se quebrantaron, en primer término, el artículo 137 reglamentado, puesto que, mientras éste señala que los programas anuales de compras incluirán los bienes requeridos para el **funcionamiento y organización** de las entidades oficiales, la norma reglamentaria crea la obligación de elaborar planes anuales de compra que incluyan todo tipo de bienes muebles, sean éstos destinados al funcionamiento y organización de la respectiva entidad, o a las inversiones propias de la misma, y que la clasificación entre gastos de funcionamiento y gastos de inversión, no es caprichosa y arbitraria, y se encuentra recogida en el decreto 294 de 1973, o Estatuto Orgánico de Presupuesto, que hace esa diferencia en su artículo 15 y otras normas. Por ello, en segundo término, se quebranta el artículo 120-3 de la Constitución Política.

b. Con la expedición del artículo 8o. del acto acusado, se quebrantaron:

1. Los numerales 9 y 10 del artículo 76 de la C. N. en concordancia con el numeral 21 del artículo 120 de la misma obra, por cuanto según ellas corresponde a la ley, y no al ejecutivo, determinar la "estructura de la administración nacional", correspondiendo tan sólo al ejecutivo "crear, suprimir y fusionar los empleos que demande el servicio de los ministerios, departamentos administrativos y los subalternos del Ministerio Público, y señalar sus funciones especiales, lo mismo que fijar dotaciones y emolumentos, todo con sujeción a las leyes a que se refiere el ordinal 9º del artículo 76", y con la norma demandada se modificaron las atribuciones del Ministerio de Hacienda, Dirección General del Presupuesto, previstas en el decreto-ley 077 de 1976, igualmente violado, entre las cuales no se encuentra la competencia o facultad de intervenir en las compras de todos los ministerios y departamentos administrativos. Se creó así, dice el demandante, una especie de "supraministerio" con poderes tales, que puede ejercer un veto sobre decisiones de compras en sectores que le son completamente ajenos a la órbita de sus funciones.

2. El decreto 077 de 1976, atrás mencionado, por cuanto una lectura atenta de dicha norma, y muy especialmente de su artículo primero que señala las funciones asignadas por el legislador extraordinario a la Dirección General del presupuesto, nos lleva a la clara convicción de que las atribuciones que competen a la Dirección General del Presupuesto, tocan únicamente aspectos presupuestarios, tendientes a preparar el Presupuesto General de la Nación y a registrar su ejecución. De su texto no se deduce ni remotamente que esa Dirección tenga la facultad de objetar programas de compras de ministerios y departamentos administrativos por razones de precios, conveniencias o necesidades de la prestación de los servicios encargados a ellos por la ley. Esa facultad, de manera

ilegal, se la confiere la norma demandada, y, por ello, no sólo se viola el decreto ley citado, sino igualmente el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución y los artículos 11 y 12 de la ley 153 de 1887.

3. Los literales c) y d) del artículo 3 del decreto-ley 1050 de 1968, por los cuales se otorga a ministerios y departamentos administrativos la función de "atender los servicios que les están asignados y dictar.... las normas necesarias para tal efecto" y "preparar los planes o programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y a los planes de desarrollo del mismo, porque se está permitiendo una ingerencia indebida de una Dirección General de determinado Ministerio en funciones que le son ajenas por corresponder a otras agencias estatales.

4. Violación del art. 137 reglamentado, en concordancia con el numeral 3o. del artículo 120 de la Carta, por cuanto según esa norma le corresponde a cada "entidad", a que se refiere el estatuto contractual, elaborar anualmente un programa general de compras, y el reglamento a que se refiere el indicado artículo 137, debe establecer el procedimiento y trámites que deben seguir cada una de esas entidades para elaborar el mencionado plan, agotándose allí la facultad reglamentaria a que se refiere la disposición. La elaboración del programa general de compras de un ministerio, en síntesis, no puede estar sometida a la objeción de un funcionario, el Director General de presupuesto, de forzoso acatamiento por parte de los directivos de los distintos entes oficiales.

c. Con la expedición del artículo 14, también demandado, se quebranta la norma reglamentada, por cuanto mientras ésta señala que los programas anuales de compras incluirán los bienes requeridos para el funcionamiento y organización de las entidades oficiales, la norma reglamentaria crea la obligación legal de elaborar planes anuales de compra que incluyan todo tipo de bienes muebles, sean éstos destinados al funcionamiento y organización de la respectiva entidad, o a las inversiones propias de la misma.

Esta clasificación entre gastos de funcionamiento y gastos de inversión, no es caprichosa y arbitraria, y se encuentra recogida en el decreto 294 de 1973 - Estatuto Orgánico del Presupuesto-.

Por ello, se ha quebrantado, igualmente, el art. 120-3 de la C. N.

II. LA ACTUACION

Las demandas, más adelante acumuladas, fueron admitidas mediante providencias en las cuales se negó el decreto de suspensión provisional solicitado, que, posteriormente fueron notificadas al señor Ministro de Gobierno, como representante legal de la demandada, o sea, la Nación, quien constituyó apoderado especial, el cual se opuso a las pretensiones de la demanda, alegó de

conclusión durante el término de traslado y, además, en una de ellas propuso la excepción de inepta demanda por no haberse cumplido con el requisito de expresar el concepto de la violación.

El señor Fiscal, por su parte, rindió su concepto de ley.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LA OPOSICION

El señor apoderado de la Nación -Ministerio de Gobierno- se opuso a las pretensiones de las demandas, con fundamento en las siguientes consideraciones, que se sintetizan así:

1a. Se olvida el demandante que las entidades públicas deben acomodar sus **gastos de funcionamiento e inversión fiscal** correspondientes de acuerdo con los rubros presupuestados por el Ministerio de Hacienda y aprobados por el Congreso Nacional.

Entidad pública que quiera funcionar con eficiencia y medida, debe calcular sus gastos e **invertir** para su funcionamiento y organización. La palabra INVERTIR está ínsita dentro de los gastos de funcionamiento, pues inversión es acción y efecto de invertir. Si no fuese por estas normas -las de los artículos 4 y 14 demandados- nunca sabría el Ministerio de Hacienda, o el Gobierno Nacional, qué es lo que realmente requiere cada entidad para poder funcionar con efectividad y cuáles son sus gastos de inversión.

De otra parte, la norma reglamentada es COERCITIVA puesto que expresa que las entidades públicas DEBERAN elaborar anualmente un programa general de compras que incluirá todos los bienes que se requieran para su funcionamiento y organización, y no había necesidad de que el ejecutivo utilizara los sinónimos y se explayara en asuntos que el mismo decreto que ahora se impugna concretaba.

2a. Hay similitud entre las normas reglamentarias y la reglamentada, pues ambas hablas de que "ELABORARAN" los programas de compras, y los gastos de funcionamiento o inversión están ínsitos en esas normas.

3a. Los artículos 4, 8 y 14 armonizan con normas de mayor jerarquía, en especial con las contempladas en el decreto 294 de 1973, artículo 151, que entrega la vigilancia "administrativa y económica del presupuesto al Ministerio de Hacienda -Dirección General del Presupuesto-.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación solicita se nieguen las pretensiones de las demandas acumuladas, por considerar que, conforme al Decreto 294

de 1973 -que regía entonces-, orgánico del Presupuesto de la Nación, todas las disposiciones en materia presupuestal deben ceñirse a él y es el instrumento para cumplir las metas y objetivos fijados en los planes y programas de Desarrollo Económico y Social y en los planes de inversiones públicas, y que según los artículos 37 y 38 la Dirección General del Presupuesto tiene entre sus facultades la de abstenerse de tramitar acuerdos de gastos de Ministerios que no cumplan con el requisito de presentar anteproyectos y para formular pliegos de observaciones.

Que, por su parte, el decreto 077 de 1976, que vino a modificar la estructura del Ministerio de Hacienda, determina que entre las funciones que le corresponden a la Dirección General del Presupuesto se encuentra la de control administrativo del Presupuesto General de la Nación, que obviamente se contrae a la vigilancia administrativa y económica de las actividades presupuestadas.

Por lo demás, del contexto del decreto 222 de 1983, se desprende el fin del mismo, el cual es el de ejercer vigilancia sobre los contratos de la Nación y las entidades descentralizadas.

V. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

1a. En cuanto hace relación a los artículos 4 y 14 acusados.

Excepción de inepta demanda. La excepción, propuesta por el señor apoderado de la Nación - Ministerio de Gobierno- no está llamada a prosperar, por cuanto la Sala, analizando la demanda, encuentra que, como se ha visto, el actor sí indica la razón o razones por las cuales considera que se han quebrantado el artículo 120-3 de la Constitución, la norma reglamentada y el decreto 294 de 1973, artículo 15. Cosa diferente es que, para la parte demandada, esas disposiciones constitucionales o legales no lo hayan sido.

Entrando ya al fondo del asunto, la Sala encuentra que el fundamento de la acción, en cuanto hace a los artículos 4 y 14 del decreto acusado, es el mismo: considera la parte actora que mientras la norma reglamentada habla de que el programa anual de compras incluirá los bienes requeridos para el **funcionamiento y organización** de las entidades oficiales, la norma o normas reglamentarias indicadas crea la obligación de elaborar esos mismos planes anuales incluyendo todo tipo de bienes muebles, sean éstos destinados al funcionamiento y organización de la respectiva entidad, o a las inversiones propias de la misma, no obstante que una cosa son los gastos de funcionamiento y otros los gastos de

inversión, como claramente lo establece el entonces vigente estatuto orgánico del presupuesto nacional, hoy subrogado por la ley 38 de 1989.

Sobre este particular la Sala reitera lo que expresara con motivo de la decisión sobre suspensión provisional de los artículos 4 y 14 del decreto acusado: es la anterior una deducción del demandante por cuanto en los artículos 4 y 14 del decreto 0751 de 1984 no aparecen específicamente los llamados gastos de inversión, y, además, estas disposiciones fueron dictadas para reglamentar el artículo 137 del decreto 222 de 1983, el cual, a su vez, autoriza al Gobierno para reglamentar la elaboración anual del programa general de compras de todos los bienes **muebles,** se entiende pues, la norma hace parte del capítulo que regula los contratos de compra-venta de ellos que para "su funcionamiento y organización" (únicamente) requieran las entidades a que se refiere dicho decreto extraordinario.

Esos planteamientos de la Sala no han sido desvirtuados en el curso del proceso por la parte actora, y, por ello, habrá de denegarse las pretensiones de la demanda en cuanto hace a los artículos 4 y 14 del decreto acusado.

2o. En cuanto hace relación al artículo 8o. del decreto 751 de 1984.

Como se ha visto, en cuanto hace relación a la solicitud de nulidad del artículo 8o. del decreto acusado, los fundamentos de la acción son: a) se quebrantaron las normas contenidas en los numerales 9o. y 10 del artículo 76 de la Constitución, por cuanto mediante decreto ejecutivo, y no a través de la ley, se modificaron las atribuciones de la Dirección General del Presupuesto otorgadas por el decreto-ley 077 de 1976, entre las cuales no se encuentra la atinente a la facultad o competencia para intervenir en los programas de compras de todos los demás Ministerios y Departamentos Administrativos, razón por la cual también se quebrantó el artículo 120-3 de la Constitución; b) los literales c) y d) del artículo 3o. del decreto ley 1050 de 1968, también se quebrantaron, por cuanto ellos le otorgan competencia a los Ministerios y Departamentos Administrativos para "atender los servicios que les están asignados y dictar.....las normas necesarias para tal efecto" y "preparar los planes y programas de inversiones y otros desembolsos públicos correspondientes a su sector y los planes de desarrollo del mismo", porque se está permitiendo una ingerencia indebida de una Dirección General de un Ministerio en funciones que le corresponden a otras agencias estatales; y c) se violó, igualmente, la norma reglamentada y con ello el artículo 120-3 de la Constitución, por cuanto según esta norma le corresponde a cada "entidad", a que se refiere el estatuto contractual, elaborar anualmente un programa general de compras, y el reglamento, a que se refiere el precitado artículo 137 del decreto ley 222 de 1983, sólo debe establecer el procedimiento y trámites que debe seguir cada una de esas entidades para elaborar el mencionado plan, agotándose allí la facultad reglamentaria.

Para la Sala, ninguna de las normas indicadas como quebrantadas por el

accionante lo han sido con motivo de la expedición del artículo 8o. del decreto acusado, por cuanto: a) entre las funciones que le corresponden a la Dirección General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se encuentran: Art. 3o. -5. dirigir la ejecución del Presupuesto"; "14. Ejercer la vigilancia administrativa y económica de las actividades presupuestales"; y "22. Llevar a cabo las actividades que se deriven de la Ley Orgánica del Presupuesto y las que le encomiende el gobierno", lo que se encuentra en concordancia con lo preceptuado en el artículo 127 del decreto-ley 294 de 1973 -anterior Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación-, según el cual "corresponde al Ministerio de hacienda y Crédito Público -Dirección General del Presupuesto- **la vigilancia administrativa y económica de las actividades presupuestales de todas las dependencias del gobierno, conforme a las instrucciones del Presidente de la República,** sin perjuicio del control numérico legal que corresponde ejercer a la Contraloría General de la República.....Los Delegados de Presupuesto harán cumplir las normas legales y reglamentarias sobre el gasto público, **velarán por el uso eficiente de los recursos públicos.....**" (subrayados fuera de texto), por manera que no es cierto, como se sostiene, que se hayan modificado por decreto simplemente ejecutivo funciones o las funciones que la ley le asigna a la Dirección General del presupuesto del Ministerio de Hacienda, o que se le hayan arrebatado a los demás Ministerios, diferentes al de Hacienda y Crédito Público y a los Departamentos Administrativos, otras funciones que la ley radique de manera exclusiva en dichos entes, pues es claro que para efectos del buen manejo de los recursos presupuestales del Estado debe existir una unidad programática en materia de compra de bienes muebles, en aspectos tales como, por ejemplo, análisis de precios, conveniencias o necesidades que justifiquen el gasto, austeridad en el mismo y sujeción a las normas presupuestales dictadas, y debe existir como en efecto existe, un ente estatal, que por su especialidad y la preparación de los funcionarios y órganos que lo integran, sea el rector de toda esa política de compras; b) de modo tal que, la preparación de planes o programas de inversión y de otros gastos o desembolsos públicos correspondientes a un sector, salud, educación, comunicaciones, etc., por ejemplo, que corresponde a los ministerios y departamentos administrativos, según el decreto ley 1050 de 1968, tienen que estar en consonancia con las instrucciones presidenciales y los programas del gobierno sobre conveniencia o necesidad del gasto, austeridad del mismo, política de precios, etc., que determine la Dirección General de presupuesto del Ministerio de hacienda, pues no sería lógico que unos ministerios y departamentos administrativos tengan en cuentas esas conveniencias o urgencias nacionales y sigan una política de precios o de austeridad y otras no las tengan o sigan otras muy diferentes; y c) por cuanto el control de la Dirección General del Presupuesto Nacional, para que todo ello se cumpla -austeridad, conveniencia u oportunidad del gasto, política de precios, ejecución racional y ordenada del Presupuesto-, en ejercicio del poder de vigilancia administrativa y económica que le confiere la norma orgánica o reorgánica del Presupuesto, no implica que los demás ministerios y los departamentos administrativos no puedan ejercer, de manera regular y conforme a las instrucciones

presidenciales y a los reglamentos que expida el jefe del Estado y de la administración, la de "elaborar anualmente un programa general de compras", ni es cierto que el reglamento a que se refiere el artículo 137 del decreto 222 de 1983, deba limitarse a señalar el procedimiento o trámites que se deben seguir en cada una de las entidades públicas para ello, y nada más que ello.

En consecuencia, tampoco esta súplica de las demandas acumuladas está llamada a prosperar.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de las demandas acumuladas, promovidas por el ciudadano ALVARO ESCOBAR HENRIQUEZ.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Gobierno y al señor Director General del Presupuesto Nacional, y archívese el expediente.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

ALCALDE / FUNCION DE POLICIA / SUSPENSION PROVISIONAL
Improcedencia

La disposición de la Asamblea que pretende que después de las cuatro de la mañana ningún establecimiento debe estar funcionando, no significa que los alcaldes tienen la obligación de permitir su funcionamiento hasta esa hora. Está ad libitum de ellos, obrando por razones del bien común, reglamentar el cierre antes de ese límite. No se vislumbra ahora fundamento para decretar la suspensión provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 1º del Decreto 214 de 1990 (agosto 30) modificado por el Decreto 255 / 90 (septiembre 27) emanados de la Alcaldía de Armenia (Quindio).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1656. Apelación interlocutorios. Actor: Jaime Cortés Pérez.

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío llega a esta Corporación, en virtud del recurso de apelación interpuesto por la procuradora judicial del Municipio de Armenia, el auto de fecha 29 de noviembre de 1990 que admite la demanda y decreta una suspensión provisional.

LA PROVIDENCIA APELADA

Se origina la decisión del a-quo en la demanda de un ciudadano que

solicita, con base en la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, que se decrete la nulidad del Decreto número 214 de 1990, "Por medio del cual se toman algunas medidas para preservar la tranquilidad ciudadana y conservar el espacio público", así como del Decreto 255 del 27 de septiembre de 1990 que modifica el anterior. Solicita, igualmente, que se decrete la suspensión provisional de los actos demandados. El Tribunal decide admitir la demanda y, al entrar a definir lo concerniente a la suspensión provisional, así discurre:

"El demandante solicita de manera expresa y sustentada en la demanda, la suspensión provisional de los decretos demandados, por considerarlos violatorios de las siguientes normas:

"1) Art. 183 del Decreto 035 de 1987 (Código de Policía Municipal de Armenia), por cuanto dicha norma le (sic) prohibe a los alcaldes tomar cualquier determinación que entre en pugna con los ordenamientos de carácter departamental que fijen horarios a los establecimientos públicos y abiertos al público, toda vez que dichos horarios están regulados en toda su extensión por las Ordenanzas 007 de 1984 y 012 de 1985. Y además, porque el inciso segundo del art. mencionado, solo autoriza al Alcalde para restringir los horarios fijados en las ordenanzas, cuando los motivos de orden público lo exijan, motivos que no fueron esgrimidos en los decretos acusados.

"El art. 183 del Decreto 035 de 1987 hace parte integrante del CAPITULO III 'ESTABLECIMIENTOS ABIERTOS AL PUBLICO' y es del siguiente tenor:

"HORARIO. Los establecimientos públicos y abiertos al público, cuya actividad primordial sea el expendio de bebidas alcohólicas para su consumo dentro de los mismos tales como cafés, bares, cantinas, discotecas, griles, tabernas, estaderos, wiskerías, podrán permanecer en actividad de acuerdo a las ordenanzas del Departamento.

"Así mismo, el Alcalde podrá restringir los horarios anteriores cuando los motivos de orden público lo exijan.

"....."

"El tema en mención fué reglamentado ampliamente por la Asamblea Departamental del Quindío, mediante las Ordenanzas 007 de noviembre 22/84 y 012 de diciembre 5/85, las cuales se encuentran vigentes, así se deduce de la constancia que obra al respaldo de las copias de dichas ordenanzas acompañadas con el libelo de demanda por el demandante.

"Como se puede observar, existiendo ordenanzas que reglamentan el tiempo en que pueden permanecer en actividad los establecimientos públicos y abiertos al público, mal puede el alcalde restringir o cambiar esos horarios, violando la jerarquía normativa del Derecho Colombiano, ya que los Decretos que dicta el Alcalde están subordinados a las ordenanzas, por ser éstas de mayor jerarquía".

Más adelante, dice la providencia cuestionada:

"En consecuencia, de la sencilla comparación normativa se hace evidente la contradicción de los decretos acusados, con la norma superior a la que deben estar sometidos, esto es, a las ordenanzas 007 de noviembre 22/84 y 012 de diciembre 5/85, conforme a lo establecido por el art. 183 citado".

Y concluye el Tribunal:

"Siendo obvia la violación del art. 183 del Decreto 035 de 1987 al expedirse los actos acusados, prospera el pedimento de adopción de la medida cautelar solicitada por el demandante, pero únicamente en lo que hace relación con el artículo 10. del Decreto número 214 de 1990, modificado por el decreto 255 del mismo año, por cuanto en lo que hace relación a los demás numerales del acto administrativo inicialmente nombrado, el peticionario no sustentó debidamente su pedimento".

En consecuencia de la motivación expuesta, el Tribunal decretó la suspensión provisional de los efectos legales del artículo 1o. del decreto 214 de agosto 30 de 1990, modificado por el Decreto 255 de Septiembre 27 del mismo año, emanadas ambas disposiciones de la Alcaldía de Armenia.

CONSIDERACIONES:

Si se revisa la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de suspensión provisional, se podrá observar cómo a lo largo de varias décadas se ha dicho en forma ostensible y reiterativa que para decretar tal medida precautelativa, en tratándose de la acción pública de nulidad, es suficiente que aparezca, prima faciae, ostensible el quebranto de las normas o de una norma superior sea ésta de carácter constitucional o legal. No es requerible, por ende, un estudio jurídico profundo cuya ocurrencia está destinada a etapas posteriores del proceso. Basta entonces la comparación del acto demandado con la norma superior que parece contradecir.

En el caso sub-iudice se observa:

a). Se puede asegurar que la presentación del caso es equívoca cuando, en

la enunciación de "Los hechos que sirven de fundamento a la acción" (folio 78), cita como parte del artículo 183 el Decreto 035 de 1987: "Queda prohibido el consumo de bebidas alcohólicas en establecimientos abiertos al público entre las 5 a.m. y 10 a.m.", aumentando en dos horas la permisibilidad de la norma, pues ésta señala más bien que es entre las tres de la mañana y las diez (de la mañana).

b). Por su parte, en paradójico contraste con lo anterior, la providencia recurrida no menciona el dicho horario aunque sí fundamenta el él la razón de su decisión.

En efecto, a folio 93, y según fue ut retro transcrito, el auto bajo el subtítulo "HORARIO" copia parcialmente el artículo pertinente, pero, al llegar al inciso tercero sólo copia las comillas reemplazando el texto del horario por puntos suspensivos, quedando sin piso la afirmación subsiguiente en el sentido de que "Como se puede observar, existiendo ordenanzas que reglamentan el principio en que pueden permanecer en actividad los establecimientos públicos y abiertos al público, mal puede el Alcalde restringir o cambiar esos horarios, violando la jerarquía normativa del Derecho Colombiano, ya que los Decretos que dicta el Alcalde están subordinados a las ordenanzas, por ser éstas de mayor jerarquía". Hace alusión lo expresado por el a-quo a las Ordenanzas 007 de noviembre 22 de 1984 y 012 de diciembre 5 de 1985 las cuales, afirma, están vigentes.

c). Es cierto lo afirmado por la providencia. Las ordenanzas mencionadas reglamentan lo relacionado con los horarios de apertura al público de los establecimientos en ellas relacionados y obra bien el juzgador de la primera instancia al no mencionar ninguna de sus disposiciones en particular, pues lo que se debe tener presente es el contenido in extenso de las mismas buscando e interpretando su intención teleológica. Es por ello de obvia deducción que lo pretendido por las ordenanzas en comento es el bienestar de la comunidad sin afectar intereses particulares que, de todas maneras, deben estar supeditados al interés de aquella. Cuando la Ordenanza número 007 de 1984 señala unos horarios, pero en su artículo 7o. autoriza a los alcaldes para "acoger esta Ordenanza como estatuto complementario o en su defecto reglamentar el horario de los establecimientos que se definen por las presentes disposiciones, sin exceder de las cuatro de la mañana (4:00 a.m.), salvo en las celebraciones aniversarias o de tradiciones populares, para los que podrá señalar un tratamiento especial", está demarcando un límite horario que los alcaldes no podrán transgredir "salvo en las celebraciones aniversarias o tradiciones populares". Es esa la abstracción en que incurre el auto recurrido. El Alcalde de Armenia, según aparece en un primer análisis, no está restringiendo horario alguno sino que, valiéndose de la prerrogativa conferida a todos los alcaldes del Departamento en el citado artículo 70. de la Ordenanza, está reglamentando el horario de los establecimientos allí definidos, sin exceder el tope de las cuatro de la mañana (4:00 a.m.) fijado por la norma patrón. En otras palabras, lo que la disposición de la Asamblea pretende es que después de las cuatro de la mañana, ningún

establecimiento debe estar funcionando, sin que ello signifique que los alcaldes tienen la obligación de permitir su funcionamiento hasta esa hora. Está ad libitum de ellos, obrando por razones del bien común, reglamentar el cierre antes de ese límite.

En cuanto a los motivos de orden público, las tesis siguen teniendo plena validez. Es que toda actividad de las autoridades en cumplimiento de la función policial tiene como finalidad el mantenimiento del orden público. La Ordenanza 007 de 1984 fue dictada, especialmente, en uso de las facultades consagradas en el artículo 187, numeral 9 de la Constitución Política que reza en su texto:

"Corresponde a las asambleas, por medio de ordenanzas:

"....

"9o.). Reglamentar lo relativo a la policía local en todo aquello que no sea materia de disposición legal;".

El orden público no se mantiene únicamente cuando la policía interviene para suspender los actos perturbadores o para sancionar a quienes lo subvierten sino de manera primordial, cuando actúa para prevenirlos y evitarlos. La prevención de la criminalidad se convierte así en la mejor y más efectiva labor de la policía. El Decreto demandado, el señalado con el número 214 de 1990, dictado por el señor Alcalde de Armenia (Quindio), parece interpretar esta filosofía cuando motiva así su encabezamiento: :Por medio del cual se toman algunas medidas para preservar la tranquilidad ciudadana y conservar el espacio público".

Es posible que en el transcurso del proceso se presenten elementos que lleven al juzgador al convencimiento de que el acto atacado agrede las disposiciones superiores señaladas por la parte actora; pero no se vislumbran ahora como fundamento para tomar una medida de tan serias consecuencias como es la suspensión provisional de un acto administrativo que conlleva, como es natural, la quiebra temporal del engranaje en la administración pública, razón por la cual esta Corporación ha sido siempre enfática en la prudencia que se debe tener para decretarla.

En razón de lo expuesto, la Sala de lo contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera,

RESUELVE:

REVOCAR el auto de 29 de noviembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante el cual decreto la suspensión provisional de los efectos legales del artículo 1o. del Decreto 214 de agosto 30 de 1990,

modificado por el Decreto 255 de septiembre 27 de 1990, "POR MEDIO DEL CUAL SE TOMAN ALGUNAS MEDIDAS PARA PRESERVAR LA TRANQUILIDAD CIUDADANA Y CONSERVAR EL ESPACIO PUBLICO", ambos actos emanados de la Alcaldía de Armenia (Quindio).

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 17 de abril de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M. Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia / **ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES** - Directivos

La fronda normativa que circunda la manifestación de voluntad administrativa cuestionada y que sirvió de génesis para su expedición, no permite advertir la contradicción en forma palmar, primaria y ostensible de los mandatos jurídico-positivos cuya tutela objetiva se ha invocado.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de algunas normas del Acuerdo 29/70 (septiembre 14) proferido por el Concejo Municipal de Medellín "por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Medellín y se dictan otras disposiciones".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1640. Apelación Interlocutorio. Actor: GLORIA MARY VELEZ Y OTROS.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el primero de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, por medio del cual se decretó la suspensión provisional de algunas de las normas cuya nulidad se había solicitado en la demanda.

La acción inicialmente interpuesta pretende la declaratoria de nulidad de los artículos 6º, 7º, 8º y 9º del Acuerdo No. 29 del 14 de septiembre de 1970, "Por el cual se expiden normas sobre la composición de la Junta Directiva de las

Empresas Públicas de Medellín y se dictan otras disposiciones", proferido por el Concejo Municipal de Medellín, así como la declaratoria de que se encuentran derogados tácitamente el Acuerdo No. 58 del 6 agosto de 1955, emanado del Consejo Administrativo de Medellín, "por medio del cual se organiza el Establecimiento Público Autónomo encargado de la Administración de los Servicios Públicos de Energía eléctrica, Acueducto, Alcantarillado y teléfono" y el Decreto No. 375 del 18 de noviembre de 1955, proferido por el Señor alcalde Municipal de Medellín y "por el cual se expiden los estatutos del Establecimiento Público Autónomo "Empresas Públicas de Medellín".

Se solicita en la demanda también la suspensión provisional de los artículos acusados de nulidad. Para tal efecto, sustenta la petición diciendo que el artículo 6o. del Acuerdo impugnado, "viola directamente el artículo 197, atribución 6a. de la Constitución Nacional al no estar atribuida expresamente como una facultad de los Concejos Municipales la elección de Auditores Autónomos en entidades descentralizadas, resulta obvio que se está ejerciendo una competencia no atribuída por la Constitución o por la ley a los cuerpos edilicios". Manifiesta también que dicho artículo viola el 190 inciso 2o. de la Carta que atribuye el control fiscal de los municipios a las contralorías departamentales y, únicamente por vía legislativa, a las municipales, "situación esta última en la cual se encuentra el Municipio de Medellín, está ejerciendo una competencia que, por ley, está atribuida a un funcionario diferente al Concejo Municipal desde 1948". Acota, por otra parte, que las funciones del Auditor de las Empresas Públicas de Medellín están señaladas en el artículo 69 del Decreto 375 de 1955 cuya derogación dice el solicitante haber demostrado hasta la saciedad pero que, pese a ello, "el Concejo consideró vigente en el artículo 8o. del Acuerdo impugnado, al punto de no señalar sus funciones, con lo cual abiertamente violó el artículo 63 de la Constitución Nacional" el cual determina que no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones señaladas en ley o reglamento.

Encuentra el actor violado el artículo 62 de la constitución Nacional al fijarse, en el parágrafo del artículo 6o., las calidades y antecedentes que debe reunir el funcionario que ocupe dicho cargo sin que exista ley o norma constitucional que las determine.

Sobre el artículo 7o. del Acuerdo, lo encuentra violatorio del artículo 197, atribución 3a. de la Carta, "pues al nivelar la categoría del Auditor con la del Contralor, igualó a quien debería ser un subalterno con el superior, desconociendo "... las escalas de remuneración correspondientes a **las distintas categorías de empleos".**

Al sustentar la solicitud de suspensión del artículo 8o., manifiesta que éste, en sus incisos 1o. y 2o., "revive normas derogadas por el Decreto 0247 del 4 de octubre de 1957, ratificado por el plebiscito del 1o. de diciembre de ese año, que dejó sin vigencia el acto legislativo No. 5 de 1954, y por la Ley 141 de 1961

del 16 de abril de 1961, en su artículo 1o., que derogó tácitamente el Decreto 1816 del 1o. de julio de 1955 y, en consecuencia, disposiciones tales como el Acuerdo No. 58 de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín y el Decreto 375 de 1955 del Sr. Alcalde Municipal, que se apoyaban en dichos Acto Legislativo y Decreto Nacional; este artículo 8o. al señalar que "El Auditor podrá ser reelegido indefinidamente y removido por las causales **que establezcan los estatutos** (. .....). Las funciones del Auditor serán las **contenidas en los Estatutos** (S.N.), viola directamente el artículo 14 de la ley 153 de 1887, que señala la no supervivencia de normas derogadas por la sola referencia que a ellas se haga y transgrediendo, además, las disposiciones que abolían dichos Acuerdo 58 y Decreto 375".

Por ser también violatorio, según su expresión, del artículo 15 de la ley 153 de 1887, demanda el actor la suspensión provisional del artículo 9o. del Acuerdo que se impugna pues éste carece de efectos por sustracción de materia, no pudiéndose derogar lo que ya está derogado.

CONSIDERACIONES:

Por lo que se acaba de relacionar y transcribir, resulta indubitable que las solicitudes planteadas por el accionante son de una complejidad tal que bien merecen un detenido estudio no solamente para llegar a la conclusión final que desate la litis sino, y quizá con mayor razón, para tomar una medida precautelar que, como la suspensión provisional es de carácter excepcional. Es que, nótese bien, en el caso presente, no se está invocando una infracción a normas de ayer, como que sus raíces normativas se remontan a más de cuarenta años de vida jurídico-administrativa.

Es ello tan cierto, que si se paran mientes al solo enunciado del punto C en la puntualización de la petición de suspensión provisional, se colige que el análisis de las diversas proposiciones jurídicas comprendería un acervo de normatividad interpretable que comenzaría en el Acto Legislativo No. 5 de 1954, sin omitir las consideraciones atinentes al artículo 14 de la Ley 153 de 1887. Dicho en palabras del actor:

> "El artículo 8o. del Acuerdo No. 29 de 1970, en sus incisos 1o. y 2o., revive normas derogadas por el Decreto 0247 del 4 de octubre de 1957, ratificado por el plebiscito del 1o. de diciembre de ese año, que dejó sin vigencia el acto legislativo No. 5 de 1954, y. . . . . ".

Lo que implica para el juzgador la confrontación de esas normas y, además, de la Ley 141 de 1961, del Decreto 1816 de 1955, del Acuerdo No. 58 de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín, del Decreto 375 de 1955, normas estas que conllevan en su conformación toda una fenomenología política y sociológica, amén de jurídica, y ad látere de ésta, una multiplicidad de circunstancias que

reflejan la inestabilidad legal de la República en una época en que la ley era ondeante y acomodada a los regímenes del momento; como que fueron las épocas del paso de la democracia a la dictadura y, de ésta, al restablecimiento del orden jurídico a través del Gobierno de la Junta Militar y de los primeros períodos del denominado Frente Nacional. Por eso habría que examinar y lucubrar con mayor profundidad, a manera de ejemplo se expresa, la incidencia sobre toda normatividad anterior, del Decreto Legislativo número 0247 de 1957 cuando establece que "La Constitución Política de Colombia es la de 1886, con las reformas de carácter permanente, introducidas hasta el Acto Legislativo número 1 de 1947 inclusive".

En ese orden de ideas, habría que tomar cada una de las normas involucradas y tener en cuenta las directrices jurisprudenciales que arrojen luz sobre casos particulares en los que, fácilmente, se pueden tomar decisiones precipitadas con resultados muchas veces negativos e irreversible. A este propósito, es oportuna la cita que de una providencia de la Corte trae uno de los impugnantes de la medida cautelar sub iuris:

> "En estas condiciones ha de entenderse que el artículo 9 de la Ley 153 de 1887 sobrevive como principio general cuando enuncia que la constitución es la ley reformatoria y derogatoria de la Legislación preexistente, pues aquella se impone como norma superior o soberana. Pero ello no significa que cuando ley anterior a un nuevo precepto constitucional resulte contraria a éste, sólo haya el camino de la excepción, el de desecharla como insubsistente y dejar de aplicarla en un caso concreto, con el riesgo de decisiones contradictorias y la consecuente incertidumbre, casi indefinida, sobre su vigor, por que (sic) también una norma constitucional posterior a dicha Ley 153 de 1887 el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, organizó un sistema general de control de Constitucionalidad de todas las leyes, mediante acción pública, para decisiones definitivas, en orden a preservar la integridad de la Carta, sin distinguir si se trata de un ataque directo a la norma superior en vigencia, o de uno sobreviviente, por la presencia de una disposición constitucional que no existía al momento de expedirse la Ley". (Providencias del 28 de agosto de 1970 y marzo 25 de 1971, folio 143 del expediente).

Con estas y parecidas razones, el ciudadano que interviene en el proceso en calidad de tercer impugnador, afirma que el Decreto 1816 de 1955 se encuentra vigente y que no debe darse por insubsistente sin el correspondiente pronunciamiento del organismo competente, asunto que debe tener oportunidad de ventilarse en el proceso.

La trascendencia de lo que del dicho análisis se concluya, no sería factible de mesurarse para los solos efectos de la medida cautelar, sin que esté latente la posibilidad de estar pisando los terrenos de una decisión que correspondería a la sentencia definitiva.

Cabe, por otra parte, como hecho nuevo de posible consideración en su debida oportunidad, anotar que la Ley 53 de 1990 (Diario Oficial No. 39615 de 31 de diciembre de 1990), faculta a los Concejos Municipales para elegir "auditores o revisores de las entidades descentralizadas cuando las disposiciones vigentes así lo autoricen". Y sobre esa previsión legal sería del caso discurrir sobre cuál o cuáles fueron las disposiciones vigentes que autorizaron la elección del prenombrado funcionario.

Además de lo ya dicho, difícil tarea le espera al juzgador cuando teniendo que llegar a una solución de los silogismos propuestos en los extremos de la litis, debe constatar que éstos hayan sido expuestos en su verdad y literal, imprescindible a la debida y recta administración de justicia. En el caso que nos ocupa, ya se ha sugerido que es asaz intrincado el cotejo que debe hacerse para la dilucidación conforme a derecho de lo demandado por la parte actora. Pero está visto que ésta no solo y para el exclusivo efecto de la medida precautoria, ofrece y cita contenidos normativos que demandan necesariamente una serie de enfoques interpretativos en cuanto dice relación a fenómenos de derogación y vigencia, sino que no le presta favor jurídico a la medida impetrada agregándole a las normas positivas, motu propio, locuciones o precisiones que ellas no contienen.

La ley 141 de 16 de diciembre de 1961 "Por la cual se adopta una legislación de emergencia y se dictan otras disposiciones", dispone en el primero de sus dos artículos: "Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores".

Los abogados demandantes resolvieron corregir y aumentar lo dicho por el legislador de 1961 y así "transcriben" el texto: ".....como leyes **únicamente los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución...."** (Las subrayas son del mismo libelo). No es este, sin embargo, el momento procesal oportuno para marcar la incidencia que el limitante adverbio "únicamente" pudiera tener sobre el litigio en cuestión, pero es válida y verdadera la observación consignada sobre el punto por la parte impugnante (fl. 163).

La fronda normativa, ha de iterarse, que circunda la manifestación de voluntad administrativa cuestionada y que sirvió de génesis para su expedición, no permite a juicio de la Sala, advertir la contradicción en forma palmar, primaria y ostensible de los mandatos jurídico-positivos cuya tutela objetiva se ha invocado. La precisión que funda la ilegalidad, v. gr. del artículo 8o. del Acuerdo No. 29 de 1970, cuya suspensión se ha deprecado, "revive normas derogadas por el Decreto 0247 de 4 de octubre de 1957, que dejó sin vigencia el

Acto Legislativo No. 5 de 1954 y por la Ley 141 de 1961 del 16 de abril de 1961 en su artículo 1o. que derogó tácitamente el Decreto 1816 de 1º de junio de 1955", es un juicio que en los dominios de la técnica jurídica se introduce en el ámbito de validez temporal de las normas jurídicas, determinando, sin hesitación alguna, la necesidad de un estudio en relación con la esfera de temporalidad, para establecer si en realidad esos esquemas jurídicos se encontraban o no vigentes.

La télesis de la suspensión provisional discurre sobre una confrontación simple que excluye el análisis o examen para llegar a la conclusión de su validez o nulidad, por lo que, si como acontece en el caso sub-lite, éste se impone, la medida precautelar invocada no procede.

Se tiene entonces, por lo expuesto, que no se da el requisito de la manifiesta infracción exigido por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo para que proceda la suspensión provisional del acto administrativo demandado y es por ello que el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

REVOCAR el auto apelado de fecha 1o. de diciembre de 1989, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto en su numeral 7o. decretó la suspensión provisional de algunas normas cuya nulidad se solicitó. En su lugar se dispone, **NEGAR** la suspensión provisional de los actos acusados.

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de abril de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M. Secretario.

CABECERA MUNICIPAL - Traslado

No se cumplió con los requisitos señalados en los literales a) y b) del artículo 68 del C. R. D. No aparece solicitud alguna pidiendo el cambio de la cabecera municipal, solicitud que debió haberse dirigido al Gobernador del Departamento para que éste la presentara a la Asamblea, junto con el concepto de conveniencia o no del traslado.

CONFIRMA LA NULIDAD DE LA ORDENANZA numero 013 de 1988 expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejo Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1568. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 25 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Actor LUIS SANCHEZ CORREA.

Corresponde decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la referencia, por medio de la cual se decretó la nulidad de la ordenanza No. 013 de 1988 expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, por la que se modifica el artículo 5o. de la Ordenanza No. 19 de 1982 y se dictan otras disposiciones.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

1. Considera el a-quo que las Asambleas deben sujetarse a la Constitución y a la ley, es decir, deben respetar el orden jerárquico.

2. Que el Decreto 1222 de 1986, en su artículo 68, consagra la competencia que tienen las Asambleas para trasladar las cabeceras de los Municipios a otros lugares con el lleno de determinados requisitos.

3. Que en lo que respecta a los requisitos establecidos en los literales a, b, y d, del artículo 68 del citado Decreto, no se cumplieron por parte de la Asamblea Departamental de Boyacá al ordenar el traslado de la cabecera municipal de Chíquiza, lo que conduce a proferir sentencia decretando la nulidad de la Ordenanza acusada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El Alcalde Municipal de Chíquiza y el Gobernador del Departamento de Boyacá a través de sus apoderados recurrieron la sentencia, con base en los siguientes argumentos:

a) El no cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 1222 de 1986, artículo 68, debe acreditarse con pruebas.

b) El actor, a quien correspondía la carga de probar, no demostró que dichos requisitos fuera omitidos por la Asamblea Departamental.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

El colaborador Fiscal de la Corporación conceptuó que la sentencia debe ser confirmada, toda vez que en el proceso obran las pruebas que acreditan que la Asamblea Departamental omitió el cumplimiento de los requisitos exigidos para el traslado de la Cabecera Municipal de Chíquiza a otro lugar.

IV. LA DECISION

Para resolver se

CONSIDERA:

1. Prescribe el artículo 68 del decreto 1222 de 1986:

"Las Asambleas Departamentales podrán trasladar las Cabeceras de los Municipios a otros lugares dentro de los respectivos territorios, siempre que se llenen los siguientes requisitos"

a.- Solicitud hecha por más de 500 ciudadanos del respectivo municipio debidamente razonada.

b.- Que el lugar que aspira a la cabecera Distrital esté constituído en su

parte urbana por más de 200 familias, y que en él residan habitualmente un número de ciudadanos aptos para el desempeño de los destinos públicos Municipales.

c.- Que haya, además, en el lugar locales adecuados para Escuelas, Casa Municipal, Cárcel o que éstos puedan fácilmente adquirirse.

d.- Que los vecinos interesados en el traslado presenten una certificación del respectivo municipio sobre vecindad.

e.- Que el respectivo Gobernador conceptúe favorablemente, previo un detenido estudio de las condiciones del lugar que aspire a ser erigido Cabecera Municipal y del otro donde éste exista.

f.- Que se oiga previamente al respectivo Concejo Municipal sobre la convivencia de realizar el traslado de la cabecera municipal al lugar que indiquen los solicitantes. Este concepto no es obligatorio".

2. De las pruebas aportadas al proceso aparece claro que no se cumplió con los requisitos señalados en los literales a) y b) del art. 68 del Código de Régimen Departamental. En efecto, encuentra la Sala que al folio 23 del Cuaderno primero obra una certificación expedida por la Secretaría del Gobierno Departamental, en que se afirma que revisados los archivos no aparece solicitud alguna pidiendo el cambio de la Cabecera Municipal de Chíquiza, solicitud que debió haberse dirigido al señor Gobernador del Departamento, para que éste la presentara a la Asamblea, junto con el concepto de conveniencia o no del traslado; al folio 6o. del cuaderno primero se encuentra la Inspección Judicial practicada por el juzgador de primer grado, en la que pudo constatar que en el lugar a donde fue trasladada la Cabecera Municipal de Chíquiza existen sólo 38 casas, lo que le permitió en la sentencia concluir que tampoco se cumplió el requisito exigido en el literal b.

Estando acreditado debidamente que los requisitos a que se refiere el artículo 68 del citado Decreto no fueron satisfechos por la Asamblea Departamental, se impone confirmar la sentencia objeto de la alzada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de fecha julio 25 de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 17 de abril de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones / **GOBERNADOR** - Funciones / **PUBLICACION / ORGANO DE DIVULGACION/GACETA DEPARTAMENTAL/CONTRALORIA DEPARTAMENTAL** - Funciones

La Asamblea Departamental no podía asignarle a la sección de impresiones y publicaciones de la Contraloría, la función de imprimir las Ordenanzas del Departamento, la publicación de los Anales de la Asamblea y de la Gaceta Departamental, por cuanto esa impresión y publicación debe hacerse en boletines o gacetas departamentales cuya dirección "corresponderá a la dependencia u oficina que señale el gobernador o alcalde respectivos", función que no puede corresponder al jefe del organismo encargado de la fiscalización de la Administración.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de los artículos 2º. 3º, 5º, 6º en cuanto a las frases "de las Ordenanzas del Departamento", "la publicación de los Anales de la Asamblea" y "la Gaceta Departamental" y 10 de la Ordenanza número 7 de diciembre 6 de 1989, proferida por la Asamblea de Norte de Santander.

REPRODUCCION DEL ACTO ANULADO

Mediante los artículos suspendidos provisionalmente por el a-quo, se está reproduciendo disposiciones administrativas que ya habían sido anuladas por esta jurisdicción. Como esa reproducción está prohibida por la ley, a menos que haya desaparecido con posterioridad a la sentencia, los fundamentos legales de la anulación, lo que no ha acontecido, la Sala encuentra que era viable la suspensión cuestionada, no obstante lo cual no hará pronunciamiento alguno por no haberse recurrido esta parte de la providencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinticinco (25 de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejo Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1700. Juicio de nulidad en relación con la Ordenanza No. 07 de 1989, expedida por la Asamblea del Departamento Norte de Santander. Recurso de apelación contra la providencia que decidió la solicitud de suspensión provisional. Actor: SAMUEL CARDENAS ALVAREZ

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en el proceso de la referencia, contra el numeral 2o. de la providencia de agosto 31 de 1990, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Norte de Santander decretó la suspensión provisional tan sólo de los artículos 3º, 5º y 10º de la Ordenanza No. 07 de diciembre 6 de 1989, proferida por la Asamblea de dicho Departamento.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

El a-quo decretó la suspensión provisional de las normas precitadas, en cuanto por ellas: a) se le asigna al Contralor General del Departamento la facultad o competencia para reglamentar la dirección y organización de la **sección de impresiones y publicaciones de la Contraloría;** b) la de establecer la Planta de Personal necesaria, tanto administrativa como técnica, fijando las asignaciones civiles y determinando las funciones de todos y cada uno de los empleados y de acuerdo al artículo 203, numeral 1º incisos 1.2 y 1.4 del Código Fiscal; y c) la de fijar las tarifas que deben regir para todos y cada uno de los trabajos que pueda realizar la sección, teniendo en cuanta lo previsto en los artículos anteriores y los que rijan en las principales imprentas de la ciudad, indicando los descuentos que se puedan hacer a los trabajadores de las entidades oficiales, por encontrar que esas funciones no le competen al Contralor, puesto que su función primordial es la VIGILANCIA FISCAL, conforme a los artículos 59 y 192 de la constitución Política, 17 de la ley 03 de 1986, 247 del decreto 1222 del mismo año y 1o. del decreto 2225 de 1971, analizados en la sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, de fecha 5 de abril de 1990, por la cual se confirmó la dictada por ese Tribunal que declaró la nulidad de la Ordenanza sin número de 29 de noviembre de 1982, que le dió una nueva dirección y organización a la Imprenta del Departamento Norte de Santander, y no las que se le concedieron en los artículos cuyos efectos se suspenden provisionalmente.

En cuanto a la suspensión provisional de los demás artículos que integran la Ordenanza, el a-quo consideró que no era procedente acceder a la solicitud, porque entre las funciones de las Asambleas Departamentales, se encuentra la de "Organizar la Contraloría Departamental", y, en tal virtud, bien podía crear la Sección de Impresiones y Publicaciones de la Contraloría del Departamento

Norte de Santander.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Al interponer el recurso de apelación, la parte actora lo fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) La suspensión provisional de tan sólo tres artículos de la Ordenanza, hace inocua la pretensión de la demanda y de la medida precautelativa, en el sentido de que el Contralor Departamental no continúe quebrantando la Constitución y las leyes, al ejercer funciones distintas de las de vigilancia fiscal.

b) Se hace caso omiso de la jurisprudencia del consejo de Estado y que, por repetida, se convirtió en doctrina legal, según la cual el Contralor debe circunscribirse, en sus funciones, a la vigilancia fiscal (se refiere el actor fundamentalmente a lo dicho por esta Sección al confirmar la sentencia de anulación de la Ordenanza que colocó a la Imprenta Departamental bajo la dirección y control de aquél funcionario fiscalizador).

c) En los artículos 2, 7 y 9 de la Ordenanza se regulan aspectos tales como los trabajos realizados para particulares, que de no ser anulados, convertirían a estas providencias -la de suspensión y la de nulidad- en mera farsa.

d) La Ordenanza no se puede fraccionar para "anular unos artículos y dejar otros vigentes", de lo cual resultaría "un verdadero desfase del mismo sentido común".

e) Es cierto que la Asamblea tiene facultades para organizar la Contraloría, pero por muy amplias que aquéllas parezcan, deben sujetarse a la Constitución y a las leyes, y aquélla y éstas prohiben al Contralor ejercer funciones distintas a las inherentes a la de fiscalización, como, por ejemplo, hacer trabajos para los particulares, editar la Gaceta Departamental y realizar trabajos para la Administración.

III. LA DECISION

Para resolver se considera:

1o. La Corporación tiene competencia para decidir el recurso interpuesto, pues se trata de un proceso de dos instancias, en razón de la naturaleza u objeto de la contención.

2o. La solicitud de suspensión provisional formulada por el actor, no es, ciertamente, un modelo de demanda que contenga un capítulo sobre dicha medida precautelativa, si se tiene en cuenta que no la sustenta de modo expreso,

como lo exige la ley, en el capítulo pertinente del libelo. Se limita la parte demandante, a expresar que el acto acusado en su totalidad, quebranta mandamientos constitucionales y legales, obviamente superiores en jerarquía al acto de la asamblea departamental", y que, además, eso ya no "es concepto mío sino del mismo Consejo de Estado", expresado con motivo de la expedición de la sentencia de nulidad de la Ordenanza de 1982, razón por la cual se infringió el artículo 158 del C. C. A., que prohibe la reproducción del acto administrativo suspendido por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, a menos que con posterioridad a la decisión hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión.

Estos ordenamientos constitucionales y legales los indica en el capítulo de la demanda sobre "Disposiciones violadas".

No obstante lo anterior, el Tribunal entró a decidir la petición y el Consejo de Estado haría lo propio, por cuanto realmente encontró que, ordenándose por la Asamblea Departamental la fusión de la Imprenta Departamental existente con la Sección o dependencia denominada "Impresiones y Publicaciones de la Contraloría General del Departamento", que ahora se crea por medio del acto acusado, se presenta el caso de la reproducción de disposiciones administrativas ya anuladas por esta jurisdicción y que, en consecuencia, bastaba para sustentar la petición, la invocación del artículo 158 del estatuto procesal administrativo. Sólo se restaría observar a la Sala que, si el a-quo consideró que el actor estaba en lo cierto en lo relativo al quebrantamiento de la precitada norma, debió proceder a comunicar y ordenar cumplir inmediatamente la medida precautelativa, no obstante que contra ella se interpusiera el recurso de apelación para ante esta Corporación.

3o. Realmente, encuentra la Sala que, mediante los artículos suspendidos provisionalmente por el a-quo, se están reproduciendo disposiciones administrativas que ya habían sido anuladas por esta jurisdicción en sentencia recaída en proceso de nulidad instaurado por el ciudadano que ahora promovió el que ocupa la atención de la Sala, cuando se colocó a la Imprenta del Departamento dentro de la organización de la Contraloría del mismo y bajo la dirección del jefe de dicho despacho, quien tenía entre sus funciones las mismas que ahora se le confieren por los actos acusados y suspendidos en primera instancia; sólo que ahora, mediante el acto acusado, se fusionan dos entes administrativos, la Imprenta Departamental que era una dependencia de la Administración y no de la Contraloría, y la creada sección o dependencia denominada "Impresiones y Publicaciones de la Contraloría del Departamento Norte de Santander".

Como esa reproducción esta prohibida por la ley, a menos que haya desaparecido con posterioridad a la sentencia, los fundamentos legales de la anulación, lo que no ha acontecido, pues sigue vigente el ordenamiento constitucional y legal que establece que le corresponde a las Contralorías la "vigilancia

de la gestión fiscal" (artículos 59 y 190, inciso segundo, de la C. N.), la Sala encuentra que era viable la suspensión provisional de los artículos 3º, 5º y 10º de la Ordenanza acusada, no obstante lo cual no hará pronunciamiento alguno sobre ello, por no haberse recurrido la providencia del inferior en cuanto a la decisión tomada, sino en cuanto, al limitarse la suspensión provisional a esas disposiciones, denegó el mismo decreto respecto a los restantes artículos.

4o. Entrando ya en el aspecto central del recurso, que corresponde a la Sala decidir, observa que la disconformidad del apelante se concreta en dos aspectos fundamentales, a saber: a) la prestación de servicios a particulares por parte de la Sección que se creó; y b) la edición de la Gaceta Departamental, órgano oficial de divulgación de los actos administrativos de ese orden y la realización de trabajos para la Administración. Por ello, concretamente al interponer y sustentar el recurso, se refiere en particular a los artículos 2, 7 y 9 de la Ordenanza acusada, que no fueron suspendidos, en cuanto por dichas normas se fusiona la Imprenta Departamental con la dependencia creada, se establece que debe dársele prelación a los trabajos oficiales del nivel Departamental, en relación con los trabajos de los particulares, y, finalmente, se ordena hacer un estudio de costos -gastos directos e indirectos- para, probablemente, señalar el precio o valor que se debe cobrar a los particulares por los trabajos de impresión que le soliciten a la Sección creada.

A primera vista, la Sala no encuentra quebrantamiento de disposición constitucional alguna por parte de la Ordenanza acusada, en cuanto hace relación a la creación de una Sección o Dependencia en la Contraloría del Departamento, encargada de realizar impresiones y publicaciones, pues, como bien lo expresó el a-quo y lo acepta el recurrente en su alegato sustentatorio de la apelación, una de las atribuciones de la Asamblea es la de "organizar la Contraloría Departamental", lo que conlleva la facultad de determinar su estructura y modificarla cuando lo tenga a bien. Además, la ley -la 57 de 1985 sobre publicidad de los actos y documentos oficiales- reitera esa competencia de las Asambleas.

Tampoco, a primera vista, observa la Sala quebrantamiento de las normas constitucionales y legales invocadas en la demanda, por la circunstancia de que la Asamblea, por medio del acto acusado, le haya señalado a la dependencia creada la función de realizar trabajos de impresión y publicación para personas de derecho privado, cobrando por ello un valor o precio que guarde relación con el costo que se establezca teniendo en cuento para ellos los gastos directos e indirectos, pues habría necesidad, lo cual es propio de la sentencia, de hacer todo un estudio jurídico sobre los alcances de la norma constitucional -art. 190, que no es igual a la contenida en el artículo 59 de la Carta- y de la legal -art. 247 del Decreto-ley 1222 de 1986-.

Pero, por el contrario, sí encuentra que la Asamblea Departamental no

podía asignarle a la Sección de Impresiones y Publicaciones de la Contraloría, que, como es apenas obvio y natural, está bajo la dirección y orientación del jefe de dicho Despacho, la de imprimir las Ordenanzas del Departamento, la publicación de los Anales de la Asamblea y de la Gaceta Departamental, por cuanto esa impresión y publicación de esos actos y documentos oficiales, garantía y desarrollo del principio de publicidad orientador de las actuaciones administrativas debe hacerse, por mandato legal, en boletines o gacetas departamentales, cuya **"dirección**. . . . .corresponderá a **la dependencia u oficina que señale el gobernador** o alcalde respectivos" (se subraya), como lo ordena el artículo 9o. de la ley 57 de 1985, que al disponer ello, establece una función administrativa que no puede corresponder, por consiguiente, al jefe del organismo encargado de la fiscalización de la Administración.

Por ello, habrá de revocarse parcialmente la providencia apelada, para en su lugar, decretar, además de la suspensión provisional de los artículos 3º, 5º y 10, las siguientes frases del artículo 6o, de la Ordenanza acusada: "de las Ordenanzas del Departamento", "de los Anales de la Asamblea" y "la Gaceta Departamental".

Finalmente, en cuanto hace relación al artículo 2o. de la Ordenanza demandada, por el cual se fusiona la Imprenta Departamental a la Sección o Dependencia de IMPRESIONES Y PUBLICACIONES de la Contraloría, transfiriendo los bienes inmuebles y muebles para el funcionamiento de la nueva Sección, igualmente habrá de decretarse su suspensión provisional, por cuanto ello implica que el Gobernador del Departamento no puede radicar en esa dependencia, que estaba adscrita a su Despacho o al de una de las Secretarías del Departamento -la de Educación al parecer-, la función administrativa de publicar las ordenanzas de la asamblea departamental, los demás actos que expidan la misma y su mesa directiva para la ejecución de su presupuesto y el manejo del personal a su servicio, los decretos del Gobernador, las resoluciones del mismo u otro funcionario por delegación suya, los contratos en que sean parte el departamento o sus entidades descentralizadas cuando las normas fiscales así lo ordenan, los actos de la gobernación, de las secretarías del despacho y de las juntas directivas y gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales y objetivas o que tengan alcance e interés generales, los actos de naturaleza similar que expidan otras autoridades departamentales por delegación que hayan recibido o por autorización legal u ordenanzal, y los demás actos que conforman la ley, a las ordenanzas o a sus respectivos reglamentos, deben publicarse, como prescribe el artículo 5o. de la precitada ley 57 de 1985, razón por la cual tampoco podía la Asamblea ordenar la fusión de la Imprenta Departamental a la Sección o dependencia que creó.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, **RESUELVE:**

1o. REVOCASE el numeral 2o. de la providencia dictada por el Tribunal

Administrativo de Norte de Santander, con fecha agosto 31 de 1990, y, en su lugar se dispone: DECRETASE la suspensión provisional de los efectos de los artículos 2º, 3º, 5º, 6º en cuanto a las frases "de las Ordenanzas del Departamento", "la publicación de los Anales de la Asamblea" y "la Gaceta Departamental" y 10o. de la Ordenanza No. 07 de diciembre 6 de 1989, proferida por la Asamblea de Norte de Santander.

2o. NIEGASE la suspensión provisional de los demás artículos que integran o conforman la precitada Ordenanza.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 25 de abril de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, ausente; Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Organización / **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL** - Facultades/ **DELEGACION DE FUNCIONES**

Correspondiendo la función de organizar las Contralorías Departamentales a las Asambleas y sólo existiendo la excepción del ordinal 10 del artículo 187 de la Constitución, 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 pueda realizarse, también en el Contralor.

SUSPENDESE PROVISIONALMENTE los efectos de los artículos 2º, 3º, 5º y 6º de la Ordenanza número 023 / 91 (enero 24), proferida por la Asamblea Departamental del Chocó, "por la cual se derogan unos artículos del Decreto Extraordinario número 0448 del 23 de julio de 1990 y se conceden facultades al Contralor General del Departamento del Chocó".

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos

En casos como que se analiza, en que dentro del texto de la demanda y sin dedicarse un acápite especial a la medida, se solicita la suspensión provisional de un acto, haciendo referencia a las mismas normas que son objeto del concepto de violación, debe entenderse que la sustentación está dada por esas mismas normas que se invocan como violadas en el texto de la demanda, y por el concepto de que su violación allí se expresa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).-

Consejero Ponente: *doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1706. Actor: GASPAR EMILIO MURILLO CALA.

Procede la Sección Primera de la Corporación a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 7 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, en cuanto denegó la suspensión provisional de la Ordenanza No. 023 del 24 de enero de 1991, expedida por la Asamblea Departamental del Chocó.

EL ACTO ACUSADO

Mediante el acto acusado se dispuso (fls. 6 y 7):

1o. Derogar algunos artículos del Decreto Extraordinario No. 0448 del 23 de julio de 1990, por el cual se organizó y se fijaron funciones a la Contraloría General del Departamento (art. 1o.).

2o. Conceder facultades extraordinarias al Contralor General del Departamento, por el termino de noventa días contados a partir del 1o. de enero de 1991, para fijar la estructura orgánica de la entidad, la planta de personal, el manual de funciones y ". . . . .escala salarial de viáticos" de los empleados de la Contraloría (arts. 2o. y 3o.).

3o. Restablecer la vigencia de algunas normas del Decreto No. 0364 de 1985, aprobatorio de la Resolución No. 370 del mismo año, emanada de la Contraloría General del Departamento, hasta tanto se expida la reglamentación que contenga el desarrollo de las facultades conferidas (art. 4o.).

4o. Autorizar a la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental para designar una comisión de cuatro Diputados que actúen como asesores del Contralor General en la implementación de las facultades a él conferidas (art. 5o.).

5o. Destinar la suma de $1.000.000 del Presupuesto General del Departamento, para atender el pago de servicios técnicos del personal requerido ". . . . .para la redacción e implementación de la Reforma Orgánica de la Contraloría General del Departamento" (art. 6o.).

6o. Expresa que rige a partir de su sanción y deroga las normas que le sean contrarias.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La única referencia que en su escrito de demanda hace la parte actora a la medida de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, se encuentra dentro del acápite "Disposiciones Violadas y Concepto de la Violación" y allí se

expresa textualmente: "En lo concerniente a la suspensión provisional aquí solicitada, considero que aquella es procedente a la luz de las disposiciones anteriormente citadas" (fl. 3).

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

La razón que le asistió al Tribunal del Chocó para negar la suspensión provisional del acto demandado consiste, en síntesis, en que la medida de suspensión provisional debe solicitarse y sustentarse expresamente en la demanda o en escrito separado, pues el análisis del juzgador se debe limitar exclusivamente a los planteamientos expuestos por la parte actora, en relación con la manifiesta violación, por parte del acto, de las normas superiores que se consideren transgredidas.

LAS RAZONES DEL APELANTE

Aún cuando la ley no exige como requisito para la procedencia del recurso interpuesto que éste sea sustentado, pues se decide de plano (art. 155 del C. C. A.), la parte actora expresa de la siguiente manera su inconformidad con la providencia del Tribunal (fls. 17 a 19):

En sustento de la medida cautelar solicitada, y en el acápite correspondiente a las disposiciones violadas y concepto de la violación, se citó expresamente una jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Primera, sentencia de agosto 29 de 1977) que tiene exacta aplicación a la Ordenanza que se demanda, pues en ella se suspendieron los efectos del acto acusado por cuanto la Asamblea se despojó de su facultad para organizar la Contraloría y la cedió al propio Contralor Departamental.

Al negarse por parte del Tribunal el decreto de la suspensión provisional de los efectos de la Ordenanza acusada se incurrió en grave e inexcusable error, pues la aludida jurisprudencia ".... fue incorporada a la demanda por el actor, como soporte constitutivo del concepto mismo de la violación....", vulnerándose de esta manera el principio según el cual donde se dan los mismos hechos se aplica la misma norma de derecho.

CONSIDERACIONES

De tiempo atrás esta Sección ha considerado que en casos como el que se analiza, en que dentro del texto de la demanda y sin dedicarse un acápite especial a la medida, se solicita la suspensión provisional de un acto, haciendo referencia a las mismas normas que son objeto del concepto de violación, debe entenderse que la sustentación está dada por esas mismas normas que se invocan como violadas en el texto de la demanda, y por el concepto que de su violación allí se expresa.

Proceder de manera contraria a la expuesta conllevaría no sólo a aceptar una inexcusable inercia del Juez, sino que, además, implicaría una interpretación excesivamente rígida y exegética del numeral 1) del artículo 152 del C. C. A., del cual no participa la Sala, pues la solicitud y la sustentación de la medida de modo expreso, de que allí se habla, no indica necesariamente que deba hacerse en capítulo especial de la demanda.

Expuesto lo anterior y realizada la confrontación del acto acusado con las normas indicadas en la demanda como violadas, la Sala considera que la medida de suspensión provisional solicitada está llamada a prosperar parcialmente por las siguientes razones:

La Constitución Política en su artículo 187, ordinal 8o. señala que corresponde a las asambleas organizar la Contraloría Departamental, función ésta que conlleva necesariamente la de establecer su planta de personal, establecer el manual de funciones y determinar la escala salarial de las diversas categorías de empleos.

La delegación de funciones administrativas no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, solo 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 10o. de la citada norma constitucional, según la cual tales entes administrativos pueden delegar protempore, no esta función sino las demás que les están asignadas, exclusivamente en el Gobernador, no cabe argumentar que tal delegación pueda realizarse, también, en el Contralor.

Además, frente a disposiciones con carácter de excepción rige el principio de la interpretación restrictiva y, por lo tanto, no pueden extenderse a casos no contemplados en ellas.

De lo hasta ahora expuesto resulta incuestionable que el artículo 2o. de la Ordenanza demandada, al facultar al Contralor General del Departamento para fijar la estructura orgánica de la Contraloría, la planta de supersonal y la "Escala Salarial de Viáticos" y el artículo 3o. que señala el término de las facultades, lo mismo que el artículo 5o. que establece la designación de cuatro diputados para asesorar al Contralor en la implementación de las facultades, infringen en forma por demás ostensible el ordinal 8o. del artículo 187 de la Constitución Política.

El actor también considera como violado, en forma manifiesta, el ordinal 7o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, en concordancia con el ordinal 7o. del artículo 60 del Decreto 1222 de 1986, por cuanto al ordenarse, en el artículo 6o. del acto acusado la destinación de $1.000.000 para atender el pago

de los servicios técnicos del personal necesario para la redacción e implementación de la reforma orgánica de la Contraloría se desconoció claramente el mandato constitucional que consagra la iniciativa del gasto público en el Gobernador.

Aún cuando de la confrontación del artículo 6o. del acto acusado con el texto de la citada norma no se deduce nítidamente su manifiesta infracción, la Sala decretará su suspensión provisional, en virtud de que ella forma un todo armónico con el artículo 2o. del mismo, que constituye su fundamento, pues se encamina a un solo fin, cual es el de sufragar los gastos que demanden los servicios técnicos del personal que participe en la referida reforma orgánica de la Contraloría.

En cuanto a los artículos 1o., 4o. y 7o. de la Ordenanza demandada, la Sala no encuentra, en este momento procesal, contrariedad manifiesta alguna con las disposiciones legales invocadas por el actor.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o. REVOCAR el auto de 7 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó, en cuanto decidió denegar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

2o. Suspender provisionalmente los efectos de los artículos segundo, tercero, quinto y sexto de la Ordenanza No. 023 del 24 de enero de 1991, proferida por la H. Asamblea Departamental del Chocó, "por la cual se derogan unos artículos del Decreto Extraordinario No. 0448 del 24 de julio de 1990 y se conceden facultades al Contralor General del Departamento del Chocó".

3o. Comunicar esta decisión al señor Presidente de la Asamblea Departamental del Chocó, por intermedio del señor Gobernador del mismo Departamento, previniéndolo respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, sobre reproducción en forma alguna, de contenido idéntico, similar o equivalente al de los artículos de la Ordenanza No. 023 del 24 de enero de 1991.

4o. DENEGAR la suspensión provisional de los efectos de los artículos primero, cuarto y séptimo de la Ordenanza No. 023 de 24 de enero de 1991, proferida por la H. Asamblea Departamental del Chocó.

5o. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 25 de abril de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, ausente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO / PUBLICACION / SUSPENSION PROVISIONAL - Procedencia

Si el deber de publicar un acto se pretermite, a fortiori resulta éste transgresor flagrante de la ley, determinando, ineluctablemente la ilegalidad de la disposición que así lo especifica. Pero si bien el menoscabo del requisito de publicidad es indiscutible, también lo es que el a quo en la providencia materia de alzada, no debió extender el instrumento precautorio deprecado a la totalidad del acuerdo acusado, sino circunscribirlo a la previsión o artículo, causa eficiente de la alegada violación de mandato superior.

REVOCAR LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 006/89 (sep. 7), expedido por el Consejo Intendencial de San Andrés, Isla; y en su lugar Decreta la Suspensión Provisional del artículo 137 del mismo Acuerdo.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Doctor Rodrigo Vieira Puerta

Referencia: Expediente No. 1677. Apelación Interlocutorios. Actor: OSWALDO RAFAEL GONZALEZ ARRAZOLA.

En escrito de 30 de noviembre de 1990, la Intendente Especial de San Andrés y Providencia Encargada, interpone recurso de apelación contra el auto de 1º de noviembre del mismo año, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo de Bolívar, en cuanto dispuso el decreto de suspensión provisional solicitado por el nulidiscente en el libelo demandatorio, contra el Acuerdo No. 006 de 7 de septiembre de 1984, expedido por el Consejo Intendencial de San Andrés Isla, por el cual se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial "POT".

La suspensión solicitada

En el pliego de demanda, el accionante, al formular el ruego sobre expedición de la medida precaucional, precisa:

"EL ACUERDO NUMERO 006 DEL SIETE (7) DE SEPTIEMBRE DE 1984, expedido por el CONCEJO INTENDENCIAL DE SAN ANDRES, ISLA, "por el cual se adopta el PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (POT) de SAN ANDRES, ISLA, "en su ARTICULO 37 dispone que empieza a regir a partir de la sanción".

"Los ARTICULOS 178 y 179 de la LEY 4a. de 1914 consagran que los acuerdos municipales entran a regir a partir de la publicación.- De igual manera el ARTICULO 43 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DECRETO 01 DE 1984, establece el deber y forma de publicación. LEY 57 DE 1985 que modificó el ARTICULO 43 DEL CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO".

El auto recurrido

El a-quo después de disponer la admisión de la demanda, examina el ruego de suspensión provisional formulado y decide su decreto con base en los razonamientos que se sintetizan:

Sobre la Ley 57 de 1985, modificatoria del artículo 43 del C. C. A., que trata sobre la forma como se ordena la publicación de los actos y documentos oficiales, el libelista no cita o especifica cuál o cuáles de sus mandatos fueron transgredidos, por lo que siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, no puede el fallador ". . . . . escoger por su cuenta la norma que según su opinión pueda ser violada. . . . ."

Por lo que respecta a los artículos 178 y 179 de la Ley 4a. de 1913, halla el a-quo que han padecido quebranto por la manifestación de voluntad administrativa precitada, conforme al siguiente razonamiento: "Evidentemente que las normas a que nos estamos refiriendo exigen para que este tipo de actos administrativos tengan validez, sean publicados, condición indispensable para que puedan producir efectos jurídicos. Sin el cumplimiento de estos requisitos los actos así expedidos son nulos, según las voces del artículo 179 del C. de R. P. y M., atendiendo a que el acto acusado fué expedido bajo la vigencia de dichas normas, las cuales son aplicables en este caso".

"Sin el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 178 del C. de R. P. y Municipal, es del caso declarar la suspensión provisional del Acuerdo No. 006 del 7 de septiembre de 1984, por medio del cual "SE ADOPTA EL PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (POT) DE SAN ANDRES, ISLA" expedido

por el Consejo Intendencial de San Andrés Isla".

Fundamento del recurso.

La recurrente funda el medio de impugnación vertical en la hipótesis diametralmente contraria a la que da pie y fuerza a la medida precautelar decidida, esto es, en que esa específica voluntad administrativa, objeto y materia de enjuiciamiento sí fue publicada:

> "El artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, vigente en su totalidad a la fecha de sanción del Acuerdo, permitía en su inciso 2o. que en los municipios en donde no existía órgano oficial de publicidad se podría divulgar estos actos (de carácter general) mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando; por ausencia de disposiciones expresas la aplicación analógica de esta norma autorizaba a la Intendencia para insertar el contenido del Acuerdo No. 006 de 1984 en "otros medios", a falta de la existencia de un órgano oficial de publicidad, que sí se creó con posterioridad, en desarrollo de lo dispuesto por la ley 57 de 1985, el Acuerdo Intendencial impugnado debió ser publicado mediante la Edición cuyo ejemplar acompaño.
>
> "Así las cosas el Acuerdo No. 006 de 1984 sí fué publicado, como lo muestran las pruebas documentales que adjunto y que se refieren a la cuenta de cobro presentada por Joaquín Paredes Cruz, quien dirigió la Edición mediante la cual se publicó el Acuerdo Intendencial 006 de 1984 (POT). Certificación de la Tesorería Intendencial de haberse realizado el pago de la suma de ($119.880.oo) por concepto de la Edición que publicó el Acuerdo impugnado. Un ejemplar de dicha Edición".

Para resolver,

SE CONSIDERA

Los mandamientos jurídico-positivos que ocupan la atención del a-quo, para fundar el acogimiento y decreto del instituto precautorio lo constituyen los propios del Código de Régimen Político y Municipal, reglado por la Ley 4a. de 1913, esto es, 178 y 179, para concluir, en sentido favorable a la solicitud en la intelección de que: "Sin el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 178 del C. de R. P. y Municipal, es del caso declarar la suspensión provisional del Acuerdo No. 006 del 7 de septiembre de 1989, por medio del cual "se adopta el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de San Andrés, Isla".

Sendas normas se ocupan, sensu strictu, de una entidad territorial concreta: el municipio, para la consideración del a-quo -la primera- y la apelante -la segunda-. Ellos son: Los artículos 178 y 179 de la Ley 4a. de 1913, base y

capitel que sostiene la medida cautelar decretada: "Sancionado un acuerdo, será publicado por bando, en un día de concurso y en el periódico oficial del municipio si lo hubiere, y desde ese día principia su observancia, a menos que el mismo acuerdo disponga otra cosa". Y el artículo 43 del Decreto 001 de 1984, también se ocupa de la entidad territorial municipal, en materia de deber y forma de publicación, tanto en el inciso 1o., como que en él queda comprendido, como en el evento de excepción reglado para el último ente territorial preanotado: ". . . . Los municipios en donde no haya órgano oficial de publicidad podrán divulgar estos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, o por bando".

Empero, advierte la Sala que, sensu strictu, no son las precitadas normas referidas a los municipios, las que gobiernan el mandamiento de publicidad de actos administrativos de orden general a nivel de acuerdo intendencial, como lo constituye el caso sub-iuris, como improcedente es el acudimiento a fuente analógica para referir, como lo pretende la recurrente el deber de publicación a lo reglado en el inciso segundo del artículo 43 del ordenamiento general administrativo, ya transcrito.

Bien claro surge de la norma en comento que, por razón de la naturaleza del acto cuestionado, así como del ámbito de validez temporal dentro de cuyo marco cronológico fuera expedido, que el imperativo de publicidad es referible al contenido universal del inciso primero: "Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares, mientras no hayan sido publicados en el diario oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto. . . . . ".

Y si ese severo deber de publicación fue pretermitido, como se constata del acto enjuiciado que además perentoriamente indica, señala y ordena que él rige a partir de su sanción, a fortiori, resulta transgresor flagrante del mandato preinserto, determinando ineluctablemente la ilegalidad de la disposición que así lo especifica.

Empero el quebranto anotado no deviene o resulta en detrimento de norma superior en la totalidad del acto acusado que, conserva intacta su presunción de validez, no empece que, precisamente por la omisión del requisito de publicidad detenga su obligatoriedad. Indica entonces lo precisado, que si bien el menoscabo o vulneración del requisito de publicidad, señalado por el nulidiscente es indiscutible, también lo es que el a-quo en la providencia materia de alzada, no debió extender el instrumento precautorio deprecado a la totalidad del acuerdo acusado, sino circunscribirlo a la previsión o artículo, causa eficiente de la alegada violación de mandato superior, como así habrá de disponerse.

Es necesario precisar finalmente, que las probanzas de publicidad del

Acuerdo, que se acompañan al escrito de apelación, giran en torno a la eficacia del acto, que no subsanan o depuran la manifiesta transgresión a la norma de rango superior que prescribe esa formalidad, por parte la disposición 137 del Acuerdo enjuiciado.

Y es por ello que la Sección Primera del consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCAR el numeral 2o. del auto de primero de noviembre de mil novecientos noventa, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuando decidió decretar ".... la suspensión provisional del Acuerdo No. 006 del 7 de septiembre de 1989, expedido por el Consejo Intendencial de San Andrés, Isla.

En su lugar, **DECRETASE** la suspensión provisional del artículo 137 del precitado Acuerdo que ad pedem, litteris prescribe:

"El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su sanción y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias".

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de abril de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL / FUNCION ADMINISTRATIVA / REGLAMENTO INTERNO - Naturaleza / **CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA**

La Asamblea Constitucional al expedir su reglamento, ejerció una función administrativa, consistente en aplicar el artículo 2º del Decreto 1926 de 1990, por lo cual dicho reglamento constituye un acto administrativo sometido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, dentro de ella, a la competencia del Consejo de Estado. La conclusión anterior es concordante con los criterios tanto objetivo como funcional y jerárquico que permiten identificar los actos administrativos, así como con un criterio residual, según el cual son actos de esa categoría todos aquellos expedidos por un órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas y que no tengan la calidad de legislativos o juridiccionales, ni que sean la expresión del poder constituyente. Conclusión que también es concordante con un principio fundamental del Estado de derecho según el cual todos los actos de las autoridades están sometidos a control, a fin de garantizar su sometimiento a las normas superiores del ordenamiento jurídico.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 63 del Reglamento de la A. N. C.

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL - Límites / **REGLAMENTO INTERNO / SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia.

Para la Sala es evidente que el pueblo colombiano, en su calidad de constituyente primario, convocó e integró una Asamblea Constitucional, pero no con poderes absolutos e indefinidos, sino limitados por las normas contenidas en el Decreto 1926 de 1990, en lo que no

fue declarado inexequible.

De la confrontación directa de la norma reglamentaria acusada - art. 63 Reglamento Asamblea Constitucional- con la de carácter legal de mayor jerarquía contenida en el Decreto 1926 de 1990 (art. 13) le permite a la Sala constatar la manifiesta infracción alegada por el demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1709. Actor: Luis Eduardo Mesa Nieves.

El ciudadano Luis Eduardo Mesa Nieves, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación declarar la nulidad del artículo 63 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente o Asamblea Constitucional. Igualmente, en capítulo especial de la demanda solicita de manera expresa la suspensión provisional del acto acusado, publicado en la Gaceta Constitucional No. 13 de febrero 1o. de marzo de 1991.

Dadas las características especiales del acto demandado, para efectos de pronunciarse sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional la Sala debe previamente analizar su competencia.

I.- LA COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACION CON EL ACTO DEMANDADO

De conformidad con el artículo 82 del C.C.A.:

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo está instituída por la Constitución para juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones administrativas. Se ejerce por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de gobierno.

"La jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley".

En el caso planteado por la presente demanda, para la Sala se trata de una

controversia cuyo juzgamiento corresponde a esta jurisdicción por las siguientes razones:

1a. La controversia se origina en la actividad de una entidad pública, para el caso la Nación, que si bien se ha expresado a través de un órgano excepcional como lo es la Asamblea Constitucional, no puede por ello desconocerse su carácter indudablemente público y no privado.

2a. La controversia debe entenderse como de carácter administrativo, por ser originada en una actividad administrativa, ya que dicha actividad no es ejercicio ni de la función constituyente, ni de la función legislativa, así como tampoco lo es de la función jurisdiccional.

En efecto, no es ejercicio de la función o poder constituyente, ya que esta función la ejercerá la Asamblea Constitucional solo al expedir el acto o actos reformatorios de la Constitución, para lo cual fue convocada.

De ninguna manera podría ser calificada como ejercicio de la función jurisdiccional, pues es evidente que a través de la expedición del reglamento la Asamblea no estaba resolviendo ningún litigio, que es la característica esencial de aquella función.

Tampoco es ejercicio de la función legislativa, ya que a través de la expedición del reglamento la Asamblea no estaba expidiendo ninguna ley, poder que en verdad no tiene, sino, por el contrario, aplicando o desarrollando una norma de carácter legal, como es el Decreto Legislativo No. 1926 del 24 de agosto de 1990concretamente el numeral 14 de las bases o lineamientos del Acuerdo político complementario sobre la Asamblea Constitucional, fechado el 23 de agosto de 1990, al cual la Corte Suprema de Justicia le reconoció carácter vinculante al considerarlo incorporado en el artículo 2o. del citado decreto (véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, 9 de octubre de 1990, Capítulo V CONSIDERACIONES DE LA CORTE, numeral 11., literal a.), y cuyo texto expresa "14. La Asamblea tendrá la potestad de aprobar su reglamento. . . .".

En esas circunstancias, para la Sala la Asamblea Constitucional, al expedir su reglamento, ejerció una función administrativa, consistente en aplicar o desarrollar la citada norma legal, por lo cual dicho reglamento constituye un acto administrativo sometido a la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, dentro de ella, a la competencia del Consejo de Estado, en virtud del numeral 1) en concordancia con el numeral 16) del artículo 128 del C. C. A.

La Sala hace notar que la conclusión anterior es concordante con los criterios tanto objetivo como funcional y jerárquico que permiten identificar los

actos administrativos, así como con un criterio residual, según el cual son actos de esa categoría todos aquellos expedidos por un órgano del Estado en ejercicio de funciones públicas y que no tengan la calidad de legislativos o jurisdiccionales ni que, obviamente, sean la expresión del poder constituyente.

La mencionada conclusión también es concordante con un principio fundamental del Estado de derecho según el cual todos los actos de las autoridades están sometidos a control, a fin de garantizar su sometimiento a las normas superiores del ordenamiento jurídico.

II. LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda reúne los requisitos exigidos en los artículos 137 y concordantes del C. C. A., será admitida. Para efectos de la notificación del auto admisorio, en aplicación lógica y concordante de los artículos 149, 150 y 207-1, así como del literal I) del artículo 11 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente, la Sala ordenará hacerla al Ministro de Gobierno y a los Presidentes de la misma Asamblea.

III. LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

En capítulo que hace parte de la demanda, el actor solicita y sustenta de modo expreso la medida de suspensión provisional del acto acusado, con fundamento en el artículo 152 del C.C.A. Como esta norma, cuando se trata de la acción de nulidad, para que sea procedente dicha medida sólo exige, además de los requisitos formales anteriores, 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", el actor considera que el acto acusado viola manifiestamente los artículos 83, inciso segundo y el parágrafo del numeral primero del artículo 120 de la Constitución Política, así como el Decreto 1926 de 1990 en el numeral 13 del Acuerdo Político suscrito el 2 de agosto de 1990, complementado por el del 23 de agosto del mismo año, incorporado al decreto citado. Para efectos, de demostrar esa violación, el actor acude al sistema de comparación por doble columna entre el acto acusado y las normas presuntamente violadas, a lo cual agrega algunos comentarios.

Para analizar el cargo planteado por el demandante y adoptar la decisión correspondiente, la Sala considera necesario establecer previamente si la Asamblea Constitucional está o no sometida, total o parcialmente, al ordenamiento jurídico actualmente vigente en Colombia.

A. Sometimiento de la Asamblea Constitucional al ordenamiento jurídico vigente.

Como es generalmente reconocido por la doctrina constitucional univer-

sal, el poder constituyente, en principio, es un poder omnímodo, autónomo y absoluto, que logra establecer en un momento dado, en una Nación determinada, una nueva organización política y jurídica. En esos términos, el poder constituyente no está ligado al ordenamiento jurídico vigente, pues, precisamente, su poder emana del desconocimiento de toda reglamentación anterior para imponer una nueva voluntad política. En su origen, ese poder constituyente establece por primera vez la organización política de una nueva Nación. En otras ocasiones, cuando dicho poder se manifiesta al interior de una Nación ya organizada, se traduce en la instauración de una nueva organización política para esa misma Nación, a través de movimientos que, por lo mismo, tienen carácter revolucionario.

Pero también es ampliamente reconocido que además de ese poder constituyente absoluto, en otras ocasiones aparece en el seno político de una Nación un poder constituyente limitado, cuya finalidad es la de reformar las instituciones políticas vigentes, sin desconocerlas en su esencia, a fin de adaptarlas a las nuevas expectativas y aspiraciones de la sociedad. En este caso, el poder constituyente se pronuncia unas veces a través de mecanismos institucionalmente establecidos, mientras que en otras lo hace a través de procedimientos excepcionales.

En el caso de la Asamblea Constitucional convocada e integrada en Colombia mediante las elecciones realizadas el 9 de diciembre de 1990, la Sala constata lo siguiente:

1.- Por tratarse de una Asamblea Constitucional convocada y elegida por el voto directo de los ciudadanos, ella es el resultado de la expresión del pueblo como constituyente primario.

2.- El procedimiento adoptado es excepcional en cuanto no está previsto por la Constitución actual como mecanismo de reforma constitucional, ya que aquella, como es sabido, sólo consagra la vía de los Actos Legislativos para reformar la Constitución (art. 218 de la Carta y art. 13 del Plebiscito de 1957).

3.- El pueblo colombiano, como constituyente primario, habría podido utilizar vías totalmente autónomas e independientes del orden jurídico vigente que, si lograran imponerse, podrían haber llevado a establecer una nueva organización política para la Nación colombiana. Sin embargo ello no fue así. La realidad del procedimiento fue que si bien tuvo carácter excepcional, se enmarcó dentro de una figura que aunque también excepcional en nuestra Carta Política, como es el estado de sitio, está consagrada en nuestro ordenamiento jurídico y regulada por él.

4.- Además de lo anterior, el procedimiento excepcional de la Asamblea Constitucional adoptado para reformar la Constitución habría podido utilizarse

para otorgarle a ese organismo plenos poderes en materia de reforma, de tal manera que dicha Asamblea, aunque en calidad de constituyente secundario o derivado, pudiera reformar nuestra Carta Política sin limitaciones de ninguna clase, ya fueran éstas de contenido o materia, de procedimientos para aprobarlas o de tiempo para realizarlas. Pero tampoco ello fue así. En efecto, del procedimiento y mecanismos adoptados la Sala resalta lo siguiente:

a) el 11 de marzo de 1990, con ocasión de las elecciones para corporaciones públicas, se produjo la manifestación espontánea de un importante número de ciudadanos que propugnaban la convocatoria de una Asamblea que reformara la Constitución Política por cauces diferentes del establecido en el artículo 218 de la Constitución.

b) El 3 de mayo de 1990 el Gobierno Nacional dictó el decreto legislativo No. 927, por medio del cual se facultó a la organización electoral para contabilizar los votos que fueran depositados el 27 de mayo en favor de la convocatoria de una Asamblea Constitucional.

c) En la fecha indicada una amplia mayoría de votantes expresó su voluntad de que fuera convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa.

d) El Decreto 927 de 1990, en cumplimiento del artículo 121 de la Constitución fue sometido al control de la Corte Suprema de Justicia, la cual lo declaró ajustado a la Constitución, en sentencia del 24 de mayo de 1990.

e) El 2 de agosto de 1990, el Presidente Electo de Colombia y las fuerzas políticas representativas de la gran mayoría de los votantes el 27 de mayo, suscribieron un "Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional", el cual fue complementado y desarrollado por otro Acuerdo firmado el 23 de agosto de 1990, entre cuyas previsiones se establecía expresamente que el instrumento jurídico que se utilizaría para la convocatoria de la Asamblea Constitucional sería un nuevo decreto legislativo de estado de sitio y que se acataría el fallo que dictara la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su poder de control de dicho decreto (numeral 1. de los lineamientos para la convocación, integración y organización de la Asamblea Constitucional, contenidos en el Acuerdo Político del 23 de agosto de 1990).

f) En cumplimiento del Acuerdo citado, el 24 de agosto de 1990 el Gobierno Nacional dictó el Decreto 1926 de ese año, mediante el cual se adoptaron las medidas necesarias para hacer viable la convocatoria y la integración de la Asamblea Constitucional por votación que debía realizarse, como se realizó, el 9 de diciembre del mismo año.

g) Como resultado de la revisión prevista en la Constitución y en el Acuerdo Político, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 9 de octubre de 1990 (Exp. 2214), declaró constitucional el Decreto 1926 del 24 de agosto de 1990, con excepción de algunos apartes del Acuerdo Político que consideró incorporado al artículo segundo del decreto y de algunas frases contenidas en la parte resolutiva del mismo decreto.

h) En desarrollo y cumplimiento del decreto citado, reformado en algunos aspectos secundarios por el Decreto 2480 del 19 de octubre de 1990, el 9 de diciembre el pueblo colombiano acudió a las urnas para convocar e integrar la Asamblea Constitucional como efectivamente la convocó e integró.

Como corolario de los antecedentes anteriores, para la Sala es evidente que el pueblo colombiano, en su calidad de constituyente primario, convocó e integró una Asamblea Constitucional, pero no con poderes absolutos e indefinidos, sino limitados por las normas contenidas en el Decreto 1926 de 1990. De tal manera que esa normatividad jurídica, aunque de carácter excepcional, constituye la fuente de la Asamblea Constitucional y, por lo mismo, establece el marco de su actividad por voluntad del constituyente primario, excluyendo solamente, como es obvio, las partes que fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia. Concluir lo contrario equivaldría a reconocer en un órgano derivado o secundario, como la Asamblea Constitucional, mayor poder que el que le fue otorgado por el constituyente primario, lo cual es especialmente absurdo dentro de un procedimiento voluntariamente adoptado con criterio jurídico y no simplemente político.

Así, de conformidad con el texto del Decreto 1926 de 1990 y simplemente a título de ejemplo, para la Sala es claro que continúan vigentes, entre otras, las siguientes limitaciones contenidas en los lineamientos para la convocación, integración y organización de la Asamblea Constitucional, en la medida en que no fueron declarados inconstitucionales por la Corte Suprema de Justicia: el período de sesiones de la Asamblea a partir del 5 de febrero y hasta el 4 de julio de 1991 (num. 3 y Decreto 2480 de 1990); el número de miembros (nums. 5 y 7); calidades y condiciones para ser miembro legítimo de la Asamblea (num. 9); inmunidad de los miembros de la Asamblea (num, 10); inhabilidad de los miembros de la Asamblea para ser candidatos a corporaciones públicas en 1992 y 1994 (num. 12); régimen de mayorías para adoptar decisiones (num. 13); lineamientos para el reglamento (num. 14); y forma de llenar las faltas absolutas o temporales (num. 21). Además, de la parte resolutiva propiamente dicha resultan algunas limitaciones, como las contenidas en los artículos 5o. y 11o. sobre normas aplicables a los comicios del 9 de diciembre y a los procesos electorales a que ellos den lugar.

B.- La legalidad del acto acusado

Si como se concluyó en el punto anterior, la actividad de la Asamblea

Constitucional está regida por el Decreto 1926 de 1990, en lo que no fue declarado inexequible, procede el análisis de la presunta ilegalidad manifiesta del artículo 63 del Reglamento expedido por la Asamblea Constitucional.

Dice así la norma acusada:

> **"Artículo 63 Número de votos requeridos.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40 sobre temas nuevos o negados en primer debate, las decisiones de la Asamblea sobre reformas constitucionales se tomarán con el voto favorable de la mayoría de los miembros que la componen. Las decisiones sobre otros asuntos solamente requerirán la mayoría de los presentes".

Por su parte, el numeral 13 de los lineamientos para la convocación, integración y organización de la Asamblea Constitucional, integrados a la parte resolutiva del Decreto 1926 de 1990, dice lo siguiente:

> "13. La Asamblea adoptará sus decisiones y aprobará las reformas por mayoría, salvo aquellos asuntos que en la Constitución vigente requieren de la votación favorable de las dos terceras partes de los asistentes".

A efectos de resolver la solicitud de suspensión provisional, la simple confrontación directa de la norma reglamentaria acusada con la de carácter legal de mayor jerarquía contenida en el Decreto 1926 de 1990, le permite a la Sala constatar la manifiesta infracción alegada por el demandante:

En efecto, mientras que la norma con categoría de ley consagra como regla general la mayoría (sin calificarla) para adoptar sus decisiones y aprobar las reformas, la norma del reglamento establece como regla general una mayoría de los miembros" que componen la Asamblea.

A su vez, mientras la norma legal del Decreto 1926 establece como excepciones "aquellos asuntos que en la Constitución vigente requieren de la votación favorable de las dos terceras partes de los asistentes", la norma del reglamento establece como excepciones "las decisiones sobre otros asuntos", las cuales "solamente requerirán la mayoría de los presentes". Además, la norma reglamentaria se refiere como excepciones a lo dispuesto en el artículo 40 del Reglamento sobre temas nuevos negados en primer debate, sin que esas excepciones estén previstas como tales en la norma de carácter legal, por lo cual también desbordan el marco de la norma de mayor jerarquía.

En relación con el inciso segundo del artículo 83 y del último inciso del parágrafo del numeral primero del artículo 120 de la Constitución, la Sala considera que dichos preceptos también son violados por la norma acusada, en concordancia con el numeral 13 del Decreto 1926, ya que se trata, precisamente,

de excepciones de las previstas en la norma legal violada, y cuya vigencia y prelación se definen por esta providencia.

Lo anterior es suficiente para que la Sala acceda a decretar la suspensión solicitada.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o.- ADMITIR la demanda presentada por le ciudadano Eduardo Mesa Nieves. En consecuencia, se dispone:

a) Tener como parte demandante al ciudadano Luis Eduardo Mesa Nieves.

b) Tener como parte demandada a la Nación - Asamblea Constitucional.

c) Notificar personalmente esta decisión a los señores Presidentes de la Asamblea Constitucional.

d) Notificar igualmente en forma personal al señor Ministro de Gobierno.

e) Notificar personalmente a la señora Fiscal Primera de la Corporación.

f) En acatamiento a lo dispuesto en el numeral 4) del artículo 207 del C. C. A. y del Decreto 2887 de 1989, en orden a cubrir los gastos ordinarios del proceso, el demandante deberá depositar la suma de cinco mil pesos ($5.000.oo), en efectivo, dentro de los diez días siguientes al de regreso del expediente a la Secretaría de la Sección.

g) Ordenar la fijación en lista del presente negocio por el término de cinco días para que la parte demandada y los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

h) Solicitar al Secretario General de la Asamblea Constitucional el envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, dentro del término de diez días a partir del de recibo del correspondiente oficio.

2o.- DECRETAR la suspensión provisional de los efectos del artículo 63 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente (Asamblea Constitucional).

3o.- Comunicar esta decisión a los señores Presidentes de la Asamblea Constitucional, previniéndolos respecto de la prohibición expresa que establece el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, sobre reproducción en

forma alguna, de contenido idéntico, similar o equivalente al de la norma suspendida.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de abril de 1991.

Miguel Gonzalez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACCION DE NULIDAD / COMPETENCIA POR CUANTIA / PRESUPUESTO MUNICIPAL.

En la acción o proceso de simple nulidad no juega papel alguno, para determinar la competencia del juez y el trámite del juicio, el factor objetivo de la cuantía. Cuando el municipio demandado no es capital de departamento deberá demostrarse el monto del presupuesto anual ordinario, y no establecerse la cuantía de la acción de manera razonada.

CONFIRMA LA NULIDAD del Capítulo III, programa 04 del Acuerdo No. 01/87 (noviembre 29) expedido por el Concejo de Majagual.

DEMANDA Requisitos / **COPIA DE ACTO.**

De acuerdo con el art. 136 del C. C. A. en la forma como quedó después de su subrogación por el art. 23 del D. 2304/89, la acción de "nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición de la acto" y por ello no es el caso, en tratándose de actos administrativos de carácter general, impersonal o abstracto, o de actos-condición como en contentivo de un presupuesto municipal, demostrar la publicación en periódico oficial o en periódico privado de amplia circulación, o, en su defecto, por medio de avisos, boletines o bandos, como lo permite el art. 43 C. C. A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1198. Acción de nulidad en relación con el Acuerdo # 01 de 29 de noviembre de 1.987, expedido por el Concejo Municipal de Majagual. Recurso de apelación de la sentencia de primera instancia. Actor: CIRO HERNANDEZ OSORIO-Contraloría del Departamento de Sucre.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte impugnadora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, con fecha febrero 17 de 1.989, por medio de la cual se decretó la nulidad del Capítulo III, programa 04, del Acuerdo de la referencia "sobre Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia Fiscal de 1.988".

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a-quo decreta la nulidad del acto administrativo acusado, por considerar que la inclusión en él de una partida de gastos para la Contraloría Municipal, para el año 1.988, es abiertamente ilegal, por cuanto hechas las deducciones de ley, o sea, las transferencias de la Nación al municipio por concepto de Impoventas e Imporrentas, el monto del presupuesto municipal queda reducido a la suma de $24.534.00, que es inferior a los $50.000.000.oo, sin tener en cuenta los aumentos anuales posteriores, que prevé la misma norma quebrantada (art. 305 del Decreto-Ley 1333 de 1.986).

La parte impugnadora sustenta el recurso de apelación interpuesto, con las siguientes razones:

1a. El presupuesto de rentas y gastos del municipio de Majagual, para la vigencia fiscal de 1.988, no es el presentado por el actor, sino el conformado por los decretos Nos. 03A y 002A de 1.988, "que suplantó el Acuerdo No. 01 de noviembre 29 de 1.987, contentivo del Acto Administrativo demandado"; según este estatuto los recursos ordinarios del Municipio pasan $100.000.000.oo.

2a. La demanda no fue formulada por la Contraloría General del Departamento de Sucre, sino por el ciudadano Ciro Hernández Osorio, quien fue el que confirió el poder para adelantar la acción de nulidad .

3a. "Los documentos presupuestales" fueron acompañados a la demanda en fotocopias autenticadas por el Notario Segundo del círculo de Sincelejo, violándose el art. 254 del C. de P. C. -Como no hay constancia de que este funcionario se hubiera trasladado a la oficina donde reposa el original del presupuesto, se debe presumir que el documento fue llevado a Sincelejo, a la Notaría Segunda, para su autenticación.

4a. En la demanda no se estableció la cuantía razonada de la acción, presupuesto necesario para determinar la competencia, razón por la cual el a-quo no debió declararse inhibido.

5a. El Tribunal ordena el cumplimiento del fallo a varios funcionarios públicos, que crea confusión en los que no entienden suficiente la materia.

III. EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la corporación, en su concepto de rigor, se refiere a una serie de irregularidades procesales que se observan en el juicio, que, a su entender, podrían conducir a la declaración de nulidad total del proceso, o a hacer un pronunciamiento de ineptitud sustantiva de la demanda.

Las irregularidades se resumen así:

a) Existe una incongruencia entre el poder conferido por el actor y la demanda presentada por el abogado designado, pues al paso que el primero lo confiere Ciro Hernández Osorio, en su propio nombre y representación, la demanda se presenta en nombre de aquél y de la Contraloría Departamental de Sucre.

El Consejo de Estado, en forma reiterada y constante, ha sostenido que el Contralor Departamental carece como tal de personería jurídica, reafirmando que quien tiene la representación legal exclusiva del departamento, es el señor Gobernador y que, en consecuencia, no puede el Contralor, ni siquiera recurrir las decisiones del Tribunal que resulten adversas a la Contraloría Departamental.

b) La fotocopia del Acuerdo acusado, que se acompañó a la demanda, no reune las exigencia del artículo 139 del C. C. A., por cuanto no hay constancia de su publicación, como lo ordena la ley.

c) En vista de que el acto acusado no fue publicado, se resolvió presentar una fotocopia autenticada por Notario, la cual, de conformidad, con el artículo 254 del C. de P. C., no reune los requisitos necesarios, y, en consecuencia, no puede estimarse como hábil y menos presentarse como acto acusado.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. La Sección es competente para conocer de la controversia, por tratarse de un proceso de dos instancias, de acuerdo con el presupuesto anual ordinario del municipio demandado, según lo que aparece en el mismo acto acusado.

2. **La titularidad de la acción propuesta.** Deberá la Sala, en primer

lugar referirse a lo planteado tanto por el recurrente como por el señor Fiscal de esta Corporación, en relación con la titularidad de la acción de nulidad promovida.

Para la Sala, si bien es cierto, como realmente lo es, que sólo puede intervenir en juicio, en que sea parte un Departamento del país, quien lleva su representación constitucional y legal del mismo, o sea, el señor Gobernador, no lo es menos, que en el caso presente no se accionó en representación del Departamento de sucre, sino que quien lo hizo manifestó que lo hacía en su propio nombre como Contralor General del Departamento precitado, cuestión válida si se tiene en cuenta que la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del estatuto procesal administrativo, tiene como titular de ella a "Toda persona", término dentro del cual quedan comprendidos los funcionarios oficiales, como lo ha expresado esta Corporación.

Por ello, no son válidos los planteamientos de la parte impugnadora y del señor Fiscal, formulados por el primero para solicitar la revocatoria de la sentencia y, por el segundo, para plantear una nulidad procesal o la declaratoria de inepta demanda.

3. **La copia del acto acusado.** Tampoco es admisible el planteamiento del recurrente y del señor Fiscal con relación con la alegada inhabilidad de la copia del acto acusado, ya que el art. 254-2 del C. de P. C. claramente preceptúa que las copias tendrán el mismo valor del original, cuando: . . . 2. . . ."sean autenticadas por Notario, **previo cotejo con el original** o la copia autenticada que se le presente", requisito que, al parecer, se cumplió, como se deduce de la diligencia de autenticación que reza: "Hago constar que esta fotocopia coincide con su original que tengo a la vista", constancia que no se ha tachado de falsedad, ya que simplemente se expresa que " como no hay constancia de que este funcionario - se refiere al Notario que autenticó- se hubiera trasladado a la oficina en donde reposa el original del presupuesto, se debe presumir que el documento fue llevado a Sincelejo, a la Notaría Segunda, para su autenticación", y nada más.

Y, en cuanto hace al aspecto de no haberse demostrado la publicación del acto acusado, debe observarse que, de acuerdo con el artículo 136 del C. C. A. en la forma como quedó después de su subrogación por el artículo 23 del Decreto 2304 de 1.989, la acción "de nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo **a partir de la expedición del acto"**, y por ello no es el caso, en tratándose de actos administrativos de carácter general, impersonal o abstracto, o de actos-condición como el contentivo de un presupuesto municipal, demostrar la publicación en periódico oficial o en periódico privado de amplia circulación, o, en su defecto, por medio de avisos, boletines o bandos, como lo permite el artículo 43 del C. C. A.

4. **La fijación de la cuantía de la acción.** En la acción o proceso de

simple nulidad no se juega papel alguno, para determinar la competencia del juez y el trámite del juicio, el factor objetivo de la cuantía. En esos procesos, pero sólo cuando la acción se dirige contra actos administrativos, distintos de los electorales, proferidos por autoridades del orden municipal, lo se tiene o se debe tener en cuenta para determinar la competencia, en la primera o única instancia, del Tribunal Administrativo correspondiente, es el hecho de ser o no capital de Departamento el municipio demandado, o el presupuesto anual ordinario en el evento de no serlo.

Por consiguiente, cuando el municipio demandado no es capital de Departamento deberá demostrarse el monto del presupuesto anual ordinario, y no establecerse la cuantía de la acción de manera razonada; como en el caso sub lite, con la copia autenticada del propio acto acusado, se estableció que el presupuesto anual ordinario del municipio de Majagual era superior a los noventa y siete millones de pesos, no es válido el planteamiento del recurrente. Pero de serlo, la consecuencia sería no la de revocar la sentencia apelada por esa razón, ni mucho menos que el a-quo se declarara inhibido para decidir de fondo, pues, de todos modos, en primera o en única instancia, debía decidir la contención.

5. El presupuesto de rentas y gastos, para la vigencia de 1.988, no es el presentado por el actor, sino el conformado por unos decretos expedidos por el alcalde de la localidad.

La Sala, en realidad de verdad, no entiende cómo habiéndose expedido por el Concejo de Majagual, mediante el Acuerdo acusado, el presupuesto del municipio par la vigencia fiscal de 1.988, el cual fue sancionado por el Alcalde y enviado posteriormente para la revisión del señor Gobernador del Departamento, con posterioridad a ello, el señor Alcalde del mismo municipio expida otro presupuesto de rentas y gastos para la misma vigencia, por medio del Decreto 03B de enero 15 de 1.988 (fl. 54 y siguientes del expediente principal), con el título de "Por medio del cual se modifica o incrementa el Presupuesto de Rentas y Gastos de la vigencia fiscal de 1.988" invocando facultades que no le confiere, en esa materia, la de ordenación de los gastos municipales de acuerdo con el presupuesto y los reglamentos fiscales, y que tampoco le otorgó el concejo de la municipalidad, que sólo le confirió la facultad de hacer "los créditos necesarios para el pago de las asignaciones civiles a los cargos creados anteriormente" en la Contraloría municipal (art. 3o. del acuerdo 01 de 1.988, Fl. 40 del expediente principal).

Sin embargo, como dicho Decreto no es materia u objeto de la acción que ocupa la atención de la Sala, no podrá hacerse pronunciamiento alguno sobre él.

Finalmente, la Sala no encuentra objeción alguna a los planteamientos o razonamientos que llevaron al Tribunal a decretar la nulidad impetrada por violación del artículo 305 del Decreto-Ley 1333 de 1.986 y, en razón a ello, deberá

confirmarla.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído al concepto Fiscal y en desacuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en se su sesión de fecha treinta (30) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SOCIEDAD MERCANTIL / SOCIEDAD CIVIL / PROFESION LIBERAL

El objeto de la sociedad demandante, relacionado con las actividades propias de las ciencias contables y la asesoría empresarial, se ubica perfectamente dentro del concepto de "prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales". La referencia que hace el ordinal 14 del artículo 20 del C. de Co. a "las demás (empresas) destinadas a la prestación de servicios", no debe entenderse en el sentido de comprender absolutamente todas las empresas destinadas a la prestación de servicios, sino que deben lógicamente entenderse excluidos aquellos servicios que por otras normas son expresamente exceptuados de la naturaleza mercantil, como es el caso precisamente de "la prestación de servicios inherentes a las profesionales liberales", salvo lógicamente que el servicio inherente a la profesión liberal esté, a su vez, tipificado en otra de las actividades o empresas que el artículo 20 del C. de Co. califica expresamente de mercantiles.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1323. Actor: Arthur Andersen y Cía. Colombia.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la sociedad ARTHUR ANDERSEN Y CIA. COLOMBIA contra la Resolución EX 00143 del 26 de enero de 1988, el Oficio EX 00758 de la misma fecha y la Resolución EX 02674 del 20 de abril de 1989, expedidos por la Superintendencia de Sociedades.

I. ANTECEDENTES

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

La Sociedad Arthur Andersen y Cía. Colombia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A., demandó, el 29 de septiembre de 1989, ante esta Corporación, la nulidad de los actos administrativos preanotados y el restablecimiento del derecho violado con ellos, consistente en ordenar a la Superintendencia de Sociedades autorizar la solemnización de la reforma de los artículos 1. 6. 14 y 15 de sus estatutos sociales (fls. 26 y 27).

b.- Los actos acusados

Lo son, concretamente, el artículo 2o. de la Resolución No. EX 00143 del 26 de enero de 1988, por la cual el Superintendente de Sociedades negó a la demandante la autorización para la modificación de las cláusulas 1a., 6a. 14a y 15a. de sus estatutos sociales; el oficio No. EX 00758 de la misma fecha, en el cual se exponen los motivos de tal negativa, y la Resolución No. EX 02674 del 20 de abril de 1989, expedida por el mismo funcionario, en cuanto confirma lo dispuesto en el artículo 2o. de la Resolución EX 00143 mencionada (fls. 27 y 28).

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones son los siguientes (fls. 28 a 30):

1.- La sociedad demandante fue constituída el 30 de diciembre de 1964 mediante escritura pública No. 6616 de la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, como colectiva comercial.

2.- Teniendo en cuenta que su objeto social consiste exclusivamente en la prestación de servicios de las profesiones liberales, puesto que se dedica a prestar servicios de auditoría, contabilidad, revisoría fiscal y otros afines, se reformó su naturaleza comercial para convertirla en sociedad civil, lo cual consta en la escritura de reforma No. 1745 del 22 de abril de 1975, corrida en la Notaría 7a. del Círculo de Bogotá.

3.- La Superintendencia de Sociedades mediante resolución No. 00765 del 28 de febrero de 1975, otorgó autorización a la sociedad demandante para solemnizar tal reforma estatutaria, al encontrar que todas las modificaciones se ajustaban a las prescripciones legales.

4.- Dicha escritura de reforma de estatutos de la sociedad demandante fue inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, lugar donde se halla su domicilio principal.

5.- La sociedad demandante ha ostentado desde entonces la calidad de sociedad civil.

6.- En la reunión de la junta de socios de 4 de diciembre de 1987 se aprobó, con el lleno de los requisitos legales y estatutarios, una reforma del contrato social que afectó las cláusulas 2a., 4a., 5a., 6a., 8a., 10a., 11a., 12a., 13a. y 15a. La sociedad aprovechó esta ocasión para hacer una compilación de sus normas estatutarias, ya que debido a las reformas sucedidas desde su constitución, se encontraban dispersas en varias escrituras, lo cual dificultaba su consulta.

7.- La sociedad no modificó las cláusulas 1a. y 3a. de sus estatutos, en las cuales en su orden, se consagra la calidad de sociedad colectiva civil y el objeto social. Por lo tanto, dice, éstos se mantienen idénticos a las cláusulas iniciales, aprobadas por la Superintendencia de Sociedades en su oportunidad.

8.- Para dar cumplimiento al artículo 267-2 del Código de Comercio, la sociedad demandante envió a la Superintendencia de Sociedades copia del acta No. 39 del 4 de diciembre de 1987 de la junta de socios para que autorizara la solemnización de la reforma estatutaria.

9.- Mediante Resolución No. EX 00143 del 26 de enero de 1988 se autorizó a la sociedad para solemnizar la reforma estatutaria, salvo las cláusulas 1a., 6a., 14a. y 15a, por las razones expuestas en el oficio EX 00758 de la misma fecha, sosteniendo que ella tiene la calidad de sociedad comercial. De las cláusulas objetadas sólo fueron modificadas la 6a. y la 15a.

10.- La sociedad demandante interpuso en tiempo reposición contra la anterior resolución, el cual fue resuelto mediante Resolución No. EX 02674 del 20 de abril de 1989, la que confirmó la primera en todas sus partes y declaró agotada la vía gubernativa.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación (fls. 30 a 44):

La parte actora señala como violadas las siguientes disposiciones:

Artículos 23 numeral 5-, 25, 20 - numeral 14, - 100, 13 - numeral 2, 515 y 1o. del Código de comercio; y 27, 28 y 2085 del Código Civil.

Como resultado de su análisis sobre el concepto de violación, la parte actora expresa que al sostener la demandada que el artículo 25 del Código de Comercio define la empresa "para tomarla como criterio determinante de la mercantilidad", está haciendo una interpretación errónea que implica su violación. Y es errónea, dice, porque empresa no equivale a comerciante ya que subsisten, conforme a nuestra legislación, empresas civiles que son precisamente

las que tienen por objeto actos civiles, como lo son por excelencia la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales.

Al estimar la Superintendencia de Sociedades como fundamento de su decisión que el objeto social de la sociedad demandante se "ubica dentro del numeral 14 del artículo 20 del Código de Comercio, en cuanto se trata de la prestación de servicios", interpretó erróneamente esta disposición y, por ende, la aplicó en forma indebida, configurándose así un quebrantamiento de la misma, pues olvidó la demandada que el objeto social de Arthur Andersen y Cía. Colombia es la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales, por lo cual no ha debido interpretarlo en forma aislada, sino armonizándolo con el artículo 23 ibidem, que excluye esta actividad de la categoría de actos mercantiles, sin condición ni distinción alguna, y como una excepción, entre otras, a la relación meramente declarativa o ilustrativa que trae el artículo 20 del código mercantil.

Al afirmar la actora que la prestación de servicios no es acto mercantil en tanto quien los presta no se constituya como empresa, condición ésta que no fue establecida por la ley, está haciendo, igualmente, una interpretación errónea del numeral 5 del artículo 23 citado, e incurriendo de suyo en su violación, pues esta norma excluye claramente la prestación de servicios de las profesiones liberales de los actos de comercio; y, de contera, violó el artículo 27 del Código Civil al desatender el tenor literal de aquella disposición y el "principio de interpretación que establece que cuando la ley no hace distinción no puede hacerla el intérprete".

En suma, expresa que al interpretar erróneamente la demandada los artículos 20-14 y 13-2 del Código de comercio, la condujo a aplicar indebidamente el primero y a dejar de aplicar el segundo que es lo legalmente procedente, dándose de esta manera las infracciones advertidas.

A juicio de la Superintendencia de Sociedades, "si la actividad empresarial se desarrolla mediante un establecimiento de comercio, en los términos del numeral 2 del artículo 13 del Código de Comercio, se presume que quien tenga establecimiento de comercio abierto, es comerciante". En estos términos, la demandada está aplicando indebidamente dicha norma, ya que ésta se limita a consagrar unas presunciones sobre el ejercicio del comercio que son de naturaleza legal y no de derecho, por lo cual admiten prueba en contrario. Ello significa que quien tenga establecimiento de comercio puede no ser comerciante.

Ahora bien, continúa la actora, no puede afirmarse, como lo sugiere la Superintendencia de Sociedades, que el conjunto de bienes que ha destinado la demandante para el desarrollo de su objeto constituyan un "establecimiento de comercio", noción que consigna el artículo 515 del código de la materia y se refiere a los "BIENES MERCANTILES", cuya expresión, per se, está indicando que se

trata de un conjunto de bienes organizados para desarrollar una actividad de naturaleza mercantil. De ahí que los conceptos de "empresario" y "empresa" que utiliza el legislador para definir "establecimiento de comercio" deben entenderse referidos a los comerciantes y empresas mercantiles.

Lo anterior quiere decir que es un contrasentido sostener, como lo hace la Superintendencia de Sociedades, que la sociedad demandante tiene establecimiento de comercio y por lo tanto es comerciante, comportamiento gubernativo este que conlleva la violación de los artículos 13, numeral 2 y 515 del Código de Comercio por aplicación indebida, y que, a su vez, entraña por inaplicación, el quebrantamiento de su artículo 100 y del 2085 del Código Civil que consagran un criterio rigurosamente objetivo al otorgar el calificativo de civil o comercial a una sociedad según se haya constituido para ejercer actos de comercio o actos civiles, como en realidad, para este último evento -actos civiles- se constituyó la sociedad demandante.

Al considerar, pues, afirma la demandante, la Superintendencia de Sociedades a Arthur Andersen y Cía. Colombia como una sociedad comercial, le negó a ésta la autorización para solemnizar la reforma del artículo primero del estatuto social, infringiendo de esta manera las disposiciones preseñaladas como se acaba de explicar.

Termina expresando que, igualmente, al negarse por la demandada la autorización para solemnizar los artículos 6o. 14 y 15 del indicado estatuto, se infringió el artículo 1o. del Código de Comercio, dado que se invocaron para ello normas que no son aplicables a una sociedad civil como lo es la demandante, por cuanto esta norma limita el campo de aplicación de dicho código a los comerciantes y los asuntos mercantiles, elementos que le son ajenos a la sociedad demandante.

Aunque la parte actora cita entre las disposiciones violadas el artículo 28 del Código Civil, la demanda no incluye ningún concepto sobre la presunta infracción de esta norma.

Finalmente, en apoyo de sus puntos de vista, la actora trae a colación opiniones de conocidos comercialistas colombianos.

e.- Las razones de la defensa

A pesar de haber sido notificada personalmente la entidad demandada, a través del Superintendente de sociedades, tal como aparece al folio 52 del expediente, dicha entidad no se hizo parte en el proceso, por lo cual no contestó la demanda, ni solicitó pruebas ni alegó de conclusión.

f.- La actuación surtida:

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C. C. A.,

al proceso se le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Mediante auto del 31 de octubre de 1989, se admitió la demanda (fls. 50 y 51).

Mediante proveído del 26 de enero de 1990 se abrió a pruebas este proceso y se decretaron algunas de las solicitadas por la parte actora en su libelo de demanda y se negaron otras (fl. 83).

Habiendo recurrido en súplica de este auto en cuanto le denegó algunas probanzas, la Sala de Decisión lo revocó parcialmente mediante providencia del 5 de abril de 1990 que obra a folios 92 a 96 del expediente.

Por auto del 6 de julio de 1990 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se ordenó que una vez venciera el término legal para tal efecto, se diera traslado al Fiscal Primero de la Corporación para que emitiera su concepto de fondo (fl. 108).

Sólo la apoderada de la parte demandante hizo uso de este traslado mediante memorial que obra a folios 109 a 111.

El señor Fiscal, por su parte, emitió su concepto No. 869-90 en cumplimiento de su deber legal (fls. 113 a 116).

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente:

El Código de Comercio define la noción de "empresa" como "toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, **o para la prestación de servicios.** Dicha actividad se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio". (la subraya es de la Fiscalía). De esta descripción se verifica con claridad cómo las actividades allí referidas son comerciales, o mercantiles, no tanto por la forma de llevarlas a cabo sino por la índole misma de los actos ejecutados en forma organizada. Por otra parte, tanto el artículo 100 del mismo Código como el artículo 2085 del Código Civil, determinan que son comerciales las sociedades que se forman para negocios que la ley califica como actos de comercio y que en todo caso predominará el carácter de la sociedad que desarrolla actos de comercio. De otro lado, el numeral 14 del artículo 20 del C. de Co. determina que los actos y operaciones de las empresas mercantiles son actos de comercio para todos los efectos legales.

Acoge, igualmente, el criterio expuesto por la Superintendencia de Socie-

dades en cuanto que es la formación o el aglutinamiento alrededor de una unidad de explotación económica lo que califica el carácter de comercial de determinada actividad.

Termina pidiendo, en consecuencia, que no se acceda a las pretensiones del actor.

III. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Como se desprende claramente de la demanda y de los actos acusados, la controversia central de este proceso consiste en determinar si la sociedad demandante ARTHUR ANDERSEN y CIA. COLOMBIA es una sociedad civil o comercial.

En efecto, mientras para la Superintendencia de Sociedades la citada compañía es de carácter comercial, lo cual la llevó a negar la autorización para modificar las cláusulas 1a., 6a., 14a., y 15a., de sus estatutos sociales, para la parte actora su carácter es de sociedad civil, de donde emanaría la ilegalidad de los actos acusados.

Al respecto, dicen los artículos 2085 del Código Civil y 100 del Código de Comercio:

> **"Artículo 2085 del Código Civil.-** La sociedad puede ser civil o comercial. Son sociedades comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio. Las otras son sociedades civiles".
>
> **"Artículo 100 del Código de Comercio.-** Se tendrán como comerciales, para todos los efectos legales, las sociedades que se formen para la ejecución de actos o empresas mercantiles. Si la empresa social comprende actos mercantiles y actos que no tengan esa calidad, la sociedad será comercial.
>
> "Las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada se regirán por las normas de las compañías comerciales, cualquiera que sea su objeto.
>
> **"Parágrafo.-** Las asociaciones con fines culturales, recreativos, deportivos, de beneficencia u otros análogos, no son comerciales".

De acuerdo con las anteriores normas, la naturaleza comercial de una sociedad depende de su objeto: que éste esté constituido por negocios que la ley califica de actos de comercio (Código Civil), o por actos o empresas mercantiles (Código de Comercio).

Se excluyen de la regla anterior las sociedades por acciones y las de responsabilidad limitada, las cuales siempre se rigen por las normas comercia-

les, cualquiera que sea su objeto. Además, si el objeto comprende actos mercantiles y otros que no lo son, la sociedad será comercial.

De acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá y que aparece a folios 2 y 3 del expediente, la sociedad demandante es una "sociedad civil colectiva", cuyo objeto social es el de "prestar servicios de auditoría, contabilidad, asesoría para la organización y el manejo de empresas comerciales e industriales y las demás actividades que directamente se relacionan con los servicios antes mencionados". La misma naturaleza y exactamente el mismo objeto social aparecen en el texto de los estatutos presentados a la Superintendencia de Sociedades para su autorización, que obras a folios 69 a 71 del expediente como parte de los antecedentes administrativos y que dieron lugar a los actos demandados que negaron la autorización en relación con algunos artículos, entre ellos el Primero, que se refiere a la naturaleza civil de la sociedad, por considerar la Superintendencia como ya quedó dicho, que se trata de una sociedad comercial.

De tal manera que la controversia se traslada a determinar si el objeto de la sociedad demandante es civil o comercial, es decir, si los actos o empresa que constituyen dicho objeto son civiles o comerciales.

Al respecto, dicha controversia se centra en que para la Superintendencia de Sociedades el objeto de la sociedad demandante se ubica dentro de las empresas previstas en el ordinal 14o. del artículo 20 del Código de Comercio, mientras que para la actora su objeto es de los previstos en el ordinal 5o. del artículo 23 del mismo estatuto.

Dicen las normas citadas:

"**Artículo 20.-** Son mercantiles para todos los efectos legales:

"..... .

"14o.- Las empresas editoriales, litográficas, fotográficas, informativas o de propaganda y **las demás destinadas a la prestación de servicios"** (Subraya la Sala para resaltar la parte en que se fundamenta la Superintendencia de Sociedades).

"Artículo 23.- No son mercantiles:

"..... .

"5o. La prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".

Frente a las normas y circunstancias anteriores y de acuerdo con una

interpretación sistemática y coherente de las mismas, la Sala encuentra que asiste razón a la sociedad demandante en el sentido de insistir en que su naturaleza es de carácter civil, por las siguientes razones:

1a.- Porque a pesar de que ni el Código Civil ni el Código de comercio definen lo que debe entenderse por "profesionales liberales", del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, confrontando los conceptos de "profesión" y de "arte liberal" y de acuerdo con la concepción tradicional que se ha tenido de aquel concepto, puede afirmarse que son aquellas actividades en las cuales predomina el ejercicio del intelecto, que han sido reconocidas por el Estado y para cuyo ejercicio se requiere la habilitación a través de un título académico.

De tal manera que para la Sala el objeto de la sociedad demandante, relacionado con las actividades propias de las ciencias contables y la asesoría empresarial, se ubica perfectamente dentro del concepto de "prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales".

2a.- Porque la referencia que hace el ordinal 14o. del artículo 20 del C. de Co. a "las demás (empresas) destinadas a la prestación de servicios", no debe entenderse, como lo hace la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de comprender absolutamente todas las empresas destinadas a la prestación de servicios, sino que deben lógicamente entenderse excluidos aquellos servicios que por otras normas son expresamente exceptuados de la naturaleza mercantil, como es el caso precisamente de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales", de acuerdo con el ordinal 5o. del artículo 23 del C. de Co., salvo lógicamente, que el servicio inherente a la profesión liberal esté, a su vez, tipificado en otra de las actividades o empresas que el artículo 20 del C. de Co. califica expresamente de mercantiles y que no es el caso de la sociedad demandante.

3a.- Porque para la Sala tampoco es cierto, como lo sostiene la Superintendencia en la motivación de los actos acusados, que el carácter no mercantil de "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales" dependa de la forma de dicha prestación, de tal manera que si se presta a través de una empresa, como organización económica, o por medio de una sociedad, ello implique que adquiere el carácter comercial, ya que la norma excepcional contenida en el ordinal 5o. del artículo 23 del C. de Co. no hace ninguna distinción al respecto, y según un principio generalmente aceptado, si la ley no hace distinción, no le es permitido hacerla al intérprete.

4a.- Porque los conceptos de empresa y de establecimiento de comercio a que se refiere el artículo 25 del C. de Co. deben entenderse condicionados a que la actividad que constituye su objeto sea de carácter comercial, de tal manera que si la actividad no tiene este carácter, ni la empresa ni el establecimiento podrán considerarse comerciales. Sobre este aspecto la Sala hace suyos los siguientes

comentarios del tratadista Gabino Pinzón, quien expresa:

"..... no puede afirmarse, como piensan algunos, que toda empresa, esto es, toda actividad económica organizada es mercantil, teniendo en cuenta la simple forma organizada de la actividad, independientemente del objeto de la misma. Porque el derecho del país sigue siendo rígidamente objetivo y para efectos de aplicar las leyes comerciales o las leyes meramente civiles no es del caso distinguir entre empresarios y no empresarios, sino entre comerciantes y no comerciantes, según que se desarrollen profesionalmente o no actos calificados o calificables como de comercio. Por lo cual puede hablarse de empresas comerciales y de empresas meramente civiles, ya que tanto los actos mercantiles como los que no tienen esa calidad pueden ser desarrollados en forma organizada.

"..... .

"Fruto de la confusión introducida con la calificación general de mercantiles para todas las empresas destinadas a la prestación de servicios, no han faltado los exégetas que han pretendido que son mercantiles las empresas destinadas a la prestación de servicios propios de las profesiones liberales, especialmente cuando se organizan en forma de sociedad. Se trata, sin embargo, de una dificultad derivada de una forma inadecuada de interpretar el sentido de las normas legales, sin ayuda del contexto de las leyes, es decir, en contra de lo preceptuado en los artículos 27 y 30 del Código Civil, sobre los cuales ya se hizo un comentario en otro lugar de esta obra (Núm. 33). Porque en el artículo 23 del Código de Comercio se prevé expresa y claramente que no es mercantil "la prestación de servicios inherentes a las profesiones liberales"; disposición que no hace excepción ninguna por razón de la forma como sean prestados dichos servicios, es decir, lo mismo es si se prestan en forma organizada, estable y permanente, mediante la utilización de los medios de toda clase que sean necesarios, que si se prestan en forma ocasional o aislada. La utilidad de la relación hecha en el artículo 23 estriba precisamente en que con ella -que tampoco es limitativa, sino meramente ilustrativa, según el artículo 24 del mismo Código- es fácil ayudar a determinar cuáles son los actos y negocios mercantiles, con el criterio general de que las empresas, como formas de actividad económica organizada, son mercantiles o son civiles, según que los actos y negocios que constituyen su objeto sean mercantiles o meramente civiles". (PINZON, Gabino. Introducción al Derecho comercial. 3a. edición. Editorial Temis S. A. Bogotá, 1985. Págs. 162 y 165).

Como consecuencia de lo anterior, la Sala, en desacuerdo con el Agente del Ministerio Público, encuentra que la Superintendencia de Sociedades al expedir los actos acusados violó las normas indicadas en la demanda y en las consideraciones anteriores, por lo cual procede la declaratoria de su nulidad y el consi-

guiente restablecimiento del derecho, en los términos solicitados en la misma demanda.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA

Primero.- DECLARASE la nulidad de los siguientes actos administrativos, expedidos por el Superintendente de Sociedades:

a) El artículo segundo de la Resolución No. EX00143 del 26 de enero de 1988.

b) El Oficio No. EX00758 del 26 enero de 1988.

c) La Resolución No. EX02674 del 20 de abril de 1989.

Segundo.- Como consecuencia de la declaratoria de nulidad anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la Superintendencia de Sociedades autorizará a la Sociedad Arthur Andersen y Cía. Colombia la solemnización de la reforma de los artículos 1o., 6o., 14o. y 15o. de sus estatutos sociales.

Tercero.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FIDEICOMISO / CONTRATO DE FIDUCIA - Liquidación **SUPERINTENDENCIA BANCARIA** - Facultades.

La norma demandada en manera alguna está imponiendo la obligación de continuar con un contrato de fiducia que ya, por razón de la liquidación forzosa administrativa se supone extinguido Los bienes fideicomitidos se involucran dentro del proceso de liquidación forzosa administrativa y, por lo mismo, quedan regulados por las normas legales aplicables a dicho trámite, lo que significa que el Superintendente Bancario si tiene injerencia sobre estos bienes aunque no formen parte de la masa de liquidación, en cuanto se refiere a su restitución, lo que no encuentra óbice legal para que dentro de dicho proceso propicie acuerdos tendientes a regular las relaciones del fiduciario intervenido con sus acreedores.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1197. Acción de nulidad contra el artículo 2o. del Decreto Reglamentario No. 335 del 14 de febrero de 1.989. Actor: CARLOS IVAN FERNANDEZ HERNANDEZ.

1. El abogado Carlos Iván Fernández Hernández, obrando en su propio nombre en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A. demanda ante esta Corporación la nulidad del artículo segundo del Decreto No. 335 del 14 de febrero de 1.989 expedido por el Presidente de la República, refrendado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuyo texto aportó con el acompañamiento de la demanda del Diario Oficial en el cual fue publicado.

II. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA DEMANDA

Se concretan de la siguiente manera:

a. El Decreto No. 335 del 14 de febrero de 1.989 fue expedido por quien a la sazón ejercía el cargo de Presidente de la República para reglamentar parcialmente la letra b) del artículo 3o. del Decreto 1939 de 1.986.

b. Se consideró por parte del Presidente de la República "Que para dar cumplimiento a las disposiciones legales que rigen la liquidación forzosa administrativa de las entidades vigiladas y en especial a la letra q) del artículo 3o. del Decreto número 1939 de 1.986, es necesario determinar los trámites a seguir para la cancelación de las acreencias en el marco de la liquidación de una sociedad fiduciaria intervenida por la Superintendencia Bancaria, particularmente en lo referente a los patrimonios autónomos derivados de la celebración de contratos de fiducia mercantil".

c. El Decreto acusado fue expedido con fundamento en las facultades constitucionales y legales que le corresponden al Presidente de la República y en particular en las que le confieren los numerales 3 y 15 del artículo 120 de la Constitución Política.

III. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor estima como normas violadas las siguientes:

El numeral 2 del artículo 218; los numerales 2 y 7 del artículo 1240, los artículos 1242, 1234 y 1236, todos del Código de Comercio.

La Ley 45 de 1.923, artículo 48 sustituído por la Ley 57 de 1.931 y modificado por el Decreto Extraordinario 1939 de 1.986; artículos 120, ordinal 15 y 63 de la Constitución Nacional.

Dice el demandante que desde la Ley 45 de 1.923, hasta la expedición del Decreto Extraordinario 1939 de 1.986, se ha consagrado la facultad de tomar posesión de los bienes , haberes y negocios de una sociedad intervenida, excluyendo los que no sean de dicho establecimiento. Idea esta que ha sido extendida por el artículo 7o., numeral 4o. ,del Decreto 2217 de 1.982 que excluye de la masa de liquidación y por ende del proceso liquidatorio y de la competencia del señor Superintendente Bancario los bienes que tenga la entidad intervenida en calidad de fiduciario, estableciéndose a la vez un procedimiento para la devolución de dichos bienes cuando se presenta un conflicto al respecto o la entidad intervenida no lo hace voluntariamente, cosa que nada tiene que ver con el proceso liquidatorio propiamente dicho.

Puntualiza el actor que los artículos 1234, 1236, y 1242 del Código de

Comercio se refieren al derecho de restitución de los bienes en el caso de extinción de la fiducia.

Afirma que el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, confiere al Superintendente Bancario una competencia en un asunto en el cual la ley no le confiere injerencia; pues la competencia de éste "se limita en el proceso de liquidación a la masa de bienes de la entidad intervenida no pudiendo, como autoridad administrativa, ejercer competencia en procedimientos distintos a los que se refiere dicha masa". "A menos que se entienda que la disposición contenida en el Artículo 2 del Decreto 335 es una simple potestad, propia a toda persona, de dar sugerencias o consejos; cosa que violaría el principio mismo de la competencia de toda autoridad como lo es el del ejercicio de funciones públicas, ajenas a la consejería de manera obligatoria o asesoría a particulares".

El acto acusado está sometiendo el derecho de restitución de los fideicomitentes, aspecto que, repite, es ajeno a la liquidación propiamente dicha, a una condición suspensiva meramente potestativa del señor Superintendente Bancario, consistente en la intervención del mismo en el proceso de restitución, materia donde la ley no le confiere potestad alguna y donde debe limitarse a efectuar las restituciones del caso, pues no otra cosa puede darse al extinguirse al negocio fiduciario como consecuencia de la disolución de la entidad fiduciaria.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

Mediante auto de 20 de junio de 1.989 (fls. 26 a 31) fue admitida la demanda, y denegada la suspensión provisional que había sido impetrada y sustentada junto con la misma.

El apoderado de la nación, a través de memorial que obra a folios 40 a 53, le dió contestación oponiéndose categóricamente a su pretensión anulatoria.

Por auto del 29 de noviembre de 1.989 se tuvo por contestada la demanda y se dió traslado a las partes por el término legal para que presentarán sus alegatos de conclusión, derechos del cual hizo uso sólo el procurador judicial de la Nación (fls. 59 a 82).

El 31 de enero de 1.990 el señor Fiscal Primero de la Corporación emitió concepto de fondo que se distingue con el No. 750-90 y obra a fls. 87 a 90.

V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su concepto de fondo, el señor Agente del Ministerio Público considera que la pretensión de nulidad no debe prosperar porque de acuerdo con la naturaleza jurídica del negocio de fiducia, es deber ineludible de la sociedad fiduciaria el procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto de aquél, de tal

manera que, como lo manda la ley, todo acto de disposición que realice el fiduciario deberá ser siempre oneroso y con fines lucrativos, es decir, dirigidos todos ellos a cumplir con la finalidad determinada por el constituyente en favor del beneficiario o fideicomisario, llevándose a cabo igualmente la protección de los bienes fideicomitidos.

VI. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Para facilitar el análisis de la Sala transcribirá el contenido de algunas de las disposiciones estimadas por el actor como infringidas:

El artículo 18 del Código de Comercio establece:

"La Sociedad Comercial se disolverá:

. . . . . .

"2o) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto".

Igualmente, el artículo 129 ibídem, señala como "causas de **extinción** del negocio fiduciario. . . . . .

"2a.) La imposibilidad absoluta de realizarlos" (se refiere a los fines).

"7a.) Por disolución de la entidad fiduciaria".

Consecuentemente, el artículo 1242 del mencionado Código establece que "Salvo disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiduciario, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos".

El artículo 1234 del C. de Co. previene que "Son deberes indelegables del fiduciario, demás de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

. . . . . .

7o.) Transferir los bienes a la personas a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluído el negocio fiduciario".

El artículo 1236 ibídem señala que "Al fiduciante le corresponderán los siguientes derechos:

. . . . . .

3o.) Obtener la devolución de los bienes al extinguirse el negocio fiduciario, si cosa distinta no se hubiere previsto en el acto de constitución".

Al confrontar el demandante el texto del acto acusado con las disposiciones pretranscritas y sobre la base de que los bienes fideicomitidos no forman parte de la masa de liquidación de la entidad intervenida como se desprende de la provisión contenida en los artículos 1233 y 1399 del C. de Co. y numerales 2., 3., y 4. del artículo 7o. del Decreto 2217 de 1.982, deduce el actor que la liquidación administrativa de una sociedad fiduciaria conlleva la disolución y la consiguiente terminación del negocio fiduciario, razón por la cual no resulta posible continuar un contrato que ya se ha extinguido, ni someter el derecho a la restitución que tiene el fideicomitente a la conclusión del negocio fiduciario, a una condición dependiente de la voluntad del Superintendente Bancario.

Fue a partir de la Ley 45 de 1.923 que se estableció la liquidación administrativa para aplicarla como consecuencia del Decreto de toma de posesión de los negocios y haberes de un establecimiento bancario. Luego se consagró en el artículo 1933 del C. de Co. para las empresas industriales y de comercio del Estado y sociedades de economía mixta en que aquél tenga parte principal, directa o indirectamente. Posteriormente, el Decreto 2217 de 1.983, por el cual se adoptaron medidas para proteger el ahorro privado, la hizo extensiva a las entidades cuyo objeto principal sea el manejo, aprovechamiento o inversión de fondos provenientes del ahorro privado (intermediarios financieros).

La Ley 117 de 1.985 que creó el Fondo de Cesantías de Instituciones Financieras, facultó la Gobierno Nacional "para dictar normas sobre estructura, funciones y contratación de la superintendencia Bancaria para facilitar la revisión de las actividades de las instituciones vigiladas". Con base en esta facultad el Presidente de la República profirió el Decreto 1939 de 1.986 donde igualmente consagró el mecanismo de la liquidación administrativa para las instituciones sometidas a la vigilancia e inspección de aquélla, entre las cuales se relacionan los establecimientos bancarios y las sociedades fiduciarias.

Esta norma extraordinaria para "Asegurar la confianza pública en el sistema financiero y velas porque las instituciones que lo integran mantengan permanente solidez económica y coeficiente de liquidez apropiados para atender sus obligaciones para con toda clase de acreedores" y "Prevenir situaciones que pueden derivar de la pérdida de confianza del público, protegiendo el interés general y particularmente el de terceros de buena fe" entre otros objetivos (artículo 1o.), dispuso en el segundo que la Superintendencia Bancaria los

desarrollará mediante las siguientes acciones:

"....

"q) Tomar inmediata posesión de los bienes, haberes y negocios de una institución vigilada cuando se presentan los siguientes hechos que a juicio del Superintendente Bancario hagan necesaria la medida previo concepto del Consejo Asesor y con la aprobación del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

"1. Cuando haya suspendido al pago de sus obligaciones.

"2. Cuando haya rehusado ala exigencia que se haga en debida forma de someter sus archivos, libros de contabilidad y demás documentos, a la inspección de la Superintendencia bancaria.

"3. Cuando haya rehusado al ser interrogado bajo juramento con relación a sus negocios.

"4. Cuando incumple reiteradamente las órdenes e instrucciones de la Superintendencia debidamente expedidas.

"5. Cuando persista en violar sus estatutos o alguna ley.

"6. Cuando persista en manejar los negocios en forma no autorizada o insegura.

"7. Cuando se reduzca el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento (50%) del capital suscrito".

Estas causales son las igualmente tipificadas en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1.931, que sustituyó al 48 de la Ley 45 de 1.923, para la toma de posesión de negocios y haberes de un establecimiento bancario, es decir, que el fundamento que ha inspirado en este aspecto la medida administrativa ha sido idéntico a través de la evolución legislativa sobre la finalidad y trámite de la liquidación forzosa, sólo que hoy expresamente extendida a todas las instituciones sometidas a la vigilancia y control de la Superintendencia Bancaria, cuales son las señaladas en el artículo 2o. del Decreto-Ley 1939 de 1.986.

LOS CARGOS

El primer cargo endilgado por el actor a la norma reglamentaria acusada consiste en que prescribir las normas comerciales indicadas como infringidas, que a la exhibición del negocio de fiducia la obligación legal del fiduciario es la restitución inmediata de los bienes fideicomitidos al fideicomitente, y que al producirse la

liquidación administrativa de la sociedad fiduciaria intervenida por razón de la posesión de sus bienes, ello significa, jurídicamente, que aquélla queda disuelta y , por ende, el negocio fiduciario concluído.

A pesar de esto, dice el actor, la norma censurada permite continuar un contrato que haya quedado extinguido, y somete el derecho a la restitución que tiene el fideicomitente a la terminación del negocio fiduciario a una condición dependiente de la voluntad del Superintendente Bancario.

El artículo 2o. del Decreto 335 de 1.989 en manera alguna está imponiendo la obligación de continuar con un contrato de fiducia que ya, por razón de la liquidación forzosa administrativa se supone extinguido. Lo que esta norma prevé es que, sin perjuicio del derecho del fideicomitente que se le restituyan los bienes al producirse la extinción del negocio fiduciario, si en el acto de constitución no se hubiere previsto cosa distinta, el Superintendente Bancario, quien por lo demás ejerce la representación legal de la entidad intervenida, "podrá propiciar acuerdos cuyo objeto consista en la continuación , por un nuevo fiduciario de la gestión orientada a alcanzar las finalidades previstas en los contratos celebrados por la entidad intervenida" que puede ser sólo una entidad fiduciaria o un establecimiento de crédito especialmente autorizado por la Superintendencia Bancaria , a voces con el inciso final del artículo 226 del C. de Co.

Finalmente se advierte por la utilización del verbo poder en su inflexión "podrá", que lo que a aquel funcionario corresponde es una actividad que puede desarrollar siempre que no altere, afecte o desconozca el derecho fideicomitente y obtener la devolución de los bienes cuando a ello hubiere lugar, es decir, siempre y cuando no se disponga otra cosa en el acto constitutivo del negocio fiduciario.

En realidad se trata de una norma a la que la doctrina y la jurisprudencia denomina PERMISIVA O DISPOSITIVA, y si ella posibilita una actividad frente un acontecimiento, su ejercicio debe consultar la naturaleza y finalidad de la institución dentro de la cual opera y el ordenamiento jurídico que la rodea, porque en este aspecto como en tantos otros de la materia mercantil, tal clase de normas deben conjugarse con la autonomía de la voluntad, principio rector del negocio jurídico cuyo ejercicio tiene, obviamente, limitaciones impuestas por el orden jurídico, encaminadas a la protección del interés público y las buenas costumbres.

Contrariamente a lo que piensa el demandante, podría decirse que lo que está condicionado en la norma censurada en la potestad del Superintendente Bancario pues su obrar no puede ni debe contrariar a voluntad del fideicomitente cuando éste exige la devolución de sus bienes como un derecho suyo que consagra el artículo 1242 del C. de Co. en los siguientes términos:

"Salvo la disposición en contrario del acto constitutivo del negocio fiducia-

rio, a la terminación de éste por cualquier causa, los bienes fideicomitidos pasarán nuevamente al dominio del fideicomitente o de sus herederos".

La función de control o vigilancia atribuída al Superintendente Bancario quiere decir la protección de los derechos de las personas que pueden verse afectadas por un proceder ilícito o irregular en las entidades en las que se han depositado precisamente su confianza, por consiguiente, y como ya se ha expresado, la actividad de aquél dentro del marco de la disposición cuestionada no significa imposición de obligación alguna al fideicomitente, ni es una condición previa a la restitución de los bienes, sino que es la protocolización reiterada de su deber de velar por la protección de los intereses de los fideicomitentes, para cuya práctica bien puede como personero de la entidad intervenida, y si los fiduciantes lo desean, propiciar acuerdos entre ellos y quienes están autorizados por la Superintendencia para desarrollar la labor de fiducia, a efecto de que se continúe la gestión iniciada por la entidad intervenida, mas no para propender por la continuación de unos contratos que ya han terminado, como erróneamente lo afirma el actor en su libelo de demanda.

Lo que fluye del espíritu de la disposición acusada es el afán del legislador de evitar o reducir en lo posible, con la mediación de la más señalada autoridad gubernamental, las dificultades que sobrevendrían con ocasión de la liquidación de la fiduciaria intervenida para alcanzar las metas previstas en los contratos celebrados.

Bastan a la Sala las anteriores acotaciones para estimar que el cargo no prospera.

El segundo cargo lo centra el actor en la violación de las reglas de la competencia por exceso en la potestad reglamentaria.

Advierte que la disposición acusada confiere al Superintendente Bancario competencia en un asunto en el cual la ley no le da injerencia alguna, ya que la facultad se limita en el proceso de liquidación a la masa o conjunto de bienes de la entidad intervenida, no pudiendo ejercer competencias en procedimientos distintos a los que se refieren a dicha masa.

Los Decretos 2216 y 2217 de 1.982 -éste último modificado por el Decreto 1215 de 1.984-, citados e invocados por el demandante como sustento de sus censuras , fueron expedidos por el Presidente de la República en uso de sus facultades constituciones y en particular de las normas que le confieren los numerales 3 y 15 del artículo 120 de la Carta y el artículo 2035 del Código de Comercio para adoptar medidas de protección a los depositantes de los establecimientos bancarios y reglamentar parcialmente la Ley 45 de 1.923 y el Libro Cuarto del citado Código, concretamente sus artículos 1227, 1233, 1399 y 1962 que imponían la necesidad de determinar los trámites a seguir para la

devolución de los depósitos y bienes que no integran la masa de la liquidación de un establecimiento bancario intervenido por la Superintendencia Bancaria, como está consignado en el primero de los decretos preseñalados, y para proteger el ahorro privado como reza el epígrafe del segundo, el cual reprodujo a aquél mutatis mutandi, en muchas de sus partes.

En dichos decretos se consagraron normas en relación con los bienes que no conforman la masa de la liquidación, dentro de los cuales se incluyen los que tengan en calidad de fiduciario la institución intervenida.

No podía ser de otro modo para lograr la finalidad expresada por la ley, cual es la de identificar cabalmente y separar con precisión los bienes integradores de la masa de la liquidación. Desde luego que es deber legal de las sociedades fiduciarias y de los establecimientos de crédito que operan esta actividad, mantener los bienes fideicomitidos separados del resto del activo del fiduciario y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios.

A que esta delimitación patrimonial sea una realidad sin reserva y a ejecutar adecuadamente la liquidación de la institución intervenida se enderezan las reglas de los aludidos decretos; y consecuentemente ellos contienen previsiones encaminadas a la restitución de los bienes que no forman parte de la masa liquidatoria.

Ejemplo muy pertinente de este tipo de normas lo es el artículo 9o. del Decreto 2217 que establece que:

> "Una vez recibidas las reclamaciones el Superintendente hará entrega de los bienes que no forman parte de la masa, en el orden establecido por el mismo funcionario mediante resolución motivada y teniendo en cuenta el principio de la protección de los intereses de los ahorradores. Dichos pagos se efectuarán en la medida en que las disponibilidades lo permitan. En caso de no acceder a tal entrega, los interesados podrán reclamar ante el juez competente, quien decidirá previos los trámites de un incidente. . . ".

a la cual precede, obviamente la citación a todas las personas que se consideran con derecho a formular las reclamaciones de cualquier índole contra la entidad intervenida, para que las presenten comprobadas al menos sumariamente, en el lugar que al efecto se señala.

También lo es el artículo 3o. del mismo decreto, el cual consagra que

> "El Superintendente podrá acordar con los acreedores de la entidad intervenida, una de las medidas siguientes:
>
> . . . . . .

"3. Cualquiera otra que facilite el pago de las obligaciones a cargo del deudor o que regulen las relaciones de éste con sus acreedores".

Y como acertadamente lo señala el apoderado de la Nación en su contestación de demanda, el fideicomitente es un acreedor por cuanto, una vez extinguido el negocio de fiducia, pasa a ser sujeto activo de la obligación de restitución que está a cargo del fiduciario, y por dicha circunstancia le es aplicable la precedente disposición.

En virtud de estos específicos antecedentes y del marco general que se describe ab-inicio de los considerandos de esta providencia, que reflejan una filosofía de protección de los depositantes, fiduciarios y demás titulares de bienes que no forman parte de la masa de la liquidación, se infiere sin mayor esfuerzo dialéctico que los bienes fideicomitidos se involucran dentro del 'proceso de liquidación forzosa administrativa y, por lo mismo, quedan regulados por las normas legales aplicables a dicho trámite, lo que significa que el Superintendente Bancario si tienen injerencia sobre estos bienes aunque no formen parte de la masa de la liquidación, en cuanto se refiere a su restitución, lo que no encuentra óbice legal para que dentro de dicho proceso propicie acuerdos tendientes a regular las relaciones del fiduciario intervenido con sus acreedores, dentro de las cuales incluyen, como ha quedado expresado, a los fideicomitentes, una de cuyas modalidades es justamente la contemplada en la norma acusada, cuyos considerandos tienen clara inspiración en los principios que se han enunciado y responden a una interpretación que tiene en cuenta el sentido y finalidad de la ley que reglamenta en orden a satisfacer las necesidades previstas en la institución de la fiducia mercantil que contempla el Código de Comercio y las demás disposiciones que regulan esta materia.

No debe olvidarse que, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta corporación, "La función reglamentaria no es una actividad mecánica de reproducción de textos. En su ejercicio hay un proceso previo de análisis y evaluación de la ley, de indagación de sus fines, y de investigación sobre su contenido general y sus alcances parciales. . . . .En él puede desenvolverse, no sólo lo que aparezca explícitamente regulado en la ley, sino también lo que se encuentre implícito en ella". (Anales, 1982 Tomo CIII-año LVII, Nos. 475-476, pág. 86).

Finalmente, tampoco atina el actor cuando entendiendo la norma acusada como una simple potestad de consejería considera que se viola el principio de la competencia de toda autoridad que consiste en el ejercicio de funciones públicas, desconociendo que el ejercicio de éstas no siempre conllevan la imposición de cargas a los particulares, pues bien puede la ley -como en efecto lo hace en múltiples ocasiones-, contemplar u otorgar la facultad de asesorar sin que ello entrañe que la función así ejercida tenga necesariamente carácter coercitivo.

Por lo demás no habla de aconsejar sino de propiciar, que es estrictamente

una actividad distinta a aquélla.

No prospera, entonces, el cargo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

DENIEGASE la pretensión de nulidad de la demanda instaurada por el ciudadano Carlos Iván Fernández Hernández.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y archívese.

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

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación

Para la época en que se expidió el Acuerdo Municipal (dic. 2/71), en virtud de lo establecido en el artículo 59 del Acto Legislativo de 1968, hoy artículo 190 de la Carta, El Concejo Municipal de Río de Oro (Cesar) carecía de competencia para crear la Contraloría de su municipio, ya que la vigilancia fiscal estaba radicada en las Contralorías Departamentales. En la actualidad, en virtud de la expedición de la norma que regula el régimen municipal, nuevamente se asigna competencia a los Concejos Municipales en lo referente a la creación de la oficina encargada de control fiscal.

CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo No. 001/71 (diciembre 2) emanado del Concejo Municipal de Río de Oro (Cesar), por medio de la cual se creó la Contraloría de dicho Municipio.

DEMANDA - Requisitos / **COPIA DEL ACTO / PUBLICACION**

No solo el art. 139 inc. 4 del C.C.A. admite la posibilidad de que la nulidad pueda inpretarse "cuando el acto no ha sido publicado", sino que el inc. 1º del art. 136 ibídem expresamente advierte que "la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto", aun cuando es claro que esta norma solo tiene efectos para los procesos iniciados a partir de 7 de octubre de 1989.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., dieciséis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1341. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actor: JAIR A. HERNANDEZ QUINTERO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la referencia por medio de la cual se declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el ciudadano Raúl Gutiérrez Gómez y se decretó la nulidad del Acuerdo No. 001 de 2 de diciembre de 1971, emanado del Concejo Municipal de Río de Oro (Cesar), a través del cual se creó la Contraloría de dicho Municipio.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Considera el a-quo que la falta de publicación del acto no afecta intrínsecamente su existencia ni su validez y, que, por lo demás, en el proceso no se demostró que el Acuerdo acusado no hubiera sido publicado.

Que de otra parte el Concejo Municipal no estaba facultado para crear la Contraloría Municipal, pues la ley que tuvo como base estaba derogada, y al carecer de competencia, hay lugar a decretar la nulidad.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE ALZADA

Manifiesta el recurrente su inconformidad en el hecho de que corresponde al demandante la carga de probar que el Acuerdo fue publicado, y que al no haberse acreditado este requisito, falta un elemento indispensable para poder accionar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por lo que el fallo debe ser inhibitorio.

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que al no haberse creado la Contraloría Municipal de Río de Oro (Cesar), antes de la vigencia del Acto Legislativo de 1968, este Municipio debe someterse a la Vigilancia Fiscal de la Contraloría Departamental y al no darse esta circunstancia, se infringieron normas de carácter constitucional.

Que en lo tocante a la ausencia de publicación del acto demandado, no es causal de nulidad, por lo que considera debe confirmarse el fallo de primer grado.

IV. LA DECISION

No se observa causal de nulidad que invalide lo actuado y para resolver se

CONSIDERA:

1.- Son dos los aspectos objeto de estudio para la Sala en el proceso que ocupa su atención:

a) Establecer si el acto acusado fue expedido por órgano competente, y

b) Si la falta de constancia de publicación del acto acusado genera sentencia inhibitoria.

2. Es menester entrar a analizar el punto b) ya que, de prosperar la impugnación, liberaría a la Sala de cualquier pronunciamiento acerca de la nulidad del acto demandado.

Estima la Sala que no sólo el artículo 139 inc. 4o. del C. C. A., admite la posibilidad de que la nulidad pueda impetrarse "CUANDO EL ACTO NO HA SIDO PUBLICADO" (se resalta), sino que el inciso 1o. del artículo 136 ibídem expresamente advierte que "La acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo A PARTIR DE LA EXPEDICION DEL ACTO" -(se resalta)-, aun cuando es claro que esta norma sólo tiene efectos para los procesos iniciados a partir del día 7 de octubre de 1989.

Ya la Sección, con ponencia del doctor Libardo Rodríguez, en auto de fecha mayo 4 de 1990, se pronunció al respecto cuando dijo:

> "De tal manera que según el texto actual la acción de nulidad puede ejercitarse en cualquier tiempo 'a partir de la expedición del acto'. Por lo mismo, la Sala considera que el artículo 139 del C. C. A., puede ser interpretado válidamente en el sentido de que, en relación con los actos administrativos generales, el requisito que 'es del caso' puede ser la constancia de su ejecución cuando el acto no ha sido publicado".

Basta pues que obre en el plenario prueba de la expedición del acto para que esta Corporación no pueda sustraerse a un pronunciamiento de fondo.

3. En lo tocante a la incompetencia del órgano para expedir el acto objeto de la acción de nulidad, observa la Sala que el Concejo Municipal de Río de Oro (Cesar), en su Acuerdo No. 001 de 2 de diciembre de 1971, dijo:

> **"ACUERDA:**
>
> "Art. 1o. Créase la Contraloría Municipal, de Río de Oro, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto Extraordinario **1839 de 1957** y contemplado en el artículo 214 del Código de Régimen fiscal del Departamento del Cesar" (Se subraya).

Al respecto señala la Sala que el Decreto por el cual se dictaron normas para la Unificación del Control Fiscal es el 1839 del año 1956 y no 1957, que en su artículo 5o., prescribió que los Municipios capitales de Departamento y en aquellos cuyo presupuesto anual de rentas e ingresos fuere mayor de dos millones de pesos funcionarían Contralorías Municipales.

Asiste pues razón al juzgador de primera instancia cuando fundamenta su sentencia en un pronunciamiento de esta Corporación, cuyo texto transcribe, de que la norma que sirvió de base al Concejo Municipal se encuentra derogada.

En efecto: El artículo 6o. inc. 2o. de la ley 6 de 1958, expresa:

"Quedan modificados los artículos 1, 2 y 3 de la ley 47 de 1945; el 1o. de la Ley 47 de 1947 y **derogados** (se subraya) los Decretos Legislativos 1839 de 1o. de agosto de 1956. . . . . ".

De otra parte el Acto Legislativo de 1968, en el artículo 59, radica la vigilancia fiscal de los Departamentos y Municipios en cabeza de las Contralorías Departamentales hasta tanto LA LEY DETERMINE RESPECTO A CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES.

No cabe pues, duda alguna a la Sala, que para la época en que se expidió el Acuerdo Municipal (diciembre 2 de 1971), en virtud de lo establecido en el artículo 59 del Acto Legislativo de 1968, hoy artículo 190 de nuestra Carta Magna, el concejo Municipal de Río de Oro (Cesar) carecía de competencia para crear la Contraloría de su municipio, ya que la vigilancia fiscal estaba radicada en las Contralorías Departamentales.

En la actualidad, en virtud de la expedición de la norma que regula el régimen municipal (Ley 11 de 1986), nuevamente se asigna competencia a los Concejos Municipales en lo referente a la creación de la oficina encargada del control fiscal. Es así como, en el artículo 305 del C. de R. P. y M. (D. L. 1333 de 1986), encontramos que éstos pueden crear y organizar contralorías, cuando su presupuesto anual exceda de cincuenta millones de pesos sin incluir el valor de los recursos de crédito y transferencias de la Nación y del Departamento.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal.

FALLA:

CONFIRMARSE la sentencia de fecha 26 de septiembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO /PRODUCTO AGROPECUARIO - Precio

La determinación de la política y fijación de precios de los productos e insumos agropecuarios, a la vez que la fijación de cuotas de absorción obligatorias de materias primas de producción nacional -la fibra de algodón es una de ellas-, son funciones que tienen carácter imperativo, como que es una clara y precisa forma de ejercicio de la intervención del Estado, la cual no excluye la concertación al planear y racionalizar aquella con la participación, cuando es del caso, del sector privado correspondiente, en una evidente posición de respeto y garantía por la libertad de empresa y la iniciativa particular.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., diecisiete (17) de Mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Rodrigo Vieira Puerta*

Referencia: Expediente No. 1374. Resoluciones ministeriales. Actor: CONFEDERACION COLOMBIANA DE ALGODON -CONALGODON-

El apoderado de la CONFEDERACION COLOMBIANA DE ALGODON "CONALGODON", presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta Corporación, solicitando que por sentencia definitiva se hagan las siguientes o similares declaraciones:

"Primera.- Que es nulo el artículo 1o. de la resolución cero trescientos ochenta y seis (0386) del veintitres (23) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), expedidas por los señores Ministros de Agricultura y Desarrollo Económico, en cuanto por medio del mismo se fijó "en la suma de seiscientos noventa y cinco mil pesos ($695.000) moneda corriente, el

precio mínimo por tonelada de fibra de algodón puesta en planta desmotadora, proveniente de la cosecha Costa-Meta 1989-1990, que se destinará al consumo interno".

"Segunda.- Que es igualmente nulo el artículo 2o. de la mencionada resolución cero trescientos ochenta y seis (0386) de veintitres (23) de junio de mil novecientos ochenta y nueve (1989), en cuanto por medio de la misma se dispuso "Fijar en cincuenta y nueve mil (59.000) toneladas métricas la cantidad de fibra de algodón proveniente de la Cosecha Costa-Meta 1989-1990, que se destinara al consumo interno".

"Tercera.- Que el ejercicio de la facultad intervencionista en materia de fijación de precios de la fibra de algodón en el mercado interno y la de determinación de los volúmenes de la producción de la misma que deben destinarse al mercado nacional es reglado y, por tanto, no puede quedar ad libitum de la autoridad competente sino que por el contrario, solo puede ejercitarse una vez se hayan adelantado los estudios y análisis del caso.

"Cuarta.- Que la sentencia se comunique al Gobierno Nacional, para los efectos de su cumplimiento, por conducto de los señores Ministros de Agricultura y de Desarrollo Económico".

Los HECHOS de la demanda se resumen así:

1. La potestad, reglada, que no discrecional, de señalar los precios y fijar las cantidades que deben destinarse al consumo interno y, en general, de regular y coordinar el mercado del algodón, está hoy en cabeza de los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Económico de conformidad con la Ley 21 de 1988 y el Decreto 501 de 1989, y se ejerce cuando se presentan discrepancias entre el sector agricultor y el procesador de la fibra de algodón acerca de aquellos aspectos, a manera de árbitro.

2. "Al no haberse producido el acuerdo o concertación entre los agricultores de la industria procesadora en lo relacionado con el precio de venta de la fibra de algodón y el volumen que debería destinarse al mercado interno de la cosecha Costa-Meta correspondiente al período 1989-1990, ... la CONFEDERACION COLOMBIANA DE ALGODON -CONALGODON- y la FEDERACION NACIONAL DE ALGODONEROS -FEDERALGODON- y la DISTRIBUIDORA DE ALGODON NACIONAL -DIAGONAL- acudieron a los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Económico para que se procediera a tal fijación".

3. Sin presentar motivación alguna acerca de sus conclusiones, sin haber permitido a las partes participar en el proceso de la expedición del acto administrativo de definición de precios y volúmenes de la fibra de algodón y sin haber adelantado los estudios que les hubieran permitido llegar a conclusiones

más precisas y justas sobre tales aspectos, los señores Ministros de Agricultura y Desarrollo Económico por medio de la resolución que se glosa, fijaron el precio mínimo de la tonelada de fibra de algodón de la cosecha mencionada en la suma de $695.000 y el volumen que de tal fibra se destinaría al mercado interno, en 59.000 toneladas métricas.

4.- "Además al establecer ese precio y fijar esos volúmenes se afectó el patrimonio de sus asociados y se rompió para ellos el equilibrio entre derechos y cargas que debe regir las actuaciones estatales, ya que los productores de algodón asociados a la Confederación y de las regiones de que trata el acto acusado debieron y deberán soportar mayores cargas y de otro lado la industria textil mayores beneficios al aprovecharse de las ventajas de la exportación y de los generosos precios actuales".

LAS NORMAS VIOLADAS Y LA EXPLICACION DE LA VIOLACION

Considera el actor que al expedirse el acto cuya nulidad pretende, se quebrantaron las siguientes disposiciones:

Artículos 2, 10, 16, 21, 30, 31 y 32 de la Constitución Política;

2º, ordinales d) y g) de la Ley 81 de 1988;

3º, ordinal ñ) del Decreto 501 de 1989;

3º y 5º de la Ley 58 de 1982; y

2º, 34, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Manifiesta que hay evidente violación de los artículos 2º, 10 y 16 al actuar los Ministros con absoluta discrecionalidad, en forma arbitraria, arrogándose una atribución que no les confiere la Constitución ni las Leyes y que no podrían conferirles, pues irían en total contravía con principios y preceptos que sirven de fundamento al sistema económico y político colombiano, como los consagrados en estas normas y en los artículos 30, 31 y 32 que garantizan la propiedad privada, la libertad de empresa y se regula la intervención del Estado en la Economía. En efecto, al expedir el acto acusado se desconoció el derecho de propiedad que los productores tienen sobre dicha materia prima consolidado una expropiación sin orden de autoridad competente y sin el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente exigidos, a la vez que crean un monopolio en cabeza de determinados sectores de la industria procesadora de la fibra de algodón y privan injustamente a los productores de ofrecer libremente en el mercado la mencionada materia prima.

La Resolución 0386 a pesar de la expresa invocación que hacer de la Ley

81 de 1988, no tiene fundamento alguno en ésta, puesto que aquella impone a los productores la obligación de destinar 59.000 toneladas métricas de fibra de algodón al consumo interno, pero al contrario, no dice absolutamente nada en relación con los consumidores del citado producto. No les impone obligación alguna.

El Decreto 501 de 1989, en su artículo 3º, literal ñ) facultó al Ministerio de Agricultura para que de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, fijara las reglas a las cuales debía sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional; sin embargo, no fue eso lo que se dispuso mediante la citada resolución 0386, pues no hay allí reglamentación alguna a la que deba someterse la fijación de las susodichas cuotas. Al contrario, dice, en ausencia de tales reglas, por encima del mandato legal, los citados Ministerios decidieron fijar arbitrariamente una cantidad de materia prima que debería ser reservada para el consumo interno.

En la expedición del acto censurado se violaron las normas legales del C. C. A., antedichas por cuanto no se respetaron las condiciones y requisitos en ellas señalados para el regular trámite de la actuación y decisión administrativas correspondientes.

Finalmente, el demandante en su concepto de violación manifiesta que dicho acto no sólo fue expedido sin tener competencia para fijar, en la forma en que se hizo, la cantidad de materia prima que debería destinarse al consumo interno, sino que, adicionalmente, la atribución que se arrogaron los Ministros de Agricultura y Desarrollo Económico, se ejerció sin invocar motivo alguno, arbitrariamente, con flagrante violación de las exigencias constitucionales y legales para el efecto, o "-para repetir las expresiones de esta H. Corporación- "por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios".

ACCION EJERCITADA Y COMPETENCIA

Afirma el demandante que ejercita la acción prevista en el artículo 85 del C. C. A., y que por tratarse de un asunto en el que se solicita la nulidad de un acto administrativo del orden nacional, sin que se pretenda el reconocimiento de indemnizaciones, condenas o compensaciones de carácter económico, pues sólo se buscan declaraciones del deber actuar de la administración, la competencia radica en la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a voces con el artículo 128, numeral 3o. del Código de la materia.

Admitida y notificada la demanda, el Ministerio de Agricultura a través de apoderada le dió contestación, aceptando como ciertos unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la misma (fls. 72 a 82 y 156 y 157).

En el traslado para alegar de conclusión, las partes hicieron uso de este derecho, reiterando básicamente, los argumentos esgrimidos en la demanda y en

la contestación.

LA VISITA FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación estima que estando el Ministerio de Agricultura instituido para ejecutar la política agropecuaria en sus respectivos campos de acción, uno de sus objetivos es el lograr el crecimiento económico y el bienestar social del respectivo sector sobre la base de la preeminencia del interés público. Y es con este criterio que las leyes imponen cada día nuevos límites racionales al ejercicio arbitrario del derecho absoluto de dominio, para darle un sentido de solidaridad que conduzca al crecimiento económico del Estado y aparejado con él vaya el bienestar común.

Señala que apreciados elementos de prueba corren a folios 162 a 171, se deduce que se fijaron en la Resolución acusada valores y volúmenes equidistantes, paralelos y equivalentes a las aspiraciones de ambos gremios, por lo cual considera que no deben prosperar las pretensiones del actor.

CONSIDERACIONES:

Fundado en varias disposiciones constitucionales, el actor culmina un primer cargo consistente en la falta de competencia para expedir en forma discrecional la Resolución acusada, ejerciendo, de contera, los señores Ministros de Agricultura y Desarrollo Económico un intervencionismo que vulnera principios fundamentales del Estado, como la propiedad privada y la libre empresa.

No existe discrepancia entre las partes, y en ello coincide la Sala en cuanto que el Decreto 501 de 1989, en su artículo 3o., literal o) en forma imperativa le asigna al Ministerio de Agricultura la facultad para fijar la política de precios de los productos e insumos agropecuarios y en el literal ñ), la función de fijar de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, los criterios a que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional. Esta misma atribución se encuentra consignada en el literal g) del artículo 2o. de la Ley 81 de 1988, orgánico del Ministerio de Desarrollo Económico, norma que al referirse a las entidades que desarrollan las políticas de precios, en su artículo 61 preceptúa que :El establecimiento de la política de precios, su aplicación así como la fijación cuando a ello haya lugar, por medio de Resolución, de los precios de los bienes y servicios sometidos a control, corresponde a las siguientes entidades: a) Al Ministerio de Agricultura para los productos del sector agropecuario. . . . . ".

No existe hesitación de que, como lo afirma el actor, en razón de la Ley y Decreto citados, la concertación y regulación del mercado del algodón corresponden a los aludidos Ministerios.

La discordia del demandante estriba en que los señores Ministros de

Agricultura y Desarrollo Económico al fijar el precio de la fibra de algodón y las cantidades de ésta con destino al consumo interno, lo hicieron en "forma arbitraria, sin sujeción a criterio alguno, de manera absolutamente discrecional", y al disponerlo así se arrogaron una competencia que ni la Constitución ni la Ley les confiere.

Entre los argumentos de la defensa se aduce, con respecto a este ataque, que el Ministerio de Agricultura a través de su Oficina de Planeamiento del Sector Agropecuario -OPSA-, efectuó los estudios pertinentes en orden a establecer para la cosecha Costa-Meta 1989-1990 el precio mínimo por tonelada de fibra de algodón y la cantidad de la misma con destino al consumo interno, dado que a pesar de que el Gobierno Nacional ha promovido la concertación entre los agricultores y la industria procesadora de la fibra de algodón, ellos no pudieron ponerse de acuerdo para estas finalidades.

En autos militan documentos que acreditan estas afirmaciones. . . .(En efecto, a folios 162 a 171 obran cartas suscritas por los Presidentes de Federalgodón y Conalgodón, en representación de los agricultores y Diagonal, de los textilero, dirigidas al Ministro de Agricultura con antelación a la expedición de la resolución glosada, donde se le solicita señalar las cantidades de algodón para el consumo interno y el precio que debe corresponder para la cosecha indicada ut supra, y se deduce que entre ellos no fue posible la concertación en vista de los disímiles intereses buscados.

Y a folios 150 a 155 concurren documentos-cuadro que registran datos sobre rentabilidad, costos de producción desde 1981, distribución porcentual por departamentos, área cosechada, ingreso interno obtenido por los agricultores de la fibra de algodón, porcentaje de la producción con destino a fibra y semilla, consumo de fibra para el mercado interno nacional y de exportación, etc.)

De estas probanzas surge de manera nítida que, contrariamente a lo afirmado por el actor, la decisión contenida en la Resolución 0386 del 23 de junio de 1989, fue el resultado de estudios y análisis elaborados por el Ministerio de Agricultura que constituyeron su sustento técnico y económico, es decir, que la medida administrativa no fue tomada en forma arbitraria, sino con sujeción a criterios previamente determinados como lo reflejan los documentos aludidos y que fueran aportados al proceso por la apoderada del Ministerio con la contestación de la demanda.

La competencia de los señores Ministros en la materia tratada está, como atrás se dijo, puntualizada en las disposiciones legales aludidas: Decreto 501 de 1989 y Ley 81 de 1988.

Conforme al mandato que en éstas se consigna, y que son expresión clara de la política intervencionista del Estado en asuntos económicos, con fuente

inmediata en el artículo 32 de la Constitución Política, han obrado los señores Ministros al expedir la resolución censurada. Nada hay en el expediente, ni ningún ingrediente acusa el acto administrativo impugnado que haga sospechar siquiera que haya habido por parte de las autoridades nacionales atropello o desconocimiento de los principios tutelares del Estado de derecho de raigambre constitucional que el demandante encuentra vulnerados. A contrario sensu, si algo se destaca es su actuar con fundamento en competencia atribuída por Ley. Lo que se advierte es el cumplimiento de su función reguladora y definitoria en lo concerniente al mercado de la fibra de algodón, sin menoscabo de la libertad de empresa y de la iniciativa privada.

Y ese contingente probanzal, ha de iterarse, de sustancia la severidad y énfasis con el cual, como puntualización de la demanda es formulada por el libelista en el sentido de que "Esta violación es evidente pues, como hemos visto y como se verá más adelante, ni la Constitución ni la Ley confieren competencia a los Ministros de Desarrollo y Agricultura para fijar, en forma arbitraria, sin sujeción a criterio alguno, de manera absolutamente discrecional, las cantidades y los precios de la fibra de algodón que deben destinarse al consumo interno. . . . . ." (folio 32).

La normal intelección del vocablo arbitrario y del juicio "absolutamente discrecional" es equivalente a lo veleidoso, injustificado, despótico, sin razón. Empero, cuando como en el caso sub-iuris existen como se ha preanotado, estudios, precisiones de enfoques y análisis en torno a la fijación de precio y volumen en relación con cosecha de algodón, es de primera improcedencia el cargo de discrecionalidad impetrado. Como ese estudio, examen de costos de producción, distribución porcentual, sea inconveniente o no, corresponda o no a las expectativas de un gremio, es situación bien diferente al cargo formulado.

En cuanto al artículo 30 de la Carta que el actor estima quebrantado, cabe decir solamente que si bien es cierto que él proclama el respeto al derecho de propiedad privada, no lo es menos que ésta constituye el presupuesto obvio sobre el que descansa el intervencionismo del Estado en el proceso económico; intervencionismo que no desconoce aquel derecho sino que lo encausa y limita, como cuando en el artículo 32 ibidem previene que él "intervendrá, por mandato de la Ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes. . . . . para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral" y "para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales. . . . . .", con miras, entre otros objetivos, a "la justicia social", tanto más cuanto que en el propio artículo 30 citado se dispone que "el interés privado deberá ceder al interés público o social"; y en el caso bajo examen este interés está radicado no solo en los gremios discrepantes, productores o procesadores, sino también está en la comunidad consumidora de textiles y de otros bienes que intervienen en la cadena productiva del algodón, como grasas y aceites, lo cual es preciso conciliar.

Para la Sala tampoco existe quebrantamiento del artículo 31 de la Carta;

en el proceso no se vislumbra la más leve sombra de monopolio ni de privilegio que se haya podido configurar con la decisión administrativa que se glosa. Se sabe que sólo como excepción, y para fines puramente fiscales, la ley puede crear monopolios estatales, y conceder por breve tiempo privilegio de explotación exclusiva a los inventores, así que se puede aseverar sin temor a equivocación que lo alegado por el demandante no se parece ni remotamente a lo que consagra la disposición constitucional referida.

Ante las evidencias procesales y las acotaciones expuestas, no se puede afirmar sin incurrir en un grave destino jurídico, que los agentes públicos actuaron por fuera del marco de la competencia asignada por la Ley. No ha habido, pues, abuso de poder.

La determinación de la política y fijación de precios de los productos e insumos agropecuarios, a la vez que la fijación de las cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional -la fibra de algodón es una de ellas-, son funciones que, como atrás se dijo, tienen carácter imperativo, como que es una clara y precisa forma de ejercicio de la intervención que el Estado, como director general de la economía debe cumplir en procesos de esta índole con miras a obtener los objetivos consignados en el canon 32 de la Constitución Política, la cual no excluye la concertación al planear y racionalizar aquella con la participación, cuando es del caso, del sector privado correspondiente, en una evidente posición de respeto y garantía por la libertad de empresa y la iniciativa particular, principios que el actor estima desconocidos por el acto acusado.

No prospera, entonces, el cargo que se funda en los preceptos constitucionales indicados por el demandante como violados.

Un segundo aspecto de la impugnación lo hace consistir el actor en que la Resolución 0366 no tiene fundamento alguno en la Ley 81 de 1988, a pesar de su invocación.

Lo cierto es que no solamente de invocó ésta, orgánica del Ministerio de Desarrollo Económico, sino también el Decreto 501 de 1989, orgánico del Ministerio de Agricultura, cuyas normas en lo que hace relación con el asunto sub-exanime ya se han señalado y transcrito en este proveído.

Para la Sala la fundamentación legal está clara y no le asiste ninguna duda respecto a que son las disposiciones invocadas en la Resolución las que confieren mandato específico a los Ministerios aludidos de fijar no sólo el precio de la fibra de algodón, sino la de señalar la cantidad de la misma que ha de destinarse al consumo interno.

De la circunstancia de no señalarse en la Resolución determinadas obligaciones a los procesadores o consumidores de la fibra, no se desprende, en

manera alguna, que ella no tenga respaldo o fundamento en la Ley, como lo pretende ilógicamente el demandante.

Las decisiones que el Gobierno Nacional deba tomar en relación con la regulación del mercado algodonero no se agotan con la expedición de la Resolución cuestionada. Desde luego que todas las que tome quedan delimitadas por la preceptiva legal que fija el entorno de la competencia.

Afirma el demandante que la Resolución impugnada se expidió sin invocar motivo alguno, por razones ocultas; o por simple capricho, desviándose en ambas hipótesis de sus fines propios.

Cuando se menciona este tipo de vicio del acto administrativo, suscítase por lo general la idea de operancia de una condición causal desconocida, a un proceder que lo acerca a lo sibilino, al actuar entapujado. Y parece que próximo a ese significado es la opinión del nulidiscente, cuando al citar un pronunciamiento jurisprudencial del Consejo de Estado (fl. 46) el cual ante la ". . . . . carencia de motivos justificativos deja ver que la administración obró por razones ocultas, por fuera del interés (sic) de la comunidad. . . . . ", y al anotar que ". . . . . la atribución que se arrogaron los Ministros de Agricultura y Desarrollo se ejerció sin invocar motivo alguno, arbitrariamente, con flagrante violación de las exigencias constitucionales y legales para el efecto o -para repetir las expresiones de esa H. Corporación - ". . . . . por razones ocultas, por fuera del interés de la comunidad. . . . . ". Y las pretranscritas alusiones a las razones ocultas", como factor causal de la voluntad administrativa que se enjuicie, convocan por la gravedad del cargo a la observancia plena del apotegma romano actor incumbit probatio, y esas probanzas no existen en el presente proceso.

Acaso no se consigna en sus considerandos què el Gobierno Nacional estima necesario garantizar a los agricultores algodoneros un ingreso mínimo que les permita obtener seguridad sobre los resultados de la actividad bajo unas condiciones normales; que ha sido su política promover la concertación entre los agricultores y la industria procesadora de la fibra de algodón, sin lograrse acuerdos definitivos entre las partes, y que, ante dichas circunstancias, varias organizaciones de algodoneros, entre ellas CONALGODON, la aquí demandante, le solicitaron la fijación del precio mínimo interno para la fibra de algodón, y el volumen con destino al consumo interno? He ahí el motivo: expreso, ostensible, transparente; la razón de ser inocultada de la Resolución 0386; las circunstancias fácticas que propiciaron o provocaron la decisión administrativa.

Y es que este mismo contexto entraña una finalidad que se confunda o identifica con la motivación misma; la protección del interés público o social y la obtención de un resultado equitativo que llenase las aspiraciones de ambos gremios.

A riesgo de repetir, pero ante la necesidad de poner claridad al punto sub-

análisis, el acto administrativo como antecedentes considerativos, o para utilizar la terminología de la providencia del Consejo de Estado que se cita a folio 45 ". . . . .las circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo. . . . . " que traducen la motivación, fueron debidamente consignados, no solo desde el ángulo normativo, como que allí en su texto se precisa, también la normatividad por cuyo ministerio se expide la Resolución, como igualmente las situaciones de orden fáctico que le sirven de génesis como lo son indubitablemente la necesidad de "garantizar a los agricultores algodoneros un ingreso mínimo que les permita obtener seguridad sobre los resultados de la actividad bajo unas condiciones normales. . . . . ", la solicitud de los entes dedicados y relacionados con la industria y producción del algodón para ". . . . la fijación del precio mínimo interno para la fibra de algodón y volumen que se destinará al consumo interno. . . . . ".

Igualmente el marco de actuación de la autoridad administrativa, como lo es el poder público, en el caso sub lite lo ha sido, secundum legem, porque la expedición de la multicitada Resolución lo fue dentro de una télesis concreta de función, de servicio a la colectividad, causalmente unida a los fines de la preceptiva que hubo de autorizar la susodicha expedición, esto es, la garantía de una seguridad en los resultados de esa actividad de tan mayúscula significación como lo es el campo de los agricultores algodoneros.

En cuanto a que se expidió por simple capricho, basten las argumentaciones expuestas con relación al cargo sobre incompetencia, que ameritan cómo la expedición del acto impugnado no fue ad libitum de los señores Ministros.

Deviene, entonces, incontestable que no hubo desviación de poder como lo sugiere el actor en este cargo.

Finalmente, tampoco le asiste razón al demandante cuando afirma que se infringieron disposiciones de la Ley 58 de 1982 y del C. C. A., atinentes al trámite de la actuación y decisión administrativa, al no habérseles dado oportunidad de expresar sus opiniones, en detrimento del principio de "audiencia de las partes".

En autos se evidencia que los agricultores de la fibra, entre ellos CONALGODON, actuaron en escenario que en tal evento les correspondía. En efecto, a folios 165 y 166 obra copia de la carta suscrita el 3 de mayo de 1989 por su presidente, conjuntamente con el Presidente de la Federación Nacional de Algodoneros, dirigida al señor Ministro de Agricultura, donde expresan sus criterios, inquietudes y aspiraciones respecto de la cosecha Costa-Meta 89-90, y confiesan haber estado dialogando sobre el tema con DIAGONAL, representante textilero, en busca de acuerdos. Y a folios 167, 170 y 171 obran otras que reafirman lo acabado de expresar. Estos elementos de convicción contrarrestan categóricamente la alegación del actor en este cargo.

Solo resta a la Sala agregar que en cuanto concierne con la petición

"Tercera" de la demanda, por los términos en que está concebida y el propósito expresado por el autor, en el sentido de que sólo "Se buscan simples declaraciones del deber actuar de la administración", a manera de restablecimiento del derecho, habrá de inhibirse de cualquier pronunciamiento sentencial de fondo, en virtud a que ella está claramente encaminada a que se haga una declaración interpretativa sobre un elemento constitutivo de la causa petendi del libelo, lo que no es de recibo judicialmente.

Salvando innúmeras disquisiciones en torno a los criterios diferenciales advertidos entre las acciones llamadas de simple nulidad y de restablecimiento del derecho, la más fundada de sus fronteras de distinción, radica en la teleología propia que específica una y otra, como -que la acción pública de nulidad se dirige principal y primordialmente a lograr un reequilibrio del orden jurídico vulnerado por la manifestación de voluntad administrativa que se señala como infractora de normas de rango superior, cuando ésta, la de restablecimiento, en procura de igual propósito, se encamina, empero, a lograr un resarcimiento de un derecho subjetivo particular que se afirma quebrantado por el acto. Y cualquiera de las significaciones que a los vocablos restablecimiento, reparación, resarcimiento, enmienda, etc., pudiere y fuere susceptible por la extensiva interpretación de acomodar a esa típica pretensión, ella empero, por su naturaleza misma, no procedería asimilarla o entenderla como dirigida a título de restablecimiento, se itera, a obtener una declaración como la contenida en la demanda en su numeral tercero. Con esa declaración, en la forma pretendida, no se restablece, ni se restablecería, en el caso de prosperar la nulidad deprecada, derecho subjetivo alguno de los poderdantes por no ser trasladable la Sala, nuda y exclusiva interpretación de un poder de la autoridad administrativa, a la órbita de los administrados, como forma o manera, se enfatiza, de restablecer un interés concreto, particular y subjetivo que se estima lesionado. Por modo que, y en el lenguaje de la hipótesis, la decisión de ser un poder de la autoridad sensu strictu reglado, cuando se ha actuado en su dimensión contraria, como discrecional o viceversa, en causa para una posible declaratoria de nulidad del acto, pero no como no condictio sine qua non y de previo pronunciamiento, para llegar a obtener el restablecimiento del derecho, pero este, el restablecimiento no es, ni se asimila, ni consiste, ni se identifica con aquella premisa.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, acorde con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DIENIEGANSE las peticiones primera y segunda de la demanda.

Segundo, ABSTIENESE la Sala de pronunciarse sobre la petición tercera de la demanda.

Tercero.- NO HAY lugar a condenación en costas, por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 16 de mayo de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M. Secretario.

MUNICIPIO - Creación / **SUSPENSION PROVISIONAL.**- Procedencia

El Carácter imperativo del precepto contenido en el artículo 18 del C. R. M. , referido a la creación del ente municipal, bien con satisfacción de los requisitos previos en el artículo 14, como en el evento del artículo 16 ibídem, indica que en el acto creador ha de precisarse lo ordenado por el legislador, sin que proceda, para eludir ese condicionamiento la formulación de hipótesis, en cuanto a la existencia o hecho de existir o no la deuda pública. Ese condicionamiento, en distinción no cabe en la norma que la Asamblea, prima facie y en forma ostensible ha omitido.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL, de la Ordenanza No. 005 de 1.990 (octubre 16), expedida por la Asamblea Departamental del Meta "por medio de la cual se crea el municipio de Barranca de Upía y se dictan otras disposiciones".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1699. APELACION INTERLOCUTORIOS. Actor: HUGO VELASQUEZ JARAMILLO.

I. ANTECEDENTES

a) En ejercicio de la acción de nulidad, contemplada en el mandamiento 84 del Estatuto Procesal Administrativo, el abogado Hugo Velásquez Jaramillo instauró demanda, en libelo de 18 de diciembre de 1.990 contra Ordenanza No. 005 de 16 de octubre de 1.990, expedida por la Asamblea Departamental del

Meta, "Por medio de la cual se crea el Municipio de BARRANCA DE UPIA y se dictan otras disposiciones".

b) En el escrito demandatorio impera el decreto de suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado, por estimar la vulneración palmar de los artículos 14, 15 y 18 del Decreto 1333 de 1.986, constitutivo del Código de Régimen Municipal.

c) En providencia de febrero siete del año en curso, el Tribunal Administrativo del Meta, hubo de admitir la demanda instaurada y al examinar la medida precautelar rogada, encontró la manifiesta transgresión del artículo 18 del precitado Código, determinativa entonces de la respectiva aclaración.

d) Con memorial de 1o. de marzo del año en comento, el señor Fabio Serrano Barrera, solicitó el reconocimiento de parte impugnadora, al que accedió el a-quo en auto de marzo 11 siguiente y concediendo igualmente el recurso de apelación formulado en el antedicho memorial.

II. EL AUTO RECURRIDO

El a-quo, después de examinar las normas de rango superior, sobre cuyo evidente quebranto sustentaba el actor el instituto precautorio, encuentra que el acto ordenanzal viola, por omisión, el precepto contenido en el artículo 18 ya citado del Estatuto Municipal, con base en el razonamiento que en lo pertinente , se transcribe:

> ". . . . . Pero contrario a lo anterior se detecta la omisión que la Asamblea al expedir su acto administrativo hizo del artículo 18 del Código de Régimen Municipal que preceptúa:
>
> ""La ordenanza que cree el municipio determinará al forma como este debe concurrir al pago de la deuda pública que quede a cargo del municipio de los cuales aquél se segregó (Ley 11 de 1.986 artículo 4o.)".
>
> "Basta simplemente leer el acto administrativo No. 05 de octubre 16 de 1.990 para concluir a primer golpe que dicha ordenanza no contiene la prescripción que taxativamente señala el artículo transcrito.
>
> "Siendo lo anterior tan evidente estima la Sala que por este aspecto si es viable decretar la suspensión provisional, pues el acto administrativo que se ataca desconoció flagrantemente la disposición de orden legal a que se ha hecho mención, ya que en la Ordenanza nada se dice al respecto a la forma como el Municipio BARRANCA DE UPIA debe concurrir el pago de la deuda pública del municipio o municipios de los cuales segregó. . . . .".

III. RAZONES DEL RECURSO

El apelante sustenta el recurso afirmando que:

".....la razón del citado artículo 18, no es más que una advertencia para cuando las asambleas pretendan crear y creen municipios. Esto es, si expide la ordenanza debe determinar al asunto de la deuda pública, pero siempre y cuando este hecho existe de manera real. Porque no podría ser la razón, de que si no existe deuda pública a cargo de Cumaral, de todas formas el nuevo municipio debe nacer comprometido o endeudado. Hay lógica en ello?. . . . ".

CONSIDERACIONES:

Es necesario precisar, en un primer plano de análisis, el error del nulidiscente en la cita de la norma 14 del Código de Régimen Municipal, como transgredida por la Ordenanza demandada, cuando en forma por demás evidente se constata que allí, en su texto, fue invocado para su expedición el precepto del artículo 16 ibídem, constitutivo, como lo anota el a-quo, de un régimen exceptivo, en cuanto faculta a la Asamblea para erigir municipios sin el lleno de los requisitos contemplados en el prementado artículo 14. Así se constata del prefacio con el cual introduce el acto ordenanzal la creación del Municipio de Barranca de Upía, "La Asamblea Departamental del Meta, en uso de las facultades legales y en especial las que le confiere el artículo 16 del Código de Régimen Municipal (Decreto-Ley 1333 del 86).

Ello no es óbice para la operancia del requisito reglado por el artículo 18 ibídem, también invocado como transgredido, el que ad pedem litteris ordena:

"La Ordenanza que cree un municipio determinará la forma como éste debe concurrir al pago de la deuda pública que quede a cargo del municipio o municipios de los cuales aquél se segregó".

El recurrente ensaya un argumento de tipo interrogativo que debilita en mucho el razonamiento de oposición al entonces decidido por el Tribunal, dejando al superior la absolución de un planteamiento que se ofrece dubitativo: "Cuál es la razón o querer del artículo 18?". "Sería acaso que permite suponer que en cualquier momento o mejor, siempre por siempre un municipio se encuentra comprometido en contratos (sic) de empréstito?".....".Existe en el proceso acaso documentación o prueba de que el Municipio de Cumaral (al cual se segregó BARRANCA DE UPIA soporta deuda pública?". ". . . . Hay lógica en ello?".

Pero, salvado este escollo, de técnica argumental, el carácter imperativo del precepto contenido en el mencionado artículo 18, referido a la creación del ente municipal, bien con satisfacción de los requisitos previstos en el artículo 14,

como en el evento del artículo 16, indica que en el acto creador ha de precisarse lo ordenado por el legislador, sin que proceda, para eludir ese condicionamiento la formulación de hipótesis, en cuanto a la existencia o hecho de existir o no la deuda pública. Ese condicionamiento, en distinción no cabe en la norma que la Asamblea, prima faciae y en forma ostensible ha omitido.

Por ello, la Sección Primera del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

CONFIRMAR el auto apelado de fecha 7 de febrero de 1.990 proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Meta.

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, vuelva el expediente el Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día dieciseis de mayo de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA / COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA / SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES - Facultades.

Al estar constituída la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. por aportes tanto de particulares como de entidades estatales, pero principal y fundamentalmente en razón a la existencia de autorización legal, determina que la sociedad en cuestión debe hacer la reforma se sus estatutos de conformidad con las normas que regulan las sociedades de economía mixta, tal como se dispone por la Superintendencia de Sociedades.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. diecisiete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1439. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.

LA COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS, S.A. demandó en uso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del Código de lo Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 15 del Decreto Ley 2304 de 1.989, que por parte de esta Corporación se hagan las siguientes declaraciones:

"1o. Es nulo el acto administrativo contenido en el Oficio No. D-13188 del 7 de julio de 1.989, dirigido por la Superintendencia de Sociedades a la COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A., en el cual se expresa en lo pertinente: "Mediante oficio D-04263 del 10 de marzo de 1.989, se le **solicitó**, previas las consideraciones del caso, que el órgano social competente en su próxima reunión **debería** considerar la reforma de

sus estatutos con el fin de ajustarlos a las disposiciones que regulan las sociedades de economía mixta "(.....)" Por cuanto a la fecha de la presente comunicación no se ha obtenido respuesta de su parte, le agradecería **proceda** de conformidad suministrando las explicaciones a que haya lugar " (.....) "Para atender lo indicado se le señala un plazo de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha".

"2o. Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. EX-CG-13505, de fecha 11 de julio de 1.989, dirigido por la Superintendencia de Sociedades a la COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S. A., en el cual, previas ciertas consideraciones, se dice: "En razón de lo expuesto este Despacho reitera la orden impartida en el oficio D-04263 del 10 de marzo de 1.989, en el sentido de que la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S.A. **deberá** ajustar sus estatutos a las disposiciones que regulan las sociedades de economía mixta".

"3o. Es nulo el acto administrativo contenido en el oficio No. EX-CG-25231 del 7 de diciembre de 1.989, en el cual se decidió negativamente, de la siguiente manera, la reposición solicitada por la demandante: "Por lo antes expuesto, nuevamente se le reitera a la compañía **debe** adecuar sus estatutos a las disposiciones que regulan las sociedades de economía mixta, tal como se le ha venido indicando en los oficios D-04263 del 10 de marzo y EX-CG-13505 del 11 de julio, ambos de 1.989, para lo cual se le concede cuatro (4) meses de plazo a partir de la fecha"" (Las subrayas son del actor).

Los FUNDAMENTOS DE HECHO expuestos por el actor, se resumen así:

"1. En 1.971 se constituyó la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S. A. uno de cuyos accionistas es la Corporación Nacional de Turismo. Su objeto es "la promoción, construcción, administración y explotación de hoteles en la ciudad de Cartagena y en cualesquiera otros lugares del país, así como la organización de todas aquellas otras actividades dirigidas a fomentar, desarrollar, y explotar la industria del turismo nacional e internacional mediante el aprovechamiento de los recursos que para esta industria tiene el país", con domicilio en Cartagena y capital conformado con aportes de dos entidades oficiales (la Corporación Nacional de Turismo y el Municipio de Cartagena), personas jurídicas privadas y personas naturales.

2.- Ninguna norma competente creó o autorizó la creación de la compañía "como sociedad de economía mixta, ni contempla este acto como función de la Corporación Nacional de Turismo, ni como facultad de su Gerente, como se puede comprobar especialmente con el examen de la Ley 60 de 1.968" .

3.- Se hicieron reformas mediante varias escrituras no teniendo ninguna de ellas interés para la dilucidación del litigio, excepto la número 3716 del 30 de

diciembre de 1.987 de la Notaría Primera de Cartagena.

4.- Mediante Oficio No. D-04263 del 10 de marzo de 1.989, el Superintendente de sociedades le dice al Gerente de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S. A. , fundándose en la Ley 20 de 1.975, en el artículo 461 del C. de Co. y en el inciso tercero del artículo 4o. del Decreto 3130 de 1.968, que de acuerdo con la documentación que reposa en su despacho, en el capital social de dicha entidad la participación de las entidades estatales asciende al 46%, y le indica que **"si en la fecha esa proporción no excede** el 50% del monto total del capital, el órgano social competente en su próxima reunión deberá considerar la reforma a sus estatutos con el fin de ajustarlos las disposiciones que regulan dichas sociedades de economía mixta.

5.- A dicha comunicación contestó el gerente expresando opiniones contrarias a las de la Superintendencia sobre su supuesta calidad de sociedad de economía mixta. Parece que dicha comunicación no fue pasada al despacho del Superintendente sino del Superintendente Primer Delegado, según la procedencia del oficio No. D-13188.

6.- En escrito del 8 de agosto de 1.989, la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S. A. pide a la Superintendencia reconsiderar su solicitud y que se diga que ésta no es una sociedad de economía mixta. La Superintendencia respondió negándose a modificar su decisión, y la reitera en el sentido de que se deben modificar los estatutos adecuándolos a las disposiciones que regulan a las sociedades de economía mixta.

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION

La parte actora señala como disposiciones violadas con los actos demandados, las siguientes:

Artículos 8 y 29 del Decreto Extraordinario 1050 de 1.968, 4o. incisos primero y segundo, del Decreto Ley 3130 del mismo año, 21 del Decreto también extraordinario 130 de 1976, 21 de la Ley de 1.975, 204 y 462 del Código de Comercio.

Considera la actora que al ordenársele a la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S. A. , el sometimiento al régimen legal prescrito para las sociedades de economía mixta, "calificándola como tal, por el simplemente hecho de la coparticipación de capital estatal y privado, aunque no creada ni autorizada por la ley, los actos acusados infringen el artículo 8o. del Decreto 1050 de 1.968, el cual las define así, en los pertinente : "Son organismos constituídos bajo la forma de sociedades comerciales..... creadas por la ley o autorizadas por ésta". El artículo 29 del mismo Decreto es también quebrantado, pues establece que "Los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del

Estado no podrán constituir sociedades o compañías, entre sí o con otras personas, salvo los casos expresamente previstos en las leyes...." La infracción, según el libelista, consiste en que la Superintendencia estima que se puede constituir una sociedad mixta con la participación de establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, por la simple voluntad de quienes los representan, sin previsión legal alguna.

Transcribiendo el texto del artículo 4o. del Decreto Extraordinario 3130 de 1.968, el peticionario distingue en él tres hipótesis en dos de las cuales la autorización legal es expresa, y una tercera en la que es tácita, para concluir que "De todos modos, las entidades descentralizadas indirectas, sean sociedades de economía mixta, empresas oficiales o establecimientos públicos, están sometidos al mismo régimen de las directas, uno de cuyos elementos esenciales es el acto legal previo de creación o de autorización", tesis que no es, afirma, aplicable al controvertido ya que "esas entidades públicas no compraron derechos o acciones en una sociedad que existía, sino que, con otras personas, crearon la mencionada compañía".

Señala también como violado el artículo 462 del Código de Comercio que, según sus palabras, prevé la preexistencia de una norma que autorice la creación de la sociedad de economía mixta y que no es válido el argumento de que la sociedad de economía mixta se forma por el simple hecho de la concurrencia de capital estatal y privado, sin necesidad de autorización, porque el artículo 461 del Código de Comercio no la menciona.

Al respecto, dice que "esa disposición da un concepto esquemático de la sociedad de economía mixta, en el cual se contempla únicamente el fenómeno de la coparticipación de aportes estatales y de capital privado, partiendo de la base que (sic) el elemento de la autorización está previsto en otras normas y en una posterior a ella: el artículo 462 del mismo estatuto. No trató la norma de dar una definición que comprendiera todos los elementos esenciales de la sociedad de economía mixta, de lo cual se encargaron, como ya se dijo, otras disposiciones que de ninguna manera derogó".

Dice, igualmente, que hay infracción del artículo 21 del Decreto-Ley 130 de 1.976, que establece: "Las entidades públicas sólo podrán constituir las asociaciones o sociedades a que se refiere el presente decreto cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas. Si se trata de entidades nacionales, la autorización la confiere en forma expresa la ley o el Gobierno Nacional", la Corte, agrega el nulidiscente, declaró inconstitucional la parte pertinente a la autorización del Gobierno. Dice además, que "Las sociedades a que se refiere la disposición antes transcrita son precisamente las de economía mixta, de modo que para su constitución se requiere que las entidades públicas participantes con las privadas estén debidamente autorizadas por la ley, ordenanza o acuerdo del correspondiente consejo (sic) municipal". En el capítulo de las consideraciones

antes de la decisión, se hará, si fuere el caso, más amplia referencia a lo expresado por el actor en sustentación de este cargo y de los que en general constituyen el fundamento de su petitum.

ALEGACIONES DE LA PARTE DEMANDADA

Notificado oportunamente y en forma personal al señor Superintendente de Sociedades, éste designó a una funcionaria de dicha entidad para ser su representante en el proceso (folio 88vto.). La demanda no fue contestada oportunamente pero al correrse el traslado para las alegaciones finales, la apoderada de la Superintendencia manifestó:

"El punto que desata la inconformidad de la actora se contrae a que, para ella, no existía la ley que haya creado o autorizado para ser una sociedad de economía mixta.

"El artículo 8o. del Decreto 1050 de 1.968, al definir las sociedades de economía mixta como "organismo constituídos (sic) bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales o de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta. . . . " indica las dos formas bajo las cuales el estado puede participar, en asocio con los particulares, en actividades comerciales o industriales; tales formas son:

"Por creación legal
"Por autorización legal.

"Por la primera forma debe entenderse, no que sea una ley la que cree la sociedad, tal sería contrario a la realidad jurídica del ente social el cual para ser creado requiere el contrato, sino que una ley específica autoriza concretamente al Estado, para participar en una determinada sociedad, sirviéndole, en consecuencia, como un marco de referencia, para su futura concretización en el contrato social.

"La segunda forma, autorización legal, debe entenderse como la facultad que confiere el legislador a ciertos entes públicos para participar con los particulares en sociedades de carácter comercial".

Afirma la representante de la Superintendencia que es la segunda forma el caso de la corporación citada. Y lo explica así:

"En efecto, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia fue creada mediante Decreto 2700 de 1.968 y desde el mismo instante de su creación el legislador la invistió de una autorización genérica y amplísima para que en desarrollo de sus funciones pudiera asociarse, entre otros, con particulares, bien fueran personas naturales o jurídicas. La autorización legal, que

no creación, que extraña al señor apoderado de la demandante, se encuentra contenida en el decreto citado, pues una de las funciones de la mencionada corporación, la señalada en la letra d) del artículo 2o., de dicho decreto es: "Promover la creación de colonias de vacaciones, balnearios, campos deportivos y de recreación y, en general, **de toda clase de establecimientos destinados al turismo económico;** (se subraya).

"Al paso que el artículo 14o. del mismo decreto, concreta la facultad de la Corporación para asociarse al decir: "Para el cumplimiento de sus objetivos, la Corporación **queda autorizada** para constituir sociedades o compañías, sea con otras entidades del estado, con departamentos, municipios o con personas particulares, naturales o jurídicas, ciñéndose a lo dispuesto por el artículo 29 del Decreto 1050 de 1.968" (se subraya)".

Agrega la libelista que de dicha autorización quedó constancia en la Escritura pública No, 1.659 del 24 de diciembre de 1.971 por la cual se constituyó la sociedad demandante, y también la autorización que tenía el Municipio de Cartagena conferida mediante el Acuerdo del Concejo de esa ciudad, número 37 del 2 de septiembre de 1.971 y del Decreto 257 del 15 de diciembre del mismo año, para concluir afirmando que existiendo "autorización legal frente a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S. A., mal puede decirse que los oficios acusados sean violatorios de las normas cuya protección se pretende con la demanda".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, al rendir su concepto sobre el caso a fallar, expresa:

"Determinar la estructura de la Administración Nacional es no sólo crear los grandes elementos que la integran, sino además determinar su disposición dentro del órgano de que son parte, regular sus mecanismos de relación para el cumplimiento de su tarea y señalar de modo general sus funciones. En esta forma el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la Administración y el Ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas. Quiere decir, el Congreso crea los entesles señala las funciones generales las que se desarrollan mediante los órganos que integran su estructura.

"En este sentido fue como se pronunciaron las decisiones administrativas ahora demandadas para que la entidad ahora demandante se acomodara a la normatividad existente. Ahora bien: es evidente claro que el artículo 461 del Código de Comercio, en vigencia, así como también el artículo 8o. del decreto 1050 del 5 de julio de 1.968, determinan el **elemento esencial** (lo que constituye la naturaleza de una cosa, o sea lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra cosa) de las sociedades de economía mixta: el que los

aportes tengan índole o entraña tanto pública u oficial o estatal como privada en cuanto al capital de que se componen. Y esta participación estatal desencadena de manera lógica y obvia el que por tratarse de tales -de bienes de uso público y conformar el dominio público o patrimonio del Estado-tengan una naturaleza jurídica que determina su destinación y régimen de uso- **la ley** señala que se garantice al Estado la conservación y el adecuado rendimiento de los mismos. Y fue de contera como se creó la gestión fiscal que comienza desde la adquisición e integración del patrimonio del Estado (que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público). prosigue con los actos propios a su conservación, mejoramiento y explotación y terminan con la disposición o inversión de los bienes muebles e inmuebles, etc., y lo justifica".

Antes de solicitar que, por estar inhabilitada funcional y legalmente la entidad demandada para emitir la normatividad ahora cuestionada, se nieguen las peticiones de la demanda, el colaborador fiscal destaca la claridad del Decreto 3130 de diciembre 26 de 1.968 al determinar en su artículo 4o.:

"Cuando la nación o los organismo descentralizados adquieran derechos y acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere del caso, las reformas estatutarias que las somentan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1.968 y al presente Decreto".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Superintendencia de Sociedades, por medio de los oficios señalados con los números D-13188 del 7 de julio de 1.989, EX-CG-13505 del 11 de julio de 1.989 y EX-CG-25231 del 7 de diciembre de 1.989, ordenó a la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S. A. la adecuación de sus estatutos a las disposiciones que regulan a las sociedades de economía mixta.

El origen de los oficios en mención reposan en el numerado con el 04263 del 10 de marzo de 1.989 (folio 95) dirigido por la misma Superintendencia al representante legal de la Compañía Hotelera Cartagena de Indias S. A., con sede en la ciudad de Cartagena en el que le manifiesta:

"De acuerdo a la última documentación que reposa en este Despacho (Balance Oficial del 31 de diciembre de 1.987), se pudo establecer que en el capital social de su representada la participación de las entidades estatales asciende al 46.00%.

"Por lo anterior si en la fecha esta proporción no excede del 50% del monto total del capital, el órgano social competente en su próxima reunión deberá considerar la reforma de sus estatutos con el fin de ajustarlos a las disposicio-

nes que regulan las sociedades de economía mixta que a saber son:
"1. Las condiciones de participación del Estado, el orden a que pertenece (Nacional, Departamental o Municipal) dependiendo del carácter de la entidad estatal que participe en el capital, así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efecto de establecer el control de tutela que debe ejercerse sobre la compañía (Artículo 462 del Código de Comercio).

"2. La distinción de las acciones en dos series, Una que identifique las acciones de los accionistas particulares y otra que corresponda a las de los titulares de aportes estatales (artículo 465 ibídem).

"3. La indicación del que el control fiscal, será ejercido por revisores fiscales, elegidos por el máximo órgano social de listas pasadas por el Contralor General de la República, y que su función será ejercida en los términos previstos en el Código de Comercio (Artículo 21 de la Ley 20 de 1975).

"En el evento de que la participación del sector oficial exceda del 50% del capital social, el control fiscal será ejercido por auditores fiscales nombrados por la Contraloría General de la República (Artículo 21, en concordancia con el artículo 3o. de la Ley 20 de 1.975).

"Así mismo cuando la sociedad se encuentra en esta situación a los accionistas de derecho público no se les aplicará la restricción del voto, y a quienes actúen en su nombre podrán representar en las asambleas acciones de otros entes públicos (Artículo 466 en concordancia con el numeral 1o. del 428 del Estatuto Mercantil).

Referencia obligada, previa a cualesquiera otras consideraciones que se podrían convertir en inoficiosa divagación, es la normatividad actual del Derecho Colombiano en cuanto a sociedades de economía mixta se refiere.

El título VII del Código de Comercio que define y regula las sociedades de economía mixta, las concreta en el inciso primero del artículo 461 en los siguientes términos : **"Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyan con aportes estatales y de capital privado".** (Subraya la Sala).

En los "Fundamentos de Hecho" numeral 1o. del libelo de la demanda (folios 60 y 61 del expediente), dice la parte actora: "Mediante escritura No. 1.659 del 24 de diciembre de 1.971, otorgada en la Notaría Segunda de Cartagena, se constituyó la COMPAÑIA HOTELERA CARTAGENA DE INDIAS S. A., uno de cuyos accionistas es la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO. (.....). El capital, representado en acciones, se **conformó con aportes de dos entidades oficiales (la CORPORACION NACIONAL DE TURISMO y el Municipio**

de Cartagena), personas jurídicas privadas y personas naturales". (subraya la Sala).

El hecho anterior es ratificable mediante la escritura número mil seiscientos cincuenta y nueve (folios 25 y siguientes) en donde aparece que el capital representado en ciento cuarenta y seis mil quinientas cuarenta acciones tomadas por los accionistas fundadores, pertenece, aproximadamente en un 75%, al Municipio de Cartagena y a la Corporación Nacional de Turismo. A la fecha de la solicitud de la Superintendencia, según oficio 04263 del 10 de marzo de 1.989, la participación de las entidades oficiales en el capital social de la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias , remitiéndose al Balance Oficial del 31 de diciembre de 1.987 , ascendía el 46.00%.

Es oportuno entonces afirmar, de una vez, pues la claridad de la norma no admite discusión, que si la compañía comercial requerida está constituída con aportes estatales y con aportes privados , es una sociedad de economía mixta. Así lo define el derecho vigente, es decir, el artículo 461 del código de Comercio, Decreto Ley 410 de 1.971, esto con vista en sentido literal.

Sentada la anterior premisa, habrá de examinar en qué forma resultan violados los artículos 8o. y 29 del Decreto Extraordinario 1050 de 1968.

Según el inciso primero del artículo 8o. en mención, las sociedades de economía mixta "son organismos constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley"

A este respecto es válido y bien fundamentado el concepto del señor fiscal cuando afirma que "el legislador tiene como atribución crear la parte estática y permanente de la Administración y el Ejecutivo la de hacerla dinámica mediante el ejercicio de atribuciones administrativas". Como secuela de ello, afirma el representante del Ministerio Público que el artículo 461 del Código de Comercio en vigencia y el 8o. del Decreto 1050, determinan el **elemento esencial** de las sociedades de economía mixta, esto es, los aportes que entraña pública u oficial y los aportes de origen privado desencadenando así, por involucrar bienes de uso público, la gestión fiscal que garantice al Estado su adecuada conservación y rendimiento.

No es todavía menos importante, la razón, que esta Sala comparte, aducida por la representante judicial de la Superintendencia que complementa, en afortunada simbiosis, el concepto del Fiscal. Recuerda la profesional en párrafo ut supra transcrito, que la Corporación Nacional de Turismo fue creada mediante una disposición que la autorizaba en forma amplia para asociarse con

personas naturales o jurídicas, para promover **"toda clase de establecimientos destinados al turismo económico"**, para constituir sociedades o compañías con otras entidades del Estado y que de ello se dejó constancia en la escritura de constitución de la sociedad demandante (folio 25 vto.).

El inobjetable argumento, deja sin pie la acusación de violación de los mencionados artículos del Decreto 1050 de 1968, antes bien, despeja aún más el derecho y la obligación que tiene el Estado de controlar, por los distintos sistemas creados para el efecto según el porcentaje de participación en el capital de las sociedades mixtas, los fondos y bienes a ellas aportados.

En cuanto a las diversas hipótesis planteadas por el actor en su interpretación del artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968, apuntan éstas mas a la denuncia de la omisión de algunos trámites para la constitución de la sociedad en examen que a la demostración de que esta no tiene la naturaleza de una sociedad de economía mixta. Ocurre igual fenómeno con su acusación de haberse violado el artículo 462 del Código de comercio (folio 73) al decir que éste "prevé la preexistencia de una norma que autorice la creación de la sociedad de economía mixta"; asímismo, cuando manifiesta, refiriéndose al artículo 461 ibidem que "se debe aclarar que esa disposición da un concepto esquemático de la sociedad de economía mixta, en el cual se contempla únicamente el fenómeno de la coparticipación de aportes estatales y de capital privado, partiendo de la base que el elemento de la autorización está previsto en otras normas y en una posterior a ella: el artículo 462 del mismo estatuto. No trató la norma de dar una definición que comprendiera todos los elementos esenciales de la sociedad de economía mixta, de lo cual se encargaron, como ya se dijo, otras disposiciones que de ninguna manera derogó", esta haciendo confusión entre características y elementos esenciales siendo el fundamental de ellos, valga la insistencia, la diferencia de los aportes que si bien esquematiza su formulación como lo dice el nulidiscente, es fundamental y básica para dirimir cualquier duda: "SON DE ECONOMIA MIXTA LAS SOCIEDADES COMERCIALES QUE SE CONSTITUYEN CON APORTES ESTATALES Y DE CAPITAL PRIVADO" (Mayúsculas de la Sala). Las "otras disposiciones que de ninguna manera derogó", como el artículo 462, hablan de las formalidades, que no de los elementos esenciales en la constitución de una sociedad de economía mixta.

A fin de deshilvanar el discurso del artículo 4o. del Decreto 3130 de 1968, del cual el demandante cita exclusivamente los dos primeros incisos, es saludable para la mejor comprensión de la figura jurídica completar la cita con el inciso tercero que reza: "Cuando la Nación o los organismos descentralizados adquieran derechos o acciones en entidades que hasta ese momento tenían el carácter de personas jurídicas de derecho privado, se harán inmediatamente, si fuere el caso, las reformas estatutarias que las sometan al régimen que les corresponda conforme al Decreto 1050 de 1968 y al presente Decreto". Ello implica que, mutatis mutandis, la entidad social, ya con carácter de economía

mixta, debe adecuar sus estatutos al régimen correspondiente sin que a ese claro mandato se interpongan interpretaciones literales que en nada entorpecerían el nítido espíritu de la norma.

Y dentro del mismo orden de intelección, si el ente social ab-initio, a su estructura de capital participado, acudían como elementos societarios ratio pecuniae, valores públicos y privados, él, ese ente adquiría una calidad bien diferente a las sociedades sensu strictu privadas, señalada como condictio esencial de su naturaleza, "sociedad de economía mixta", ello con base, ya se anotó, al art. 461, pero centrando la atención principal en lo que a renglón seguido se expone.

En este mismo orden de ideas, queda también desvirtuada la hipoteca infracción del artículo 21 del Decreto Ley 130 de 1976 pues, al existir autorización previa a la creación del ente reclamante, queda satisfecha la exigencia de la norma cuando dice que "las entidades públicas sólo podrán constituir las Asociaciones o Sociedades a que se refiere el presente decreto cuando para ello se encuentren debidamente autorizadas". Por lo demás, es oportuno señalar cómo el artículo primero de dicho decreto ley hace alusión a la calificación de sociedades de economía mixta del orden nacional cuando la nación o una de sus entidades descentralizadas figuran entre sus socios, estableciendo el régimen aplicable a dichas sociedades, en los artículos subsiguientes, cuando el aporte nacional es inferior, igual o superior al noventa por ciento (90%) del capital social.

Si con detenimiento se examina el contenido del ordenamiento decretal precitado, se advertirá, como se ha dicho, que su mandamiento veintiuno precisa el tipo de entes que pueden constituir las entidades públicas que lo son, de conformidad con lo allí preceptuado, las sociedades de economía mixta; y en su capítulo II, se ocupa de las Corporaciones y Fundaciones en las condiciones regladas por los artículos 6o, 7o. y 80.. Ello implicaría que a ese régimen y sólo a él pueden ser referidos y ubicados, en su caso, los entes públicos, que como la corporación Nacional de Turismo tengan participación con capitales privados, supeditados, eso sí, a la respectiva autorización, pertinente, precisa la Sala para los entes públicos cosocios.

Y concretamente, esa autorización, como también se ha consignado, en relación con la Corporación Nacional de Turismo, se otorga en su disposición 2a. literal d), en armonía con su específica teleología de promoción y fomento al turismo, al preceptuar: "La Corporación Nacional de Turismo de Colombia, cumplirá las siguientes funciones:. . . . .d) Promover la creación de colonias vacacionales, balnearios, campos deportivos y de recreación y, en general de toda clase de establecimientos destinados al Turismo Económico".

Y en una forma más explicita, si se quiere, la función señalada en el literal g) ibidem: "Fomentar y promover consorcios económicos, asociaciones regionales

y gremiales y toda clase de sociedades con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas para la promoción del turismo colombiano, así como para participar en tales organismos, si fuere necesario".

Finalmente, la razón que aduce la parte actora para denunciar los actos acusados como violatorios de los artículos 21 de la Ley 20 de 1975 y 204 del Código de Comercio, carece de sustento puesto que por las normas transcritas se ha demostrado que al estar constituida la Compañía Hotelera de Cartagena de Indias S. A., por aportes tanto de particulares como de entidades estatales, pero principal y fundamentalmente en razón a la existencia de la multicitada autorización, determina que la sociedad en cuestión debe hacer la reforma de sus estatutos de conformidad a las normas que regulan las sociedades de economía mixta. Dice el libelista que la primera de tales disposiciones "rige exclusivamente para la sociedades de economía mixta y dicha entidad, como se vió, no lo es; y la segunda establece que el revisor fiscal, contrariamente a lo que ordena la Superintendencia de Sociedades, deberá ser elegido por la mayoría absoluta de la Asamblea o Junta de Socios, sin ninguna otra condición", argumentos estos que se basan en la simple negación de la calidad de sociedad de economía mixta que, como se ha visto, no obedece a una calificación caprichosa de la Superintendencia sino a una interpretación absolutamente ajustada a la Ley. Debe tenerse presente, para eludir equívocos, que el artículo 20 del Decreto Ley 130 de 1976 define para los efectos del mismo como entidades públicas la Nación, las entidades territoriales, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta; y que el artículo 22 ibidem, ordena que "Los representantes de la Nación o de sus entidades descentralizadas en los órganos directivos de las sociedades o asociaciones aquí previstas promoverán las reformas estatutarias indispensables para ajustar la organización y el funcionamiento de dichas personas jurídicas a las normas de este estatuto".

Esta Sala, en sentencia del 22 de noviembre de 1988, se pronunció sobre la demanda de nulidad de una resolución de la Superintendencia de Sociedades en la cual se le exigía a la sociedad Industria Química Pennwualt S. A. "modificar sus estatutos sociales con el fin de amoldarlos a los de las sociedades de economía mixta, como quiera que el Estado posee el 40 % de su capital social". En sus consideraciones, dijo en aquella oportunidad la Sala:

> ". . . . .Pero la norma que define lo que se debe entender para el derecho colombiano como sociedades de economía mixta, es el artículo 461 del Código de Comercio, Decreto-Ley 410 de 1971, en plena vigencia. Resulta entonces lógico que todos los esfuerzos hechos por la demandante para demostrar que la sociedad que defiende no es de economía mixta, aún avalados por el concepto del señor Fiscal de la Corporación, resultan inanes al confrontarlos con esta norma directriz. Tanto es así, que en el inquisitivo trabajo sobre las normas pertinentes y otras más, no le fue posible a la

actora presentar al menos un caso de una sociedad que, estando compuesta en parte con aportes estatales, no fuera de economía mixta. Y si la tal existiera, exisistiría fuera de la ley pues ésta no consagra excepciones. No es oportuna por consiguiente la citación que en la demanda se hace de una sentencia de esta Sala puesto que allí se habla de la "sola intervención en el gobierno de una empresa" y no de la intervención con aportes estatales de la misma; distíngase bien". (Expediente No. 790).

En el caso sub-iudice y en razón principalmente y como se ha explicitado en la existencia de la autorización, cuya falta se ha afirmado por el actor, la cual esencialmente se concreta en la permisión que el legislador otorga a entes públicos para coparticipar con los particulares en sociedades de carácter comercial, como se precisa por la Superintendencia de Sociedades en el alegato de conclusión, sin desmedro de la consideración que merece en la estructura de este tipo de sociedades los aportes públicos y privados, que son génesis de la calificación que la ley otorga a los citados entes, determina la improsperidad de las súplicas.

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, teniendo en cuenta el criterio del señor Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

DENIEGANSE las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 16 de mayo de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EXPORTACION DE CAFE / REGISTRO DE EXPORTACION / INCOMEX- Facultades

Si bien el Decreto 444/67 faculta a la Junta de Comercio Exterior para establecer los plazos de validez de los registros de exportación, no lo es menos que al crearse el Incomex, las funciones de aquellas se trasladaron al Consejo Directivo de éste, y en consecuencia le corresponde la competencia para fijar plazos dentro de los cuales deba exportarse el café, a partir del respectivo registro de exportación. Por lo demás, el registro de uno o varios contratos de venta de café para la exportación por parte del Incomex, no constituye derecho alguno para que el exportador siga efectuando en el futuro otra u otras ventas del producto con el mismo registro, ni el otorgamiento de un registro por parte del Incomex le da derecho a que en el futuro se le otorgue nuevo registro de nuevas ventas o a que por lo menos, se le dé una prelación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo,- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 912. Acción de nulidad contra la Resolución No. 035 de 12 de septiembre de 1986, expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior. Actor: ALVARO TOBON JARAMILLO.

El ciudadano ALVARO TOBON JARAMILLO en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución de la referencia en la cual se dispone:

RESOLUCION No. 035 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1986.

"Por medio de la cual se establece el plazo de exportación de café a partir del 1o. de octubre de 1986.

EL CONSEJO DIRECTIVO DE COMERCIO EXTERIOR

En uso de las facultades previstas en el Decreto ley 444 de 1967 y en el Decreto 151 de 1976, oído el concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia,

RESUELVE:

ARTICULO 1o. **Registro de contratos de venta para la exportación.**

El Instituto Colombiano de Comercio Exterior, previo el visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en cada caso, registrará contratos de venta de café lista para exportación, para embarques durante el período comprendido entre el 1o. de octubre de cada año y el 30 de septiembre del año siguiente, lapso correspondiente al año cafetero, con sujeción a lo dispuesto en esta Resolución.

"ARTICULO 2o. **Plazo para Exportar**

A partir de la fecha del registro del contrato de venta ante el Incomex, el exportador deberá efectuar la exportación dentro del término de sesenta (60) días calendario, para lo cual deberá obtener previamente el registro de exportación.

."PARAGRAFO. **Restricción.**

Durante la vigencia del régimen de cuotas establecidas de conformidad con el Acuerdo Internacional del Café (OIC) y no obstante lo dispuesto en este artículo, los contratos de venta de café dirigidos a países miembros de la Organización Internacional de Café, que se registren a partir del primero de agosto de cada año, tendrán vigencia sólo hasta el quince (15) de septiembre del mismo año y el café amparado por estos contratos deberá ser embarcado a más tardar el treinta (30) de dicho mes de septiembre.

"ARTICULO 3o. **Registros de Exportación y vigencia de los Registros de contratos de venta de café.**

A solicitud del exportador, el Incomex aprobará y expedirá los Registros de exportación correspondientes a cada Registro de contrato de venta de café vigente, de que trata el artículo 1o. de esta resolución.

La vigencia del registro de contrato de venta de café, será de cuarenta y

cinco (45) días calendario, dentro de la cual el exportador deberá presentar y obtener los registros de exportación, los cuales, a su vez, se expedirán con un plazo de validez de quince (15) días calendario, contados a partir de la fecha de su aprobación.

"ARTICULO 4o. **Modificaciones**

Toda solicitud de modificación a los registros de contrato de venta de café, así como a los registros de exportación de café, deberá tramitarse ante el Incomex antes de su vencimiento y requerirá para su aprobación, del concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia.

"ARTICULO 5o. **Exportaciones a países no Miembros**

Las exportaciones de café a países no Miembros de la Organización Internacional del Café, continuará rigiéndose por lo dispuesto en la Resolución No. 087 de Diciembre de 1981, del Consejo Directivo de Comercio Exterior.

"ARTICULO 6o. **Término para acreditar la Exportación**

Dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de vencimiento del término para la exportación, el exportador deberá acreditar que la realizó, ante la regional del Incomex que expidió el registro de exportación, mediante la presentación del manifiesto respectivo.

"ARTICULO 7o. En caso de no presentarse el manifiesto de exportación dentro del término a que se refiere el artículo anterior, el Incomex procederá a declarar el incumplimiento de la obligación de exportar dentro del término previsto, e impondrá la multa correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 62 del Decreto ley 444 de 1967".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

Considera el actor, que con el acto acusado, se han quebrantado los artículos 60 y 61 del Decreto 444 de 1967 por cuanto el Consejo Directivo de Comercio Exterior no es competente para proferir la Resolución y al establecer en el artículo 1o. el visto bueno previo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, está delegando sus funciones en un ente privado.

II. ACTUACION

Mediante providencia de fecha 2 de septiembre de 1988, se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional, por considerarse que de la sola comparación de las normas no surge la violación, y habría necesidad de realizar

un estudio profundo de la cuestión, lo cual desinstitucionalizaría la medida cautelar.

Al correrse traslado del auto admisorio de la demanda se hicieron parte en el proceso el Ministerio de Desarrollo Económico, Incomex y la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, oponiéndose a las pretensiones del libelo por considerar que la resolución acusada se ajusta a las normas que el actor señala como violadas y al Decreto 151 de 1976.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que la sentencia debe ser inhibitoria por cuanto no se allegó al plenario copia del acto acusado con la constancia de su publicación, notificación o ejecución.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

1a. La falta de la constancia de publicación del acto acusado.

Realmente, como lo observa el señor Fiscal, no hay constancia en el expediente del hecho de la publicación en periódico oficial de la resolución demandada. Empero, como lo ha dicho esta Sala en otras ocasiones, tanto del artículo 139 primitivo del C. C. A., como del que surgió en razón de la subrogación del mismo por el artículo 25 del decreto 2304 de 1989, surge clara la posibilidad de que la acción de nulidad pueda impetrarse "cuando el acto no ha sido publicado" (inciso 4o.).

En consecuencia, la Sala entrará a hacer un pronunciamiento de fondo y no atenderá la solicitud del señor Fiscal colaborador en el sentido de declararse inhibida para ello.

2a. Se acusa la Resolución No. 035 de 12 de septiembre de 1986 de ser violatoria del artículo 61 del Decreto 444 de 1967, por cuanto la facultad de fijar plazos dentro de los cuales deba exportarse el café, no la tiene el Consejo Directivo del Incomex, sino el Instituto Colombiano de Comercio Exterior "Incomex" a través de su Director.

Consagra el artículo 61 del Decreto 444 de 1967:

"La Superintendencia de Comercio Exterior previo concepto de la Federa-

ción Nacional de Cafeteros de Colombia señalará los plazos dentro de los cuales debe exportarse el café a partir del registro respectivo del contrato de venta. Estos plazos no pueden ser prorrogados sino por causas justificativas y con la anuencia de la mencionada Federación".

Observa la Sala que el Decreto 444 de 1967 establece en su artículo 52:

Facúltase a la Junta para establecer los plazos de validez de los registros de exportación".

El Decreto 2479 de 1968 por el cual se creó el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, INCOMEX, en el capítulo II, artículo 6o. (folio 17 del expediente) señala las funciones que corresponde desarrollar al Consejo Directivo del Incomex, quien tiene la Dirección y administración del Instituto, y en el literal h y su parágrafo establece:

Las que se asignan a la Junta de Comercio Exterior los Decretos 444 y 688 de 1967 y demás disposiciones vigentes sobre la materia.

"PARAGRAFO. A partir de la vigencia del presente Decreto, la Junta de Comercio Exterior, será reemplazada en la totalidad de sus funciones por el Consejo Directivo de Comercio Exterior".

4. El Decreto 151 de 1976 prescribe en su artículo 6o. literal i (folio 25) que son funciones del Consejo Directivo las que le asignan a la Junta de Comercio Exterior los Decretos 444 y 688 de 1976 y demás disposiciones vigentes sobre la materia.

No cabe pues duda a la Sala, que si bien es cierto que el Decreto 444 de 1967, en su artículo 52, faculta a la Junta de Comercio Exterior, para establecer los plazos de validez de los registros de exportación, no lo es menos que al crearse el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, las funciones de aquella se trasladaron al Consejo Directivo de éste, y, en consecuencia, corresponde al Consejo Directivo del Incomex, y no al Instituto de Comercio Exterior a través de su Director, la competencia para fijar plazos dentro de los cuales deba exportarse el café, a partir del respectivo registro de exportación.

Por lo anterior no prospera el primer cargo.

5. Expresa el actor, con relación al segundo cargo, que la Resolución emanada del Consejo Directivo de Comercio Exterior, viola el artículo 60 del Decreto 444 de 1967, al establecer un previo visto bueno para cada caso individual de exportación por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, lo que equivale a establecer un sistema de cupos individuales de exportación, que está prohibido por el citado Decreto, y que, por lo demás, se está

delegando una función pública en una entidad privada.

Preceptúa el artículo 60 del Decreto 444 de 1967:

> Los contratos de venta de café deberán registrarse en la Superintendencia de Comercio Exterior, la cual queda facultada para que a solicitud de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia pueda suspender o limitar transitoriamente el registro de dichos contratos.
>
> "En ejercicio de esta facultad no podrán establecerse sistemas que impliquen cupos individuales de exportación".

En cuanto hace relación a lo primero, o sea, que el establecimiento dé un visto bueno para cada caso individual de exportación de café por parte de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, equivale a establecer un sistema de cupos individuales de exportación prohibido por el inciso segundo del artículo 60 del decreto ley 444 de 1967, la Sala observa que la intención del legislador fue la de prohibir que se establezcan **sistemas** que impliquen modalidades especiales de exportación de café, sistema que no se encuentra que se esté estableciendo con las disposiciones acusadas, especialmente en las contenidas en los artículos 1o. y 4o. de la resolución demandada, que se contraen a la exigencia de registrar los contratos de venta para la exportación en el INCOMEX, previo visto bueno de la Federación Nacional de Cafeteros, así como las modificaciones de esos contratos, **sistema** que de existir no se ha demostrado en el proceso por la parte actora.

Por lo demás, es claro que el registro de uno o varios contratos de venta de café para la exportación por parte del INCOMEX, no constituye derecho alguno para que el exportador siga efectuando en el futuro otra u otras ventas del producto con el mismo registro, ni el otorgamiento de un registro por parte el INCOMEX le da derecho a que en el futuro se le otorgue nuevo registro de nuevas ventas, o a que por lo menos, se le dé una preferencia o prelación.

Igualmente es claro que el previo visto bueno por parte de la Federación debe darse o negarse dentro del espíritu que informaba el derogado decreto 444 de 1967 y el cumplimiento de una serie de requisitos que respondan a una política cafetera general del país, es decir, que esa facultad no se puede ejercer de manera arbitraria, y que, de hacerse esa manera, conduciría a la posibilidad de impugnar el acto administrativo del INCOMEX negativo que se funde en ello, es decir, en el no otorgamiento del previo visto bueno.

En cuanto a lo segundo, es decir, al previo visto bueno o al concepto favorable por parte de la Federación Nacional de Cafeteros, como requisito para el registro en el INCOMEX de los contratos de venta para exportación de café y su modificación o modificaciones, encuentra la Sala, de un lado, que al expedir

el INCOMEX la resolución acusada e imponer para dicho registro o su modificación el previo visto bueno o el concepto favorable de la Federación, no hizo otra cosa que hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 6o. del decreto-ley 151 de 1976, estatuto orgánico del Instituto, que establece que son funciones del Consejo Directivo de Comercio Exterior, entre otras, la de "b). Determinar los requisitos que deban cumplirse para el trámite de las exportaciones e importaciones **especialmente en lo relacionado con el señalamiento de vistos buenos previos** que para efectos de dichos trámites sea conveniente exigir" (subrayado fuera de texto), norma que no ha sido declarada inexequible y contra la cual, por lo demás, no se ha propuesto la excepción de inconstitucionalidad para que el juez deje de aplicarla; de otro lado, la exigencia del previo visto bueno o el previo concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros para una serie de registros relacionados con exportaciones de café, tales como el de exportadores de dicho producto, ha sido una constante del propio legislador, como se puede constatar en el derogado decreto-ley 444 de 1967, por lo cual si ello se mira o se tiene como una delegación de funciones administrativas, no habría nada de ilegal en ello, pues esa delegación de funciones, aún en personas de derecho privado, siempre ha existido previa autorización del legislador, como igualmente se han dado los casos de fijación o radicación de funciones administrativas en entes de derecho privado o en colaboración con personas administrativas.

Finalmente, la Sala anota que recientemente por la ley 9a. de 1991 se introdujo una modificación sustancial en materia de previos vistos buenos o conceptos favorables para obtener el registro de exportador de café, al establecerse en el artículo 25 de ella lo siguiente:

> "Sin perjuicio de la libertad de exportación y con miras a estimular y facilitar la actividad exportadora de carácter permanente, todo exportador deberá registrarse como tal ante el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, entidad que establecerá las calidades y requisitos mínimos que los exportadores deben cumplir para obtener su inscripción como tales, oído el concepto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia según normas y criterios establecidos por el Comité Nacional de Cafeteros".
>
> Parágrafo 1o. "El concepto de la Federación deberá darse dentro de un término no superior a 50 días calendario. . . . .
>
> Si no le diese o no dé respuesta en el plazo, el interesado será necesariamente incorporado al mencionado registro si cumple con los demás requisitos".

De lo anterior concluye la Sala que la intención del legislador siempre ha sido que la Federación Nacional de Cafeteros asesore al Gobierno en materia cafetera, señalándoles, en las diferentes disposiciones sobre la materia, que para proceder a determinados registros debe oírse u obtenerse el previo concepto de

dicho organismo de derecho privado; sólo que en algunos casos, como el que ocupa la atención de la Sala relativo al registro de contratos de venta para exportación, ha dispuesto que dicho concepto debe ser favorable y no un simple concepto.

Por lo dicho, este segundo cargo tampoco está llamado a prosperar.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Señor Ministro de Desarrollo Económico, al señor Director del Incomex y al Señor Gerente de la Federación Nacional de Cafeteros, y archívese.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 16 de mayo 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL / TASA - Elementos

El órgano administrativo municipal estableció una contribución para lo cual carecía abiertamente de sustento, tanto constitucional como legal. Para que los concejos municipales puedan imponer contribuciones, deben hacerlo "en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas", es decir, merced a previa y expresa autorización. No existe la autonomía fiscal de las municipalidades, y en tal virtud los impuestos y contribuciones que se establezcan deben acomodarse a las normas de carácter superior. Si uno de los elementos esenciales de la tasa en su voluntariedad, no se entiende cómo el "recargo" impuesto tenga relación alguna con los servicios a que alude el acto demandado, ni tampoco cómo podría legalmente la administración municipal negarse a prestar los servicios de teléfono o acueducto bajo el argumento de que el mayor valor de cada factura obedece a una sobretasa.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del acuerdo número 036 de 1989 (diciembre 7) mediante el cual el Concejo Municipal de Santa Marta estableció un recargo en los servicios de teléfono y acueducto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintitres (23) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1639. Actor César Rolando Marcucci Vera.

Procede la Sección Primera de la Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de 21 de septiembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto

decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 036 de 7 de diciembre de 1989, mediante el cual el Concejo Municipal de Santa Marta estableció un recargo en los servicios de teléfono y acueducto.

EL ACTO ACUSADO

Mediante el acto acusado se dispuso (fls. 8 y 9):

1o.- Establecer un recargo de cincuenta pesos ($50.oo) y de cien pesos ($100.oo), en este segundo caso tratándose de establecimientos comerciales, industriales, bancarios y afines, en el servicio telefónico por cada teléfono abonado en la Empresa de Teléfonos de Santa Marta, con destino al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de dicha ciudad, el cual, recaudado por dicha empresa dentro de los recibos mensuales de cobro, deberá ser consignado en una cuenta especial y sus valores estarán sometidos al control fiscal de la Contraloría Municipal (arts. 1o. y 2o.).

2o.- Establecer un recargo de veinte pesos ($20.oo) en el servicio de acueducto por cada usuario de tal servicio en el Municipio de Santa Marta, el cual será destinado al Cuerpo de bomberos Voluntarios de dicha ciudad. Su cobro se efectuará en los recibos por concepto de dicho servicio y recaudado que sea será consignado en una cuenta especial a nombre de la entidad beneficiaria, la cual estará sometida al control fiscal de la Contraloría Municipal (arts. 3o. y 4o.).

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora considera que el acto acusado viola flagrantemente los artículos 20, 43 y 197-2 de la Constitución Política y el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986, puesto que el Concejo de Santa Marta hizo uso de facultades de que carecía.

Expresa, así mismo, que el acto acusado es una simple repetición de otros Acuerdos de la misma ciudad en que se consagraron los mismos recargos o incrementos del acto demandado, pero cambiando solamente ".....el nombre de los servicios o impuestos que reciben el incremento o recargo" y que fueron, primero suspendidos provisionalmente, y luego declarados nulos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En apoyo de su petición, transcribe apartes de algunas jurisprudencias del Consejo de Estado y del Tribunal de origen.

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

De conformidad con los artículos 197-2 de la Constitución Política y 92-2 del Decreto 1333 de 1986 resulta que todo aquello que los Concejos Municipales

establezcan o regulen en materia de impuestos, contribuciones, tasas o sobretasas debe serlo dentro de los límites que les fije la ley, en virtud de que por sí solos no están autorizados para ello. En este mismo sentido deben entenderse los artículos 43 de la Carta Constitucional y el 171 del Decreto 1333 de 1986.

Si bien el artículo 172 del Decreto 1333 de 1986 faculta a los municipios para crear impuestos y contribuciones, ellos se encuentran específicamente enumerados en la misma normatividad y lo cierto es que allí no aparece por parte alguna impuesto o contribución sobre el servicio telefónico y de acueducto.

Así, los recargos establecidos en el acto acusado constituyen un aumento en una sobretasa o tarifa, la cual, siendo una retribución por el servicio recibido, nada tiene que ver con el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Santa Marta.

Por lo anterior, resulta evidente la violación manifiesta de los artículos 43 y 197 atribución 2a. de la Constitución Política, así como el 93 en su atribución primera del Decreto 1333 de 1986.

LAS RAZONES DEL APELANTE

Aún cuando es cierto el principio de que en materia impositiva los concejos solo pueden establecer impuestos o contribuciones si están autorizados por la Constitución y la Ley, no lo es menos aquel consistente en que cualquier ciudadano o autoridad puede hacer todo aquello que expresamente no le esté prohibido.

Además, las prohibiciones que consagran la Ley 26 de 1904 y las señaladas en los literales del numeral 2 del artículo 259 del Decreto 1333 de 1986 no impiden a los concejos "crear a título de sobretasas que no son otra cosa que tasas sobre tasas preexistentes, las retribuciones, más que contribuciones, que se establecieron en el acto demandado", dedicado al logro de una adecuada prestación del servicio público de "bomberos", indispensable para toda la comunidad.

CONSIDERACIONES

Independientemente del loable objetivo que persigue el acto acusado y de la insistencia que sobre su necesidad para los habitantes del Municipio de Santa Marta predica la entidad demandada, corresponde a esta Corporación pronunciarse exclusivamente sobre la procedencia o improcedencia jurídica de la medida precautelativa decretada por el a quo.

En el caso bajo estudio se tiene que el Concejo Municipal de Santa Marta, mediante el acto acusado y expresando hacer uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional y los artículos 93 y 171 del Decreto 1333 de 1986, estableció un "recargo en los servicios

de teléfono y acueducto, con destino al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Santa Marta".

De las facultades invocadas en el acto demandado se infiere claramente que el órgano administrativo municipal estableció una contribución para lo cual carecía abiertamente de sustento, tanto constitucional como legal, lo cual traerá como necesaria consecuencia la confirmación de la providencia apelada, por las razones que se expresan a continuación.

Ante todo se debe precisar que el artículo 197 numeral 2 de la Constitución Política indica que para que los Concejos Municipales puedan imponer contribuciones, deben hacerlo ". . . . .en conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas. . . . .", es decir, merced a previa y expresa autorización. No existe, pues, la autonomía fiscal de las municipalidades, y en tal virtud los impuestos y contribuciones que se establezcan deben acomodarse a las indicadas normas de carácter superior.

En el expresado sentido se ha pronunciado de manera reiterada, y sin dubitación, la jurisprudencia de esta Corporación, la cual, a manera de ejemplo, en sentencia de 15 de junio de 1990, con ponencia del doctor Jaime Abella Zárate expresó: (Publicado en Extractos T. VIII. Edición Caja Agraria, pág. 485).

"Facultad del municipio para imponer tributos. El ejercicio de esta facultad ha sido objeto de reiterada jurisprudencia de esta Corporación, conforme con la cual se ha precisado que la atribución ordinaria impositiva está regulada por los Artículos 43, 76, 191 y 197 de la Constitución Política.

"Si bien el artículo 43 de la Constitución Nacional establece que:

"En tiempo de paz sólamente el Congreso, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales podrán imponer contribuciones".

"Dicha facultad en cuanto se refiere a las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, está limitada según la misma Constitución Política, cuando dispone en su Artículo 191 que:

"Las Asambleas Departamentales, para cubrir los gastos de administración que les corresponden, podrán establecer contribuciones, **con las condiciones y dentro de los límites que le fije la ley".**

"Tratándose de los municipios, el Artículo 197 Numeral 2o. condiciona el ejercicio de tal facultad a los lineamientos constitucionales, legales y Ordenanzas, con lo cual se determina que constitucionalmente la atribución impositiva para los municipios no es primaria e ilimitada, sino subordinada, condicionada y reglada dentro de los límites impuestos por la

Constitución y la ley. De manera tal, que no puede existir gravamen municipal cuya creación no esté autorizada previamente en la ley, pues el principio de la legalidad del tributo nace de otro eminentemente político, cual es el de que no puede haber tributo sin representación.....". (Sección Cuarta, Expediente No. 2864. Actor: Alberto Ospina Cardona).

Además, contrariamente a lo expresado por la entidad demandada en su escrito de apelación, constituye principio fundamental del Derecho Público, derivado de los artículos 20 y 63 de la Constitución Política, el que los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello que les esté expresamente atribuido.

Ahora bien, partiendo de la base doctrinaria y jurisprudencial de que la tasa o tarifa corresponde al precio fijado por el Estado, llámese Nación, Departamento o Municipio, por la prestación de un servicio que debe cubrir la persona que haga uso de éste, resulta que ella tiene como elementos inescindibles una contraprestación individualizada y una obligatoriedad en la medida en que se haga uso del servicio, es decir conlleva el factor de voluntariedad.

Si como se acaba de expresas uno de los elementos esenciales de la tasa es su voluntariedad, entendida en el sentido de que cualquier persona puede decidir libremente si hace uso o no del servicio de que se trate y en caso tal estar obligado o no a su pago, no se entiende cómo el aludido "recargo" con destino al Cuerpo de Bomberos Voluntarios tenga relación alguna con los servicios a que alude el acto demandado, ni tampoco cómo podría legalmente la administración municipal negarse a prestar los servicios de teléfono o acueducto bajo el argumento de que el mayor valor de cada factura obedece a una sobretasa, la cual, en primer término, no guarda relación alguna con la tasa que se cobra en cada factura y, además, cuando el mismo acto demandado no le dá ese tratamiento ni la define como tal.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE

1o.- CONFIRMASE el auto de 21 de septiembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto acusado.

2o.- En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REGISTRO DE MARCA

La finalidad de las marcas es la de individualizar, con absoluta claridad, los productos o servicios que elabora u ofrece al publico consumidor en el mercado una empresa determinada, en orden a orientar a los consumidores, identificar a los responsables de los distintos productos y servicios y, en fin, garantizar un orden de la economía con beneficio para todos. Es absolutamente necesario evitar que una marca pueda pasar por otra distinta, principio fundamental del derecho marcario, lo que ha llevado al legislador no sólo a consagrar exclusivamente la prohibición del registro de marcas idénticas, sino especialmente la de que registren marcas que sean semejantes, confundibles, similares a otras ya registradas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintitres (23) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia Expediente No. 1034. Acción de nulidad en relación con la resolución No. 06936 de 13 de octubre de 1983, expedida por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: SOCIEDAD GILLETTE COMPANY.

THE GILLETTE COMPANY, sociedad organizada y existente de conformidad con la leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos de Norteamérica, con domicilio en Boston, Estado de Massachussettes, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 596 del Código de Comercio, solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se declare la nulidad de la Resolución de la referencia

por medio de la cual se concedió el registro de la marca de fábrica y comercio "SAFRA" a la sociedad Sabores y Fragancia S.A., para distinguir productos de la clase 3 del decreto 755 de 1972, para que, como consecuencia de esa nulidad, se cancele el correspondiente Certificado de Registro distinguido con el número 104.571, y se ordene la publicación de la sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial, conforme al literal d) del decreto legislativo 209 de 1957.

I. FUNDAMENTOS FACTICOS

Se resumen así:

1o. Mediante resolución 3618 de junio 22 de 1977, la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio concedió el registro de la marca "JAFRA" en favor de la sociedad "JAFRA COSMETICS INC.", para distinguir productos de la clase 3a. del decreto 755 de 1972, según consta en certificado de registro 89.988. Ese registro se expidió por el término de diez (10) años.

2o. Por resolución 1462 de agosto 9 de 1979, la misma Superintendencia ordenó inscribir en los libros de propiedad industrial el traspaso de "JAFRA COSMETICS INC." hizo a favor de la sociedad THE GILLETTE COMPANY, de la marca Jafra antes descrita.

3o. Mediante oficio de 16 de marzo de 1987, THE GILLETTE COMPANY solicitó la renovación de la citada marca, para el período 1987-1992, que, en el momento de presentación de la demanda, se encontraba en trámite.

4o. La Superintendencia de Industria y Comercio, mediante la resolución acusada concedió el registro de la marca "SAFRA", a favor de la sociedad SABORES Y FRAGANCIAS S.A., para distinguir productos de la clase 3a. del decreto 755 de 1972, por el término de cinco años contados a partir del 13 de octubre de 1983.

5o. Para la fecha de registro de la marca SAFRA, estaban vigentes tanto el decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), como el decreto 1190 de 1978, "por el cual se incorpora a la Legislación Nacional la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena", donde se prohibe registrar como marcas los signos que sean semejantes o confundibles con otros ya registrados para productos comprendidos en una misma clase.

6o. Las marcas "Jafra" y "Safra" son muy semejantes, en forma que podrían inducir al público a error, semejanzas que son de múltiple naturaleza, gráfica y fonética, lo cual se explica por sí sólo al ver y pronunciar dichos vocablos.

II. DISPOSICIONES VIOLADAS

La actora invoca como quebrantadas las siguientes: artículos 583, inciso primero, 584, inciso primero y 586, ordinal 1o., del Código de Comercio; y, los artículos 56 y 58, literal f), del decreto 1190 de 1978, conforme a los cuales podrán registrarse como marcas de fábrica o de servicios los signos que sean NOVEDOSOS, visibles y SUFICIENTEMENTE DISTINTIVOS, y, por consiguiente, no podrán registrarse como marcas "las que se asemejen, en forma que pueda inducir al público a error, a una marca registrada. . . . .con anterioridad por un tercero. . . . . para los mismos productos o servicios", **"las que sean confundibles** con otras ya registradas. . . . .para productos o servicios comprendidos **en una misma clase"** (subraya el demandante).

III. LA ACTUACION

Admitida la demanda se ordenó notificar personalmente el auto admisorio al señor Superintendente de Industria y Comercio, lo mismo que al representante legal de la sociedad demandada, quienes no contestaron la demanda, ni solicitaron que se les tuviera como parte, ni solicitaron la práctica de pruebas, ni propusieron excepciones, ni alegaron de conclusión.

El señor Fiscal Primero de la Corporación rindió su concepto de rigor sobre las pretensiones de la demanda.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Primera de la Corporación solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, por considerar que no se requiere de mayor esfuerzo ni de mucha labor de persuación para llegar al convencimiento de que las dos marcas en juego tienen estrecha semajanza, de manera que los consumidores, a quienes va dirigida la oferta, pueden fácilmente inadvertir la diferencia y confundirse al hacer la escogencia. Los conceptos traídos en los dictámenes periciales ilustran con creces el debate y tiene razón la parte actora, agrega la Agente del Ministerio Público.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Como lo observa la señora Agente del Ministerio Público, el punto de la controversia consiste en determinar, si estando vigente la marca JAFRA, podía la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y

Comercio, conceder el registro de la marca SAFRA para distinguir productos de la misma clase, entendiendo por marca, según reza el artículo 583 del Código de Comercio, todo signo que sirva para distinguir los productos de una marca de los de otra, lo cual indica que el objetivo de la marca es diferenciar además de resaltar, llamar la atención, congruente con lo cual, y con miras a proteger derechos de particulares interesados, se prohibe el registro de aquellas que se semejen a una marca registrada por otra persona, en forma que puedan inducir al público a error, según lo expresa el artículo 58, literal f), de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena (Decreto 1190 de 1978).

Para establecer la semejanza y confundibilidad de las marcas "JAFRA" y "SAFRA", la parte actora solicitó el decreto y práctica de dictamen pericial, el cual se rindió por los expertos designados por el consejero ponente, en los siguientes términos:

"De lo anterior se concluye que el registro de la marca JAFRA hoy perteneciente a THE GILLETTE COMPANY se concedió por la división de propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, con anterioridad al registro de la marca SAFRA perteneciente a SABORES Y FRAGANCIAS S.A.

"Que las resoluciones, mediante las cuales se concedió el Registro de las marcas JAFRA y SAFRA, son para distinguir productos de la clase 3a. del Decreto 755 de 1972.

"Que las dos resoluciones están encaminadas a distinguir: preparaciones para blanquear y otras sustancias para la colada, preparaciones para limpiar, pulir, desengrasar y pulimentar, jabones, perfumería, aceites esenciales, cosméticos, lociones capilares, dentríficos y especialmente sabores y fragancias para los mismos.

"Desde el punto de vista gráfico encontramos la siguiente similitud:

"La marca SAFRA reproduce en forma exacta y en igual orden y ubicación las letras que componen la marca así:

J A F R A
1 2 3 4 5

S A F R A
1 2 3 4 5

"De donde se deduce que desde el punto de vista gráfico: solamente el registro de SAFRA cambió la S. por la J. y su terminación es igual, por tanto hay notoria similitud gráfica de estas dos marcas, ya que las únicas (sic) letras no

comunes en las mencionadas marcas son la J y la S, pero sí pertenecen a la misma familia fonética.

"Desde el punto de vista fonético; existe similitud fonética, por los sonidos, al pronunciarse las palabras que conforman las marcas.

"Desde el punto de vista conceptual; consideramos que la marca SAFRA, no es idéntica a la marca JAFRA, pero si se asemejan extraordinariamente, haciéndolas confundibles una con la otra, teniendo en cuenta que el Registro más antiguo es el de la marca JAFRA.

"El punto b. lo contestamos así: las semejanzas entre las marcas SAFRA Y JAFRA, como antes se anotó son de naturaleza gráfica, fonética, y solo se diferencian por las letras no comunes la J y la S.

"El punto c.; la semejanza de las dos marcas puede inducir al público consumidor a error, porque le es difícil distinguir con precisión el verdadero fabricante o productor de dichos productos, lo que rompe con la finalidad propia de una marca de productos cual es la establecida en el Art. 583 Num. 1o. del C. de Co.

"El punto d.; por la similitud de las letras que conforman las dos marcas, son intrínsicamente (sic) confundibles y pueden confundir al público consumidor, porque los elementos distintivos de cada marca, no le producen una impresión netamente distinta, a aquella que le interesa y por tanto pueden tener un concepto erróneo o juicio falso sobre el verdadero fabricante de dichos productos.

"El punto e.; atendiendo el contexto del art. 56 del Decreto 1190/78 que dice: '. . . . podrá registrarse como marca de fábrica o de servicios los signos que sean novedosos, visibles y suficientemente distintivos'.

"Consideramos de acuerdo con la norma antes transcrita que la marca SAFRA no representa, elementos constitutivos, para considerarla suficientemente distintiva de los productos que representa, a los de la marca 'JAFRA'.

"El punto f; conforme a la norma del art. 583 del C. de Co. consideramos que las marcas SAFRA Y JAFRA no sirven para distinguir los productos de una empresa de los de otra, máximo que estos productos corresponden a la clase 3a. del decreto 755/72.

"Los puntos g y h; los contestamos así: las marcas SAFRA y JAFRA por su confusión desde el punto de vista gráfico, fonético y conceptual, no son de suficiente valor para distinguir estas dos clases de productos, ni para distinguir el verdadero fabricante o productor de dichos productos con precisión, en virtud

de que el consumidor, por ser anterior al registro de JAFRA puede confundirse fácilmente (sic) con la marca SAFRA que no introduce en el campo marcario novedad alguna, sino figurando más bien como una expresión de notoria similitud a la marca JAFRA registrada inicialmente.

"Los puntos i y j; los contestamos así: No puede afirmarse que entre los vocablos SAFRA y JAFRA exista diferencia absoluta que como antes se anotó solamente entre estas dos marcas, las únicas letras no comunes son la J y la S, que la firma SAFRA con posterioridad al registro de la marca JAFRA obtuvo y porque insinúa una relativa apariencia de distintivilidad donde no la hay y además porque no sirve para evitar la confusión ante el público consumidor de las dos marcas.

"El último punto del cuestionario lo contestamos así: Al no canviar (sic) SAFRA sino una consonante, de una firma anteriormente registrada, para los mismos productos o servicios, no se individualiza con absoluta claridad los productos y servicios que están a disposición del público consumidor al mercado, por tanto esta marca no es novedosa ni suficientemente distintiva de la marca JAFRA y como consecuencia es fácil (sic) concluir que la marca SAFRA con este registro trató de imitar la marca JAFRA".

Del anterior dictamen pericial se corrió traslado a las partes por el termino legal, sin que durante el mismo se solicitara complementación o adición, o se objetara por error grave.

La finalidad de las marcas es la de individualizar, con absoluta claridad, los productos o servicios que elabora u ofrece al público consumidor en el mercado una empresa determinada, en orden a orientar a los consumidores, identificar a los responsables de los distintos productos y servicios y, en fin, garantizar un orden de la economía con beneficio para todos: consumidores, empresarios, autoridades de inspección y vigilancia, etc.

Por ello, como lo indica el señor apoderado de la demandante, es absolutamente necesario evitar que una marca pueda pasar por otra distinta, principio fundamental del derecho marcario, lo que ha llevado al legislador no sólo a consagrar exclusivamente la prohibición del registro de marcas idénticas, sino especialmente la de que registren marcas que sean **semejantes, confundibles, similares a otras ya registradas.**

Los argumentos de la parte actora y los conceptos traídos en el dictamen pericial pre-transcrito ilustran debidamente el punto del debate, y conducen a la Sala a la conclusión de que no se requiere de un gran esfuerzo, ni de mucha labor de persuación, para llegar a la convicción de que las dos marcas tienen estrecha semajanza, de manera que los consumidores por ello, pueden fácilmente inadvertir la diferencia y confundirse al hacer la escogencia, como lo expresa la agencia

fiscal en su concepto de rigor, razón por la cual debe concluirse que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

Primero. Declárase la nulidad de la Resolución No. 06936 de 13 de octubre de 1983, dictada por la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, por medio de la cual se concedió el registro de la marca de fábrica y comercio "SAFRA" a la sociedad Sabores y Fragancias S.A., para distinguir productos de la clase 3 del decreto 755 de 1972.

Segundo. Ordénase la cancelación del correspondiente Certificado de Registro, distinguido con el No. 104.571.

Tercero. Ordénase la publicación de la presente sentencia en la Gaceta de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos de ley.

Cuarto. La Superintendencia de Industria y Comercio, División de Propiedad Industrial adoptará las medidas pertinentes para dar cumplimiento a esta sentencia, dentro del término previsto en el artículo 176 del C. C. A.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Superintendencia de Industria y Comercio, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REGISTRO DE MARCA / SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - Facultades / **ACUERDO DE CARTAGENA**

La división de Propiedad Industrial al ordenar el registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de las de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, pero que no ha obtenido su registro o que no lo han solicitado con anterioridad, por lo mismo, no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto en la ley. Ella fue probablemente, la razón de la consagración de lo dispuesto en el artículo 76 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 58 ibidem, derogatoria de las normas contenidas en los artículos 585 y 586 del C. de Co.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintitres (23) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 417. Acción de restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 03277 de fecha 5 de julio de 1984, emanada de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: CREACIONES ZEPPELIN LTDA.

La sociedad CREACIONES ZEPPELIN LTDA. a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 596 del C. de Co., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Resolución de la referencia y como consecuencia la cancelación del registro marcario No. 105432 de fecha 5 de julio de 1984.

Dispone la resolución acusada:

"ARTICULO PRIMERO: Concédese el registro de la marca 'ZEPPELIN' etiqueta elaborada en letra caligráfica con una raya inferior como subraya, que cubre todas las letras y termina en forma triangular con un lado redondo, a favor de la Sociedad CONFECCIONES VALYN LTDA., domiciliado en PEREIRA, RISARALDA, COLOMBIA, por el término de cinco (5) años contados a partir de la presente providencia, para distinguir: 'Confecciones en general, para uso interno y externo, para hombres, mujeres y niños, botas, zapatos y zapatillas', productos comprendidos en la clase 25 del decreto 755 de 1972".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

Señala el actor como violados los artículos 586, numeral 3o., y 607 del C. de Co., en cuanto prohiben el registro de marcas que se asemejen en forma que puedan inducir al público a error, a un nombre comercial o enseña anteriormente utilizada en Colombia por un tercero para la misma actividad, o el empleo de un nombre comercial o de una marca de productos o servicios que sea igual o similar ya usado para el mismo ramo de negocios, ya que en el caso de autos, la marca "ZEPPELIN" que registró la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio en favor de la Sociedad CONFECCIONES VALYN LTDA., corresponde al nombre comercial "CREACIONES ZEPPELIN LTDA." utilizado por el actor.

II. ACTUACION

Por auto de fecha junio 3 de 1988 se admitió la demanda y de ella se ordenó correr traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Sociedad Confecciones Valyn Ltda.

La Nación - Superintendencia de Industria y Comercio - guardó silencio. La Sociedad Confecciones Valyn Ltda., fue emplazada conforme a los términos del artículo 318 del C. de P. C.

Concurrió al proceso la Sociedad LINEA DE MODA LTDA., cesionaria de la marca "ZEPPELIN", y se le admitió como parte adhesiva, quien se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones de "No agotamiento de la vía gubernativa" e "inaplicabilidad de norma sustantiva en el Código de Comercio", por considerar que la norma vigente al caso que nos ocupa es el artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

Conceptúa el colaborador Fiscal de la Corporación que contra la resolución acusada era procedente el recurso de apelación, y que el mismo actor afirma no haberlo interpuesto, por lo que no se agotó la vía gubernativa, lo que conduce a

proferir un fallo inhibitorio.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

1. De conformidad con el Decreto 1190 de 26 de junio de 1978, artículo 1o., se incorpora a la Legislación Nacional la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Esto quiere decir, que lo relativo a la propiedad industrial se rige, entre otras, por las normas del citado Acuerdo.

2. Prescribe el artículo 76 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

> "El registro de una marca será cancelado de oficio o a petición de parte, por la Oficina Nacional competente cuando verifique que el registro se ha expedido contraviniendo las disposiciones de los artículos 56 y 58 del presente reglamento".

Es pues, a la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio a quien corresponde conocer y decidir sobre la cancelación al registro de marca.

Pero si los interesados hacen uso del derecho a oponerse a que la Administración adopte decisión de registrar o solicitan la cancelación de una marca utilizada en Colombia anteriormente por un tercero, para la misma actividad, con base en pruebas que aportan para tal fin, y la Entidad administrativa contraviniendo las normas que amparan la propiedad industrial, hace caso omiso de dicha oposición o deciden adversamente la solicitud de cancelación, corresponde al Consejo de Estado entrar a estudiar y decidir sobre la legalidad o ilegitimidad de dicha actuación.

Y no podría ser de otra manera, por cuanto lo que se busca con la acción de nulidad es que la jurisdicción de lo contencioso-administrativo estudie los actos proferidos por la Administración a fin de poder, en determinado momento, anularlos desvirtuada la presunción de legalidad inherente a ellos, y en el caso que nos ocupa, el proceder al registro de una marca, por sí sólo no constituye ilegalidad, pues es una función que compete a la División de Propiedad Industrial y está en obligación de cumplir.

En otras palabras, la División de Propiedad Industrial al ordenar el

registro de un signo que sirva para distinguir productos o servicios de una empresa de las de otra que eventualmente está utilizando el mismo signo, pero que no ha obtenido su registro o que no lo han solicitado con anterioridad, por lo mismo, no está en condiciones de saberlo y violar lo dispuesto en la ley. Ella fué, probablemente, la razón de la consagración de lo dispuesto en el art. 76 de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, derogatoria de las normas contenidas en los artículos 585 y 586 del Código de Comercio.

De otra parte, en lo que respecta al artículo 607 del C. de Co. considera la Sala que es bueno precisar que como bien se lee del contenido del mismo, éste se refiere al EMPLEO o USO de una marca o nombre comercial, cuya protección corresponde a la jurisdicción ordinaria como lo prevé el artículo 17 del C. de P. C., o a las Autoridades de Policía en ejercicio de la acción prevista en el artículo 40 del Decreto 522 de 1971.

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

FALLA

DECLARASE INHIBIDO para proferir un pronunciamiento de fondo por FALTA DE JURISDICCION.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

BIEN INMUEBLE / LICENCIA DE CONSTRUCCION / LEGITIMACION EN LA CAUSA / AGUAS - Utilización

La construcción de una obra o casa, como inmueble por adhesión permanente, nunca podría acreditarse por prueba solemne cuando el inmueble por naturaleza sobre el cual se levanta la edificación es inalienable, imprescriptible, en una palabra, inapropiable por particulares; máxime cuando el hecho material de ocupación o utilización de ese suelo o álveo, implica una conducta antijurídica merecedora de la orden de destrucción impuesta a los infractores. Si no existía en el actor derecho alguno para la utilización del cauce de una corriente de agua, y si la licencia o permiso de construcción concedido no era válida por la incompetencia del funcionario o persona a quienes se atribuye su otorgamiento, las pretensiones están llamadas a fracasar.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *doctor Rodrigo Vieira Puerta.*

Referencia: Expediente No. 1573. Autoridades nacionales. Actor: JUAN DE DIOS RAMIREZ GIRALDO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 29 de junio de 1990 proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por el cual se negaron las pretensiones de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, contra las Resoluciones Nos 078 de 11 de febrero y 0455 de 16 de agosto, ambas de 1985, emanadas del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente -INDERENA-, Regional de Antioquia y por las cuales, en lo pertinente,

se dispuso respectivamente:

"ARTICULO PRIMERO.- Ordénase a los señores Horacio Duque y Juan de Dios Ramírez la destrucción de la obra (casa) levantada sobre los muros de la quebrada La Tenería en el Municipio de El Santuario, Departamento de Antioquia en razón de los hechos expuestos en la parte motiva.

"ARTICULO SEGUNDO.- Los señores Horacio Duque y Juan De Dios Ramírez deberán restituir el cauce de la Quebrada La Tenería que discurre por el Barrio El Porvenir, Municipio de El Santuario.

"ARTICULO TERCERO.- Si en el término de 30 días contados a partir de la presente providencia no se ha procedido a la destrucción de la obra, se les entrará a imponer multas sucesivas hasta por $500.000.oo.

"ARTICULO CUARTO.- Por parte de la Alcaldía del Santuario (Ant.) se hará cumplir la presente providencia. . . . . "

Y la última de las citadas Resoluciones, dispuso, por su parte:

"ARTICULO I.- Conformar en todos sus puntos la resolución No. 0078 de Febrero 11 de 1985 en razón de los hechos y consideraciones dadas en la parte motiva de la presente providencia.

"PARAGRAFO: La obra a destruír es concretamente la losa, columnas y paredes existentes sobre el lecho de la quebrada "La Tenería" que discurre por la zona urbana del Municipio de El Santuario en la siguiente dirección Carrera 54 con la calle 47B sin nomenclatura conocida".

CAUSA PETENDI

Se sintetizan así:

1.- El fundamento que tuvo en consideración el INDERENA para imponer la sanción, en el sentido de que Horacio Duque y Juan de Dios Ramírez construyeron una caso sobre los muros de canalización de la quebrada La Tenería, sin solicitar el correspondiente permiso, no resulta cierto, porque el Municipio a través de los funcionarios competentes ". . . . dió los hilos, la licencia y fijó los mojones para la construcción. . . . .". Tampoco es cierto que haya ocupado bienes de uso público "sino que fueron bases o muros de contensión (sic), dentraje (sic) y disecación de pantanos, y general obras técnicas construídas conforme al planteamiento urbano y orientación dada por la Administración Municipal. . . . . "

2.- El Instituto no se sometió "al trámite administrativo señalado para

estos casos, como el artículo 276 del Decreto 1541 de 1978. . . . .", porque: a.- No tuvo en cuenta las licencias dadas con anterioridad. b.- Desconoció las declaraciones de los funcionarios y los particulares, que afirman que él se sujetó "a los mecanismos y requisitos que el municipio tenía implantados. . . . . " c.- No se decretaron las pruebas que pidió oportunamente.

3.- No es posible hablar en su caso de contaminación del medio ambiente. Por el contrario, las obras previas que se hicieron mejoraron y sanearon el ambiente, "el cual se encontraba infectado por vinagreras, fangos, estancamientos de agua con peligro para las vecindades. . . . "

4.- En las quebradas La Tenería y Bodegas existen varias propiedades "en las mismas condiciones que la de mi poderdante". Esto indica que el INDERENA incurrió en una "discriminación odiosa e ilegal".

5.- Tampoco determinó de manera clara "la identidad de la propiedad a tumbar, como lo exigen las circunstancias. . . . "

FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Considera el juzgador de primer grado que al contener la demanda frases, y las resoluciones indicar que el inmueble se tiene a título de propietario, era necesario para reclamar los perjuicios provenientes del daño o destrucción de un bien inmueble, tener un vínculo jurídico sobre el bien: dueño-poseedor. "De tal modo que solo está legitimado en causa para reclamar esos perjuicios ante los jueces quien demuestre dicho vínculo: como el señor Juan de Dios Ramírez dice ser propietario, se requería probar el título: la escritura pública, el modo: la nota de inscripción del registro, pero no lo hizo. Descuidó por completo la obligación procesal que tenía sobre el particular. . . . .Se concluye en consecuencia, que el señor Juan de Dios Ramírez Giraldo no probó su legitimación en causa para demandar en este caso".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El mandatario judicial de la parte actora al interponer el recurso de apelación expresa con relación a las razones del a-quo:

> ". . . . Es elemental de toda controversia que se planté (sic) el Litis, que ella se desate en relación con las situaciones planteadas. En la demanda no se habló de Propietario como hecho que debiera probarse, porque en las Resoluciones Impugnadas, en parte alguna establezca la condición de derecho real, en que los Afectados están con relación la sanción tomada, y ello exonera de probar por Parte la Parte Actora (sic), cuál sea esa condición, que para los efectos no era necesario. . . . .".

En otros apartes el recurso, refiérese el apelante, a la falta de plena

identificación del inmueble lo que es ". . . . .tan grave como crear problemas de orden público, pués de ello resultarían perjudicados terceros. . . . . ". Igualmente la construcción se realizó ". . . . .con los requisitos y formalidades que existen en el Municipio. . . . . ".

CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Agente del Ministerio Público estima que deben ser desatendidas las peticiones de la demanda, fundando el concepto en el hecho de que ". . . . . .es cierto que los otros sancionados, señores Ramírez Giraldo y Duque se hacen conocer como los propietarios de los inmuebles ordenados demoler y, además, el Consejo de Estado ha determinado que cuando se pretende una indemnización del Estado por daño de un inmueble, la prueba para la legitimación activa la constituye la copia de la escritura pública de adquisición acompañada del certificado de libertad. . . . . ".

LA DECISION

Para resolver, SE CONSIDERA:

Centra el a-quo la denegatoria de las pretensiones, en la ausencia de un elemento probatorio ab substantiam actus, como lo constituye la escritura pública de adquisición, como título, y la inscripción, como modo, en relación con el inmueble objeto de la "destrucción" ordenada en las manifestaciones de voluntad administrativa enjuiciadas por parte del nulidiscente, y pertinente para aquel, con causa en la mención de ". . . . . .algunas frases que emplea en su demanda y lo que se indica superficialmente en las resoluciones dictadas por el Inderena, dan la idea de que tiene el inmueble a título propietario". "Dado que la propiedad de mi procurado, está constituida (sic) en serie con otras de otros **propietarios**. . . . .). Se inician las presentes diligencias . . . . . en razón a que los señores Horacio Duque y Juan Ramírez, **ambos propietarios** de predios colindantes. . . . ." (Todas las subrayas son de la Sala). "Sin embargo, este no se preocupó por acreditar en el proceso su calidad de tal . . . . . ".

Ese instrumento probanzal solemne, cuando el título y modo de adquisición derivativo se trata, como lo es el caso de la tradición para acreditar el carácter de propietario del inmueble, supone en lógica, y cuando específicamente tal situación ocupa la atención del intérprete, como, in extenso, de toda circunstancia necesitada de demostración, que ello, por lo menos en principio, sea posible o jurídicamente exigible del asertor, como que el objeto de la prueba concrétase en lo que puede ser materia o tema susceptible de probar; y si su dirección teleológica corre hacia el encuentro del convencimiento y certeza del fallador, parece incuestionable la premisa de su posibilidad.

A contrario sensu, cuando definitivamente se sabe que esa prueba, por las

circunstancias de orden fáctico o legal, no es posible de existir, exigirla es improcedente e ilógico, como acontece en el caso sub-análisis, ante la evidencia de la naturaleza jurídica del hecho discutido, como ante el alcance inmediato de los preceptos o normas invocados por el ente demandado, lo que suministraba al Tribunal criterios de exclusión para sustentar en la preanotada escritura pública e inscripción registral la improsperidad de las súplicas de la demanda. La construcción de una obra o casa, como inmueble por adhesión permanente, nunca podría acreditarse por esa prueba solemne cuando el inmueble por naturaleza sobre el cual se levanta la edificación es inalienable, imprescriptible, en una palabra, inapropiable por particulares como lo son los destinatarios de las resoluciones enjuiciadas; máxime cuando el hecho material de ocupación o utilización de ese suelo o álveo de que éstas tratan, implica una conducta antijurídica merecedora de la orden de destrucción impuesta a los infractores, secundum legem, por lo que la acción ejercitada necesariamente hubo de ser desatendida.

Comparte sí la Sala, la posición que,

".... A riesgo de contradecirse, el Tribunal cree del caso agregar:

"....El demandante puso todo su conato en demostrar que el municipio le concedió la licencia de construcción, a pesar de que el artículo 239 del Decreto 1541 de 1978 prohibe "Utilizar aguas o sus cauces sin la correspondiente concesión o permiso cuando éste ó aquella son obligatorias conforme al decreto 2811 de 1974 o a este decreto, o sin el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 97 del Decreto Ley 2811 de 1974.....". Y los artículos 104 y 105 del Decreto 2811 de 1974 y 104 y 105 del Decreto 1541 de 1978 asignan al Instituto Nacional de los Recursos Naturales la facultad de permitir la utilización del cauce de una corriente de agua. Ningún derecho podía, pues, atribuirle un funcionario incompetente, como el Alcalde. O lo que es aún más patético, una junta compuesta, entre otros, por concejales, que no tienen nada que ver con la administración activa, diaria, ejecutiva del distrito.....".

Por modo que, si no existía en el actor derecho alguno para la utilización del cauce de una corriente de agua, por así disponerlo la ley como un claro y expreso vedamiento; y si, como también se establece, la licencia o permiso de construcción concedido por el municipio no era válida por la incompetencia del funcionario o personas a quienes se atribuye su otorgamiento, determina el fracaso de las pretensiones de la demanda.

No sobra transcribir las normas de superior jerarquía que reglan los diversos eventos en punto a la utilización de aguas, cauces, etc. En este sentido es por demás claro el mandato contenido en el artículo 239 del ordenamiento decretal 1541 de 1971, cuando dice:

"Utilizar aguas o cauces sin la correspondiente concesión o permiso cuando éste a aquella son obligatorias conforme al decreto 2811 de 1974 o a este decreto, o sin el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 97 del decreto ley 2811 de 1974. . . . .".

Por su parte, los artículos 104 y 105 del Código de Recursos Naturales ad pedem litteris disponen:

"Art. 104. La ocupación permanente de playas solo se permitirá para efectos de la navegación. La transitoria requerirá permiso exceptuada la que se verifique para pesca de subsistencia.

"Art. 105. Serán aplicables a la ocupación de cauces de corrientes y depósitos de agua las normas del capítulo I de este título".

Las normas del Capítulo I a que se refiere el artículo 105 tratan sobre la extracción por particulares de materiales de arrastre que requieren permiso, y que prevén la suspensión provisional o definitiva con causa o peligro grave para las poblaciones y las obras o los servicios públicos.

Por su parte, los artículos 104 y 105 del Decreto-ley 1541 de 1978 disponen:

"Art. 104. La construcción de obras que ocupen el cauce de una corriente o depósito de agua requiere autorización, que se otorgará en las condiciones que establezca el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena. Igualmente se requerirá permiso cuando se trate de la ocupación permanente o transitoria de playas. . . . .

"Art. 105. El establecimiento de servicios de turismo, recreación o deporte en corrientes, lagos y demás depósitos de aguas del dominio público requieren concesión o asociación en los términos que establezca el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena.

"La concesión se regirá por las normas previstas en el título III, Capítulo III, de este decreto, y la asociación se regirá por la legislación vigente sobre la materia".

Son la expuestas, las razones de fondo que conducen a la Sala a considerar que el fallo recurrido se profirió secundum legem, por lo cual 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 proferida por el Tribunal Adminis-

trativo de Antioquia, con fecha 29 de junio de 1990.

En firme esta providencia y previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 23 de mayo de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

REFORMA URBANA / POLIZA DE VIVIENDA / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

En manera alguna podía el ejecutivo, en ejercicio de su facultad constitucional de reglamentar la ley, aplazar la vigencia de la norma que imponía, de inmediato, la obligación legal a los vendedores de vivienda nueva, de constituir y protocolizar póliza de garantía de estabilidad y buena calidad.

DECLARASE LA NULIDAD del artículo segundo del Decreto 093 de 1989, reglamentario de la Ley 9a. del mismo año.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1128. Acción de nulidad en relación con el artículo segundo del decreto reglamentario 0093 de 1989, proferido por el señor Presidente de la República. Actor. ANDRES RODRIGUEZ PIZARRO.

El ciudadano ANDRES RODRIGUEZ PIZARRO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicita la declaratoria de nulidad del artículo segundo del decreto 0093 de 1989, proferido por el Gobierno Nacional, reglamentario de la ley 9 de 1989 sobre "Reforma Urbana", que dispuso:

"ARTICULO 2. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la aprobación de la póliza de que trata el artículo 64 de la ley 9a. de 1989, la Superintendencia Bancaria informará tal circunstancia en un diario de amplia circulación oficial, con el objeto de que los notarios públicos exijan la protocolización de la copia de la póliza correspondiente" (Diario Oficial No. 38650, pág. 14,

primera columna).

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el demandante que con la expedición de dicha norma reglamentaria se quebrantó el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Política, por desconocimiento del artículo 64 de la ley 9a. de 1989, que reza:

> "ARTICULO 64. Todo vendedor de vivienda nueva estará obligado a constituir una póliza para garantizar la estabilidad y la buena calidad de la vivienda. El Notario Público ante quien se efectúa la venta exigirá la protocolización de una copia de la póliza en la Escritura correspondiente".

Por cuanto con la norma reglamentaria se establecieron tres requisitos para que entrara en vigor el pre-transcrito artículo 64 de la ley 9a. de 1989 reglamentada, a saber: estudio de la Superintendencia Bancaria, publicación en un diario de circulación nacional y el cumplimiento de un término, cuando la norma reglamentada preceptúa que ella regirá a partir de su publicación en el "Diario Oficial", lo que aconteció el día 11 de enero de 1989 (D. O. No. 38.650).

II. LA ACTUACION

Admitida la demanda y negado el decreto de suspensión provisional por el señor consejero de entonces, la providencia en este último aspecto fue suplicada, razón por la cual la Sala de Decisión, en proveído de dos (2) de agosto de 1989, decidió revocar el ordinal segundo de la providencia suplicada, para en su lugar, decretar la suspensión provisional de los efectos del artículo segundo del decreto reglamentario demandado.

La Superintendencia Bancaria dió contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas en ella, fundamentándose en las consideraciones de orden jurídico que reiteró durante el término de traslado a las partes para alegar de conclusión.

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público rindió su concepto de rigor dentro de la oportunidad para ello.

III. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACION EXPUESTOS POR LA SUPERINTENDENCIA BANCARIA.

La apoderada especial de la precitada entidad, después de explicar los fundamentos y razón de ser de la facultad reglamentaria reconocida por la Carta Política al Presidente de la República, expresa que el Gobierno al expedir el decreto acusado lo que hizo fue precisamente consagrar los instrumentos necesarios para dar operancia al artículo 64 de la ley 9a. de 1989, reiterando

ciertos pormenores indispensables para su aplicación y no posponer la entrada en vigencia de la susodicha ley, ya que, según las disposiciones legales vigentes (Art. 7o. del decreto ley 1403 de 1940 y 20 de la ley 105 de 1927), "el comercio de asegurar solamente pueden ejercerlo las compañías nacionales o extranjeras debidamente autorizadas para ello, de acuerdo con la ley, por el Superintendente Bancario", razón por la cual se prohibe "a las compañías de seguro que directamente o por medio de sus agentes, por medio de publicaciones o verbalmente, ofrezcan al público ventajas o condiciones que no estén incluidas en las respectivas pólizas", pólizas "que contendrán todas las condiciones del contrato, que deben conformarse a las disposiciones legales, y **los modelos deberán someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria**" (se subraya por la libelista), esquema legal que se encuentra reiterado en el decreto ley 1939 de 1986.

Como el seguro creado por el artículo 64 de la ley 9a. de 1989, era un seguro nuevo no existente en el país en el momento en que entró en vigencia dicha norma, se requería de un plazo prudencial para que se redactara el modelo o modelos de póliza por las aseguradoras que funcionan en el territorio nacional, se sometiera a la probación de la Superintendencia, se estudiara por ésta, se le introdujeran modificaciones y, finalmente, se aprobara por medio del acto administrativo pertinente: por manera, que era materialmente imposible que la ley pudiera entrar a regir el día siguiente de su entrada en vigencia y que, de acuerdo con ella, los notarios exigieran la póliza para correr la escritura pública de venta.

De modo que esa fue la intención y a lo que se dirigió la norma reglamentaria. En otras palabras, se reiteró con ella el sistema legal vigente en Colombia en materia de seguros.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primera de la Corporación solicita que se acceda a las pretensiones de la demanda, por cuanto considera que los fundamentos que sirvieron para decretar la suspensión provisional de la norma acusada no han cambiado y conforme a ellos la transgresión en que incurrió es evidente.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a. **Los fundamentos del auto de suspensión provisional.** Dijo la Sección con motivo de la decisión de suspender provisionalmente los efectos del

artículo segundo de la resolución impugnada, lo siguiente:

> ". . . . .El artículo 64 de la Ley 9a. de 1989 -norma reglamentada observa ahora la Sala-, sin condición o plazo impone la obligación a los notarios públicos de que en la misma escritura de compraventa de un inmueble nuevo destinado a vivienda se protocolice una copia de la respectiva póliza que debe constituir el vendedor para garantizar la estabilidad de la obra y la buena calidad de la edificación. En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley, es ineludible su acatamiento y obliga cumplirla a gobernantes y gobernados. La vigencia de la ley 9a. se inició con su promulgación, conforme a su artículo final -el 128-, esto es, a partir del día 11 de enero de 1989 (Diario Oficial No. 38.650).
>
> "Así que al correrse una escritura pública de compraventa de nueva vivienda el día 12 de enero de 1989, valga de ejemplo, el respectivo notario estaba en la obligación de dar cumplimiento al artículo 64 de la ley de Reforma Urbana. Pero según el artículo acusado en este proceso -el 2o. del Decreto Reglamentario 0093 de 11 de enero de 1989-, por encontrarse igualmente en vigencia en razón de haberse publicado el Decreto en el mismo Diario Oficial el día 11 de enero de 1989, para el caso traido como ejemplo, el 12 de enero siguiente podían los notarios públicos desacatar o no dar cumplimiento al art. 64 de la ley 9a., toda vez que el art. 2o. del Decreto 093, con abierto quebranto de la ley reglamentada, creando términos y condiciones totalmente ajenas a la Ley de Reforma Urbana, establece estos tres pasos encaminados al no cumplimiento de la ley, sino a estorbar su acatamiento: a) que la Superintendencia Bancaria apruebe la póliza de que trata el artículo 64 de la Ley reglamentada, lo cual apareja,. como es de público conocimiento, cierto trámite en sede administrativa que no se distingue propiamente por lo expedito y sumario; b) establecer un término, siguiente al paso anterior, de cinco (5) días, obviamente hábiles, en orden a que: c) la Superintendencia 'informe tal circunstancia en un diario de amplia circulación nacional', para que los notarios exijan la protocolización de la copia de la póliza.
>
> 'Tales tres condiciones aparejan una ostentosa violación de la superior disposición que pretenda reglamentar. La medida perseguida por el artículo 64 de la ley, relacionando con el 128 que indica la entrada en vigor de toda ley, es de claro amparo y seguridad para todas las personas que adquieran nueva vivienda a partir del 11 de enero de 1989, en cuanto a la estabilidad y buena calidad del inmueble, cuestión que no garantiza el artículo 2o. del decreto 93 reglamentario" (folios 41 y 42 del expediente).

2a. La Sala reitera ahora dichos planteamientos como fundamento de la decisión de anular el artículo del decreto reglamentario acusado, por cuanto no sólo considera que no es del caso cambiarlos o variarlos por otros que conduzcan

a conclusión diferente, sino por cuanto, de otro lado, las razones que expuso la apoderada de la Superintendencia Bancaria, tanto al contestar la demanda como durante el término de traslado para alegar de conclusión, no son admisibles para la Sala, así los otorgantes de una escritura de venta de bien inmueble para vivienda nueva se vieren imposibilitados de presentar y protocolizar la copia de la póliza de garantía otorgada por compañía de seguros debidamente autorizada para realizar esas operaciones en el país, en el momento de presentar la respectiva minuta al notario público, ante la circunstancia, cierta e incontrovertible, de que, conforme a la ley, los modelos de póliza deben someterse previamente a la aprobación de la Superintendencia Bancaria, quien le dará previa constatación de que la póliza contenga todas las condiciones o cláusulas propias del contrato de seguro, conformada o ajustada a las disposiciones legales sobre la materia, no pudiéndose entretanto ofrecerse ellas al público por las compañías aseguradoras autorizadas (decreto 1403 de 1940, art. 7o., y ley 105 de 1927, art. 20), pólizas que probablemente -de ello no hay prueba alguna en el proceso- no se habían elaborado, ni sometido a ala aprobación de la Superintendencia precitada, en el momento en que entró a regir la ley, pues ello, como bien lo dijo la Sala en la providencia pretranscrita, requiere de un trámite o actuación en sede administrativa que implica determinado lapso de tiempo.

Esta circunstancia debió haber sido prevista por el legislador y por el gobierno al presentar e intervenir en el proceso de expedición de la ley, para, como consecuencia, haber redactado la norma reglamentada en un sentido diferente, o para establecer la vigencia de su ordenamiento, a partir de fecha diferente a la de entrada en vigencia del resto del ordenamiento legal, que permitiera a las compañías de seguro elaborar los modelos de póliza, someterlos en plazo prudencial a la aprobación de la Superintendencia Bancaria y obtener su aprobación, también dentro de determinado plazo. Pero de manera alguna, podía el ejecutivo, en ejercicio de su facultad constitucional de reglamentar la ley, aplazar la vigencia de la norma que imponía, de inmediato, la obligación legal a los vendedores de vivienda nueva, de constituir y protocolizar la póliza de garantía de estabilidad y buena calidad.

Sin embargo, observa la Sala que, para la fecha de expedición de esta sentencia, ya los naturales inconvenientes de aplicación de las nuevas disposiciones se encuentran superados, y que, el artículo 64 de la ley de reforma urbana fue nuevamente reglamentado por el ejecutivo mediante el decreto 3042 de 29 de diciembre de 1989, que ya no establece el plazo de los cinco días a que se refirió la norma suspendida y que ahora debe ser anulada.

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

acuerdo con él,

FALLA:

DECLARASE la nulidad del artículo segundo del decreto 093 de 1989, reglamentario de la ley 9a. del mismo año.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Superintendente Bancario, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL - Requisitos

Si bien es cierto que en el estudio que se emprenda frente a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, el Juez Administrativo limita su actividad a la confrontación de tal acto frente a las normas que se reputan como violadas de manera flagrante, no lo es menos que la presunción de conocimiento de la legislación nacional por parte de todas las personas que habitan nuestro territorio, también lo cobija, debiendo, en consecuencia, ser cauto y ciudadoso en la decisión que habrá de adoptar. No basta la sola afirmación de que el acto acusado forma parte integrante de la Ordenanza 018/88, para que el a quo lo dé como probado en su decisión, con mayor razón, estándose en los umbrales del proceso.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 11 de la Ordenanza número 018 de 1988, expedida por la Asamblea Departamental del Meta, en cuanto a la siguiente frase "éste sería nombrado por el Director General del INTRA, de terna solicitada al gobernador del Departamento".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1724. Actor Alberto Hoyos Castaño

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por los ciudadanos César Alfonso Salcedo Torres y Jorge Pérez Ríos en su calidad de partes impugnantes, contra el auto de 13 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto resolvió suspender provisionalmente

los efectos del artículo 11 de la Ordenanza No. 018 de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del mismo nombre, en cuanto a la frase que expresa: "Este será nombrado por el Director General del INTRA, de terna solicitada al Gobernador del Departamento".

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora, en escrito separado de la demanda, solicitó la suspensión provisional del artículo 11 de la referida Ordenanza y expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 16 a 19):

La norma que se demanda forma parte integrante de la Ordenanza No. 018 del 23 de junio de 1988, mediante la cual se creó el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta y en su artículo 2o. le dió el carácter de establecimiento público del orden departamental.

Con el acto acusado se violan en forma ostensible los artículos 194 numeral 2o. de la Constitución Política, y 286 del Código de Régimen Departamental (Decreto-Ley 1222 de 1986), por cuanto al gozar los departamentos de independencia para la administración de sus asuntos seccionales ". . . . .mal podía la Asamblea cercenarle al señor Gobernador la facultad de nombrar y remover libremente a su Agente o Representante en el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes y traspasarle ese derecho a una entidad del orden nacional en la cual obviamente la Asamblea no tiene ninguna competencia".

LA PROVIDENCIA MATERIA DE RECURSO

Las razones que asistieron al Tribunal del Meta para decretar la suspensión provisional de la frase del acto administrativo que al comienzo de esta providencia se transcribió son, en síntesis, las siguientes (fls. 21 a 33):

Mediante el artículo 2o. de la Ordenanza No. 018 de 1988, expedida por la Asamblea del Departamento del Meta se creó el Instituto de Tránsito y Transportes del mismo Departamento, como organismo descentralizado y con el carácter de establecimiento público.

"Si lo anterior es cierto y evidente como se desprende de las pruebas aportadas. . . . .", resulta incuestionable que con la frase del acto acusado se están violentando los artículos 194-2 de la Constitución Nacional y 286 del Decreto-Ley 1222 de 1986, pues se despoja al Jefe de la Administración Departamental del derecho constitucional y legal que tiene para nombrar y remover libremente a sus agentes directos, como es en el asunto que se estudia, el Director del mencionado instituto descentralizado del orden departamental.

LAS RAZONES DE LOS APELANTES

En sus escritos de apelación, las partes impugnantes expresas de la siguiente manera su inconformidad con la providencia que decretó la suspensión provisional del acto enjuiciado (fls. 35 a 37 y 38 a 41):

El Tribunal suspendió lo no pedido expresamente por el actor, pues en el escrito sustentatorio de la medida se solicitó la suspensión provisional del parágrafo único del artículo 11 del Acuerdo No. 018 de 1988 y, en lugar de ello, se adoptó la decisión de decretar tal medida sólo frente a una parte de la norma.

El Tribunal omitió el análisis integral del ordenamiento normativo al que pertenecen las normas que se alegan quebrantadas por el artículo 11 de la citada Ordenanza, por lo cual se concedió erróneamente la suspensión provisional. Precisamente el artículo 325 del Decreto 1222 de 1986 consagra excepciones a la regla general del artículo 286 ibidem y reconoce el ejercicio de atribuciones de vigilancia y control por parte de la Administración Central.

El Tribunal omitió hacer un análisis de la ubicación jerárquica y de la especialidad de las normas objeto de la suspensión y en virtud de ello no tuvo en cuenta los artículos 5o. del Decreto-Ley 2281 de 1955, 1o. y 2o. del Decreto 1173 de 1966, ni el 26 del Decreto 2623 de 1985.

De lo anterior se infiere que la norma acusada se limita a consagrar lo preceptuado en normas de superior jerarquía.

CONSIDERACIONES

Sin pretender restarle méritos al juicioso estudio que en la providencia apelada hace el a-quo sobre el instituto de la suspensión provisional, en especial sobre sus requisitos, su procedencia y sus efectos, la Sala discrepa de la decisión adoptada en la providencia apelada, y es por ello que habrá de revocarla, basada fundamentalmente, en las razones que se expresan a continuación.

Si bien es cierto que en el estudio que se emprenda frente a la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos del acto demandado, el Juez Administrativo limita su actividad a la confrontación de tal acto frente a las normas que se reputan como violadas de manera flagrante, no lo es menos que la presunción de conocimiento de la legislación nacional por parte de todas las personas que habitan en nuestro territorio (art. 9o. del C. C.), también lo cobijá, debiendo, en consecuencia, ser cauto y cuidadoso en la decisión que habrá de adoptar y antes de ello habrá de realizar un cuidadoso estudio y evaluación de la normatividad que pueda existir sobre aspectos y materias especializadas o de cierto grado de complejidad.

Obrar de manera contraria a la expresada, conduciría a un estado de

absoluta inseguridad jurídica, tanto para la administración como para los administrados, pues bastaría a la parte actora indicar que un acto administrativo vulnera un mandato constitucional para que se predicase la procedencia de la medida de suspensión provisional.

Es de todos sabido que, en términos generales, la Constitución de un país contiene los principios filosófico-jurídico-políticos de una Nación y las normas tendientes a su organización, normalmente expresado en forma abstracta; de tal manera que para que ellos o ellas puedan considerarse como violados prima facie por parte del juez, éste deberá primeramente, analizar si el acto que se reputa como violatorio de aquellos, ha sido o no desarrollo de alguna norma legal o, en todo caso, de superior jerarquía y luego de ello adoptar la decisión que corresponda en derecho.

Precisados los aspectos anteriores, la Sala observa, en primer término, que se da por sentado que mediante el artículo 2o. de la Ordenanza No. 018 de 1988 se creó el Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, como organismo descentralizado y con el carácter de Establecimiento Público; pero analizado detenidamente el expediente, no se encuentra por parte alguna de las fotocopias acompañadas con la demanda se refieran a la Ordenanza No. 018 de 1988, como tampoco que el artículo 2o. exprese lo afirmado por el Tribunal, toda vez que las normas en ellas contenidas inician con el "Artículo 11", sin saberse a ciencia cierta de qué regulación se trata. No basta, pues, la sola afirmación de la parte actora de que el acto acusado forma parte integrante de la Ordenanza No. 018 de 1988, para que el a-quo lo de como probado en su decisión, con mayor razón, estándose, como se está, en los umbrales del proceso.

Por otra parte, y concordante con lo hasta ahora expresado, el juez de esta instancia debe tomar en consideración los argumentos que en defensa de la legalidad del acto demandado traen los impugnantes, u otros que en su concepto tengan validez, pues se considera que aquellos y éstos solo buscan que la medida de suspensión provisional se acomode a los parámetros indicados al comienzo de esta providencia, los cuales tienden, en resumidas cuentas, a lograr que la medida decretada cumpla con los altos fines para los cuales fue establecida.

Precisamente, como se reseñó en acápite anterior de esta providencia, los impugnantes expresan en sus escritos que el acto demandado se acomoda a derecho, pues existen otros ordenamientos legales que le dan su sustento y que se refieren de manera especial al tema controvertido, por lo cual será necesario hacer un estudio sistemático de tales normas. En estas condiciones la "flagrante" violación de las normas invocadas por el actor tiene solo ribetes de apariencia y, en consecuencia, como quiera que se observa que en el caso sub judice no se dan los presupuestos que exige el artículo 152 del C. C. A., para que se considere procedente la medida decretada por el Tribunal, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o.- REVOCAR la suspensión provisional del artículo 11 de la Ordenanza No. 018 de 1988, expedida por la Asamblea Departamental del Meta, en cuanto a la siguiente frase: "Este será nombrado por el Director General del INTRA, de terna solicitada al Gobernador del Departamento", decretada por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante auto de 13 de marzo de 1991.

2o.- En firme esta providencia, vuelva al expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

IMPORTACION OFICIAL - Régimen aplicable / **POTESTAD REGLAMENTARIA**

A partir de la vigencia de la Ley 157 de 1959, el régimen de importación de bienes de uso o consumo oficial o personal de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia, no era el señalado o previsto en el Decreto legislativo 3135/56, sino el señalado en aquella ley, según el reglamento y procedimiento especiales que expidiera el Gobierno Nacional. Por ello no es posible que el Decreto Reglamentario acusado quebrantara o pudiera quebrantar las disposiciones contenidas en el Decreto 3135/56, y, por ende, se hubiera incurrido en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1205. Acción de nulidad en relación con el Decreto reglamentario 232 de 1967, expedido por el señor Presidente de la República. Actor JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO.

El ciudadano JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el art. 84 del C. C. A., solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario y con citación y audiencia del señor Fiscal del Consejo de Estado y del señor Ministro de Relaciones Exteriores, se declare la nulidad de la expresión "después de cuatro años de uso" del artículo 3o., y una frase del parágrafo del artículo 3o. y el artículo 4o. del Decreto 232 de 11 de febrero de 1967, que rezan, en su orden:

"ARTICULO 3o. El funcionario diplomático podrá vender libre de pago de impuestos, el automóvil que haya importado y que esté matriculado a su nombre en la División de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, **después de cuatro años de uso.**

"PARAGRAFO. Igualmente el funcionario diplomático podrá vender después de dos años el automóvil que haya importado y que esté matriculado a su nombre en la División de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores, **mediante el pago de los impuestos a que haya lugar y que se liquidarán en la forma establecida en el ordinal b. del artículo siguiente".**

"ARTICULO 4o. Modificado por el artículo 1o. del Decreto 116 de 1982. El artículo 4o. del decreto 232 de 1968 quedará así:

"El Ministerio de Relaciones Exteriores **podrá autorizar** la venta de automóviles pertenecientes a funcionarios diplomáticos cuya misión termine en Colombia, con base en las normas siguientes:

"a.- Si el automóvil tiene menos de seis (6) meses de uso, el Ministerio de Relaciones Exteriores autorizara su venta previo el pago de la totalidad de los impuestos de los cuales fue exonerado en el momento de la importación, y que figuren en el manifiesto de aduana respectivo, que será el documento único de control;

"b.- Si el automóvil tiene más de seis (6) meses de uso, podrá ser vendido **previo el pago de los impuestos rebajados en la siguiente forma: sobre el monto total de los impuestos exonerados que aparecieren en el manifiesto de aduana respectivo, documento único de control, se deducirán tantas cuarenta y ochoavas partes cuantos meses hayan transcurrido a partir de la fecha de matricula del vehículo en la División de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores.....".**

Lo subrayado de las normas es lo acusado, según el actor, en la demanda de nulidad.

I. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El demandante considera que con las frases contenidas en los artículos del acto demandado, se quebrantaron los artículos 120-3 de la Constitución Política y 33 del decreto legislativo 3135 de 1956, adoptado como legislación permanente por la ley 141 de 1961, por cuanto dicho artículo 31 estableció que "los funcionarios diplomáticos podrán vender sin el pago de impuestos el automóvil que hayan importado, después de dos años de tenerlo en uso en territorio nacional y

matriculado a su nombre en el Ministerio de Relaciones Exteriores, o antes, si termina su misión en Colombia, siempre que el vehículo haya prestado servicio a su propietario por un período no menor a seis meses, a partir de la fecha de la matrícula a su nombre en la Dirección de Protocolo del Ministerio de Relaciones Exteriores".

II. LA ACTUACION

Admitida la demanda y negado el decreto de suspensión provisional de las normas acusadas, la demanda fue notificada personalmente al señor Ministro de Relaciones Exteriores, quien durante el término de traslado para alegar de conclusión se opuso a las pretensiones de la demanda, por intermedio de apoderada especial constituida al efecto. El actor no alegó en esa oportunidad.

Por su parte, el señor Fiscal Primero de la Corporación rindió su concepto de rigor, durante el término del traslado que se le corrió.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA OPOSICION A LAS PRETENSIONES

La apoderada del Ministerio de Relaciones Exteriores se opuso a las súplicas de la demanda, con base en las siguientes consideraciones:

a. El decreto que contiene las normas acusadas, fue expedido en ejercicio de las facultades que le confirió al Gobierno nacional, el artículo 2o. de la ley 157 de 1959, que establece:

"las importaciones a que se refieren los ordinales a), b) y c) del artículo 1o. se someterán al reglamento y procedimiento especiales que, de conformidad con los términos de los respectivos tratados o contratos y con las prácticas y usos internacionales, establezca el Gobierno"

Por su parte, los ordinales a), b) y c) del artículo 1o. de dicha ley se refieren a:

"a) Aquellos que por estipulación expresa de un tratado público o de un convenio vigente hayan sido declarados de libre importación;

"b) Aquellos que la Nación se haya comprometido a dejar introducir al país, libres de gravámenes y restricciones, por estipulación de un contrato debidamente celebrado y en vigencia;

"c) Los destinados al uso y consumo oficial o personal de los miembros de las Misiones diplomáticas y Consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia, o de los representantes de organizaciones y entidades que

conforme a prácticas y convenios internacionales se asimilen o hayan de asimilarse en el territorio nacional a las personas amparadas por inmunidades y rango diplomático; . . . . . "

c. Luego, el gobierno estaba facultado expresamente por la ley para expedir un reglamento y establecer un procedimiento especial en esa materia, facultad que ejerció al expedir el decreto 232 de 1967.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la corporación solicita se despachen desfavorablemente las pretensiones del actor, por considerar que, realmente, la disposición del decreto legislativo 3135 de 1956, indicada como quebrantada por la parte actora, no se ha dado por la sencilla razón de que el decreto acusado se dictó con base en las disposiciones y facultades que la ley 157 de 1959, norma posterior al decreto precitado, ley que, por lo demás mediante su artículo 4o. deroga expresamente las disposiciones que le sean contrarias.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sala comparte íntegramente las apreciaciones tanto de la parte demandada, como las del señor Agente del Ministerio Público, por cuanto es incontrovertible que:

1o. El decreto acusado se dictó con base en las facultades que al Gobierno Nacional le concedió la ley 157 de 1959, que en su artículo 2o. estableció que los bienes -sin excluir ninguno de ellos- "destinados al uso o consumo oficial o personal de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia, o de los representantes de las organizaciones y entidades que conforme a la práctica y convenios internacionales se asimilen o hayan de asimilarse en el territorio nacional a las personas amparadas por inmunidades y rango diplomático", en cuanto hace relación a su importación, se "someterán al reglamento y procedimiento especiales que, de conformidad con los respectivos tratados o contratos y con las prácticas y usos internacionales, establezca el Gobierno.

2o. La ley 157 de 1959, es posterior al decreto legislativo 3135 de 1956, el cual no podía ser adoptado como legislación permanente por la ley 141 de 1961, como lo sostiene la parte actora, por la sencilla razón de que ya se había producido su derogatoria tácita por la indicada ley 157 de 1959, dictada con anterioridad

a la ley 141 de 1961. Esta ley dispuso:

> "Artículo 1o. Adóptanse como leyes los decretos legislativos dictados con invocación del artículo 121 de la Constitución, desde el nueve (9) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve (1949) hasta el veinte (20) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1958), **en cuanto sus normas no hayan sido abolidas o modificadas por leyes posteriores**" (subrayado fuera de texto).

3o. En consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 157 de 1959, el régimen de importación de bienes de uso o consumo oficial o personal de los miembros de las Misiones Diplomáticas y Consulares acreditadas ante el Gobierno de Colombia, no era el señalado o previsto en el decreto legislativo 3135 de 1956, sino el señalado en la ley 157 de 1959, según el reglamento y procedimiento especiales que expidiera el Gobierno Nacional

Y, por ello, no es posible que el decreto reglamentario acusado, quebrantara o pudiera quebrantar las disposiciones contenidas en el decreto 3135 de 1956, y por ende, se hubiera incurrido en un exceso en el ejercicio de la facultad o potestad reglamentaria y violación del artículo 120-3 de la C. N.

En consecuencia, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda promovida por el ciudadano JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Relaciones Exteriores, y archívese el expediente.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de mayo de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Rodrigo Vieira Puerta.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

AERONAVEGABILIDAD / TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL / LICENCIA DE OPERACION

Los permisos que previamente otorgue la autoridad aeronáutica, a las empresas extranjeras para prestar el servicio de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, no sólo debe sujetarse, en el caso de inexistencia o inaplicabilidad de convenios o acuerdos internacionales, a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos que debe demostrarse a la autoridad nacional, sino que es igualmente indispensable que el procedimiento o actuación administrativa precedente al permiso o autorización se surta mediante la celebración de audiencias públicas que garanticen la intervención de terceros interesados, en orden a garantizar el "adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto".

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos de:

a) La frase "(. . .) sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio", del artículo 2º del Decreto Ejecutivo 339 de 1991;
b) La frase "(. . .) para tal efecto, la autoridad aeronáutica sólo deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera", del artículo 3º del Decreto Ejecutivo 339 de 1991;
c) Los artículos 1º y 2º de la Resolución 1369 de 1991, proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y el artículo 3º de la misma providencia, en cuanto no incluye dentro del procedimiento administrativo la celebración de las audiencias públicas ordenadas por el artículo 1861 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera.- Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Doctor *Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1730. Acción de nulidad en relación con los artículos 2 y 3 del decreto reglamentario 339 de 1991, 1o. 2o. y 3o. de la Resolución No. 1369 de 1991, expedida por el jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil. Actor: CONSUELO MORALES MONTEJO

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., la ciudadana CONSUELO MORALES MONTEJO solicita la declaratoria de nulidad de las normas indicadas en la referencia, y, además el decreto de suspensión provisional de las mismas por quebrantar normas superiores de derecho.

Como la demanda reúne los requisitos señalados en el artículo 137 del C. C. A. y, además, se anexan a ella los documentos de ley, la Sala habrá de admitirla.

SUSPENSION PROVISIONAL

Considera la actora que los artículos 2o. del Decreto 339 de 1991, y 2o. de la resolución 1369 del mismo año, están en contradicción con lo dispuesto en el artículo 1861 del Código de Comercio del país, y que para establecerlo basta leer las disposiciones indicadas, a lo cual procede la Sala utilizando el sistema de la doble columna, así

ARTICULO 1861 del Código de Comercio

"El procedimiento para la concesión de permisos de operación, así como para las modificaciones que de ellos se soliciten, serán determinados por la autoridad aeronáutica, la cual celebrará audiencias públicas que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto".

ARTICULO 2o. DEL DECRETO 339 de 1991, reglamentario del indicado Código.

"Salvo lo previsto en los convenios o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte de carga, sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio, números de vuelos, capacidad y rutas servidas, siempre que se otorgue una adecuada reciprocidad a empresas de transporte aéreo colombianas y cumplan los requisitos necesarios para llevar a cabo la operación.

"La reciprocidad de que trata el presente artículo consiste en el otorgamiento de derechos a empresas de transporte aéreo colombianas, equi-

valente a los concedidos en Colombia a una empresa extranjera, por parte de la autoridad competente del Estado de Bandera de dicha empresa.

Parágrafo. El hecho de que una empresa de transporte aéreo colombiana no utilice la reciprocidad concedida por autoridad competente de otro Estado, no impide el otorgamiento del permiso de operación que solicite una empresa extranjera.

ARTICULO 2o. DE LA RESOLUCION 1369 de 1991,del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

"De conformidad con lo previsto en el artículo 2o. del Decreto 339 de 1981, los permisos de operación no establecerán limitaciones para las empresas extranjeras de transporte aéreo internacional de carga, por razones de necesidad del servicio, número de vuelos, capacidad de los mismos y rutas servidas, y no se requerirá de la celebración de audiencias públicas".

La accionante expresa que el quebrantamiento de la norma reglamentada es ostensible, por cuanto la facultad del Gobierno Nacional de la Aeronáutica Civil de establecer el procedimiento para la concesión de permisos de operación en materias aeronáuticas civiles, está restringida, exigiéndose por la norma violada, en forma prioritaria e imperativa, que todo proceso de concesión u otorgamiento de permisos de operación aeronáuticos se celebrará a través de audiencias públicas, que son indispensables para hacer efectivos los principios jurídicos de publicidad y oponibilidad que deben estar presentes en toda actuación administrativa según la ley (art. 3o. del C. C. A.), para determinar en materia de aeronáutica, la conveniencia y necesidad del servicio, audiencias públicas que se suprimen en los actos acusados al eliminar el análisis de la conveniencia y necesidad, y de modo expreso en el art. 2o. de la resolución demandada.

Para llegar a una conclusión sobre el particular, la Sala considera conveniente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1870 del Código de Comercio, invocado en la resolución acusada como fundamento de ella, que dice:

"Las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, o, cuando ellos no sean aplicables **mediante permiso previo de la autoridad aeronáutica, debiendo sujetarse, en este último caso, las respectivas licencias de operación a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos.** (subrayado fuera de texto).

Teniendo en cuenta dichas normas y otras contenidas en el capítulo I,

parte 2a., Libro 5o. del Código de Comercio, que son las reglamentadas por medio del decreto ejecutivo demandado, con fundamento en el cual se dicta la Resolución también acusada en cuanto a su artículo 2o., la Sala encuentra lo siguiente:

a) las actividades de aeronáutica civil se rigen por el capítulo indicado del Código Civil, las cuales quedan sometidas a la inspección, vigilancia y reglamentación del gobierno. En consecuencia, quedan sujetas a ese régimen las aeronaves que utilicen espacios sometidos a la soberanía nacional, así como las aeronaves de matrícula colombiana que se encuentren en espacio no sometido a la soberanía o jurisdicción de otro Estado (art. 1773 del C. de Co., invocado en el decreto acusado).

b) por "autoridad aeronáutica" se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica civil o la entidad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura, y corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos (art. 1782 del C. de Co. invocado por la resolución acusada como fundamento del reglamento que se expide por medio de ella).

c) El Gobierno puede prohibir, condicionar y restringir, por razones de interés público la utilización de los espacios, la navegación aérea sobre determinadas regiones, el uso de ciertas aeronaves o el transporte de determinadas cosas (art. 1778 del C. de Co., también invocado por el decreto acusado, supuestamente para condicionar el otorgamiento del permiso de operación de empresas extranjeras de transporte internacional de carga, a la adecuada reciprocidad a empresas aéreas de transporte colombianas).

d) El artículo 1861 del C. de Co., invocado como quebrantado por la actora, establece perentoriamente que "el procedimiento para la concesión de permisos de operación, así como para las modificaciones que de ellos se soliciten, serán determinados por la autoridad aeronáutica -Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, como vimos-, **la cual celebrará audiencias publicas que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto"** (se subraya).

e) Finalmente, el artículo 1870 del C. de Co., invocado por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil en los considerandos de su resolución acusada, preceptúa que "Las empresas extranjeras podrán realizar servicios de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, o, **cuando ellos no sean aplicables, mediante permiso previo de la autoridad aeronáutica,** debiendo sujetarse, en este último caso, las respectivas licencias de operación a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos (se subraya por la Sala).

Analizadas estas dos últimas normas, para la Sala es incontrovertible que

los permisos que previamente otorgue la autoridad aeronáutica, a las empresas extranjeras para prestar el servicio de transporte aéreo internacional en aeropuertos colombianos, no solo deben sujetarse, en el caso de inexistencia o inaplicabilidad de convenios o acuerdos internacionales, a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores colombianos que debe demostrarse a la autoridad nacional, sino que es igualmente indispensable que el procedimiento o actuación administrativa precedente al permiso o autorización se surta mediante la celebración de audiencias públicas que garanticen la intervención de terceros interesados, en orden a garantizar el "adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto".

En consecuencia, encontrando la Sala el quebrantamiento ostensible de lo dispuesto en el artículo 1861 del Código de comercio, que se reglamenta por los actos acusados, debe decretarse la suspensión provisional de los artículos 2o. del decreto ejecutivo 339 de 1991 y de la Resolución 1369 del mismo año del Departamento Administrativo de Aeronáutica civil, en cuanto por ellos se elimina del procedimiento administrativo la celebración de audiencias públicas, en orden a garantizar el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto por las empresas extranjeras.

En cuanto a los artículos 3o. del decreto acusado que dice que "para tal efecto, la autoridad aeronáutica **solo** deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera", y 1o. y 3o. de la resolución acusada, que consagran el procedimiento a que deben someterse las empresas extranjeras que soliciten la licencia o permiso para operar en Colombia, también procede el decreto de suspensión provisional, pues son simples aplicaciones de los dos artículos a que antes se refirió la Sala.

En consecuencia, el CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE

1o. Admítese la demanda promovida por la ciudadana Consuelo Morales Montejo, en orden a obtener la nulidad de algunos apartes de los artículos 2o. y 3o. del decreto reglamentario 339 de 1991, y de los artículos 1o., 2o. y 3o. de la Resolución 1369 del mismo año, proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

2o. Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda a la señora Fiscal Primero de la Corporación.

3o. Notifíquese personalmente esta providencia a los Ministros de Desarrollo Económico y de Relaciones Exteriores, así como al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

4o. Fíjese el negocio en lista por el término legal.

5o. Decrétase la suspensión provisional de los efectos de:

a) La frase ". . . sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio", del artículo segundo del decreto ejecutivo 339 de 1991.

b) La frase ". . . .Para tal efecto, la autoridad aeronáutica sólo deberá comprobar la reciprocidad que ofrece el Estado de Bandera de la empresa extranjera", del artículo tercero del decreto ejecutivo 339 de 1991.

c) Los artículos 1o. y 2o. de la Resolución 1369 de 1991, proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y el artículo 3o. de la misma providencia, en cuanto no incluye dentro del procedimiento administrativo la celebración de las audiencias públicas ordenadas por el artículo 1861 del código de Comercio.

5o. Las disposiciones suspendidas por medio de la presente providencia no podrán ser reproducidas por las autoridades que las dictaron, a menos que con posterioridad al auto de suspensión provisional hayan desaparecido los fundamentos legales de la suspensión.

6o. Deposite la actora en la Secretaría la suma de UN MIL PESOS ($1.000.oo) para gastos del proceso.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los señores Ministros de Desarrollo Económico y Relaciones Exteriores, y al señor Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 6 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente, *Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONVALIDACION DEL ACTO

La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto el acto irregular queda convalidado.. Desde luego que no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de alguno de sus elementos esenciales, no pueden serlo. Si en tal caso se dicta un acto de convalidación, en realidad se está en presencia de un nuevo acto. El acto es radicalmente nulo o insaneable si fue dictado careciendo la administración de toda competencia; pero si la cuestión de competencia es puramente interna, la invalidez puede en algunos casos ser subsanada.

ACTO GENERAL / ACTO PARTICULAR / PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA / PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR / PRINCIPIO DE IGUALDAD / C.V.C.

Mediante un acto administrativo de índole particular se violó la regla general del Acuerdo de la C. V. C., en abierto desconocimiento del principio de jerarquía normativa que impone a la administración el deber de sujetarse a las propias reglas que ella expide. Un acto de carácter general no puede ser desconocido en un caso particular así sea por el mismo funcionario y órgano autor de aquel en virtud del principio que se denomina en la doctrina como la inderogabilidad singular de los reglamentos. Hay rompimiento del principio de igualdad de los particulares frente a las cargas públicas, qué es desarrollo del principio de igualdad frente a la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección primera.-

Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1244. Acción de nulidad con restablecimiento del derecho contra actos administrativos emanados de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C. V. C.- Recurso de apelación contra la sentencia del 9 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor: CARTONES AMERICA S.A.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, y admitido, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con fecha 9 de diciembre de 1988, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

El Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C. V. C., en uso de las facultades conferidas en el Reglamento de Contaminación, Acuerdo No. 014 del 23 de noviembre de 1976, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación en desarrollo de las funciones asignadas en diversas disposiciones legales del orden nacional, dictó, el 18 de octubre de 1982, la Resolución No. D. E. 3729, mediante la cual, en su artículo 3o.., literal c), impuso a Cartones América S. A., con domicilio en el municipio de Cali, unas obligaciones por contaminación causada a aguas de uso público, determinación contra la cual la sociedad afectada interpuso reposición y apelación subsidiaria, con resultados desfavorables puesto que el Director Ejecutivo mediante Resolución No. D. E. 1620 del 9 de mayo de 1983, decidió "NO REPONDER en ningún sentido" la Resolución impugnada, y el Consejo Directivo, por Resolución No. CD.3707 del 5 de octubre de 1983, la confirmó en todas sus partes, y declaró agotada la vía gubernativa, lo que motivó a Cartones América S. A., a acudir a la vía contenciosa en demanda de nulidad de las referidas resoluciones, y del restablecimiento del derecho, al pedir que se declare que no habrá lugar a la imposición de las multas de que trata el artículo 9o. de la Resolución D. E. 3729 de 1982.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

La controversia cardinal del proceso la resolvió el Tribunal concluyendo que, el literal d) del artículo tercero de la Resolución No. D. E. 3729 del 18 de octubre de 1982, dictada por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C. V. C.-, que es del siguiente tenor:

"Las reducciones en la carga contaminante deben ser efectivas antes de las siguientes fechas:

"a)..... b)..... c).....

d) Una reducción adicional en la carga de la demanda bioquímica de oxígeno de tal manera que se logren valores inferiores a 5 Kg. de DB05 por tonelada de producto terminado a partir del 31 de Enero de 1986. En ningún caso la reducción de carga a partir del 31 de Enero de 1986 podrá ser inferior al 80% de la carga que presente la industria a la fecha de ejecutoria de esta resolución".

No quebrantó los siguientes artículos del Acuerdo 014 del 23 de noviembre de 1976, expedido por el Consejo Directivo de la C. V. C., mediante el cual se dictan normas sobre el control de la contaminación de las aguas en la cuenca del río Cauca dentro del territorio de su jurisdicción:

"ARTICULO DECIMO QUINTO.-.....

"La reducción total entre tratamientos y cambios de procesamiento será tal que se logre obtener un valor menor de 45 Kg. de DB05 por toneladas de producto antes de 1990, sin que ello implique la no realización del tratamiento primario antes especificado".

"ARTICULO DECIMO NOVENO.....

"PARAGRAFO: Los porcentajes de reducción anotados en los Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 podrán ser modificados por el Consejo Directivo de la CVC si se presenta un aumento de producción superior a las proyecciones esperadas para las industrias existentes".

ni las demás normas señaladas por el demandante en su libelo inicial, en virtud a que la decisión cuestionada la profiere quien cumple las funciones de Director Ejecutivo y en materia que no está expresamente asignada a otro órgano, funcionario o corporación, pues debe entenderse que cuando en un Acuerdo expedido por el Consejo Directiva no se señala la persona específica que debe aplicar una norma, quien debe hacerlo es su representante legal, como se expresó en la Resolución que dirimió la reposición interpuesta en la vía gubernativa y que fuera confirmada en todas sus partes por el Consejo Directivo donde se dijo que la decisión la tomó el Director Ejecutivo sin que se haya extralimitado en el ejercicio de sus funciones propias, vale decir, consigna el a-quo, que aquel órgano refrendó en esta forma, el proceder de éste. Además, dice el Tribunal como fundamento de su fallo, que la conducta del director ejecutivo a través de la disposición impugnada, esta enderezada a asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado, dentro de los cuales se halla la protección del medio ambiente, que previene el artículo 16 de la Constitución Nacional.

III.- FUNDAMENTOS DE LA APELACION

La parte actora, al sustentar el recurso de apelación que interpuso contra

la sentencia de primera instancia, manifiesta su inconformidad por cuanto ésta no tuvo en cuenta los argumentos expresados en la demanda y en el escrito del alegato de conclusión que, al efecto, sintetiza:

El artículo Décimo Quinto (15o.) del Acuerdo 14 del 23 de noviembre de 1976 del Consejo Directivo de la C.V.C. especificó para las industrias de fabricación de papel, si se lee en su sentido natural y obvio su último párrafo, lo que prescribe es que una industria papelera antes de 1990, no debe emitir más de 45 Kg. de DB05 por tonelada como carga contaminante, y agrega: sin perjuicio de que de todas maneras debe toda industria realizar el tratamiento primario exigido en la primera parte del mismo artículo.

Luego no hay tal, como lo afirma la sentencia, de que el valor de DB05 por tonelada tiene que fijárselo el director Ejecutivo de la C.V.C. arbitrariamente en menos de 45 Kg.; lo que la norma claramente indica es que hasta finales de 1989, las industrias que viertan como contaminación cifras en 45 y más kg. de DB05, después del pretratamiento y del tratamiento primario, no están cumpliendo con lo ordenado, pero las que viertan un máximo de hasta 45 Kg. de DB05 por tonelada, están dentro del rango permitido; por lo tanto el Director de la C.V.C., por resolución no puede obligar a una determinada empresa que originalmente produce una contaminación menor del límite (45 Kg.), a disminuirla por ejemplo hasta 5, con el argumento de que como contamina menos que otras, debe aún hacer un esfuerzo mayor y reducir su contaminación más allá de lo que la norma indica como límite máximo.

Cualquier vertimiento de valor menor de 45 Kg. de DB05 (demanda bioquímica de oxígeno a cinco días) por tonelada de producto terminado, están dentro de lo permitido por el Acuerdo 14 hasta el 31 de diciembre de 1989, norma que es de obligatoria observancia para el Director Ejecutivo de la C.V.C., y si a una empresa que está desde antes del Tratamiento primario dentro del límite permitido, la quiere obligar la C.V.C. a reducirlo más antes de 1990, lo cual tiene que hacer mediante la instalación de equipos adicionales, etc., es claro que su Director Ejecutivo está sobrepasando sus atribuciones, o sea, violando normas de superior jerarquía.

Hace énfasis el actor en que la norma general no otorga facultades para que la C.V.C. establezca valores diferentes, empresa por empresa, porque ello conduce a distorsionar gravemente la competitividad de unas con otras; y que menos puede el Director Ejecutivo, por medio de resolución, obligar a una determinada empresa a construir u operar instalaciones para obtener límites de contaminación por fuera de los estatuídos, por cuanto así incurre en abierta violación del Acuerdo 14 de 1976, específicamente en sus artículos 10o. y 13o., y del numeral 25 del literal C del artículo 25 del Decreto Nacional No. 737 de 1931 que aprobó el Acuerdo No. 6 del mismo año -Estatutos de la CVC-, el cual le dió facultades al Consejo Directivo, y no al Director Ejecutivo, para expedir los

reglamentos necesarios para el racional aprovechamiento y uso de los recursos naturales, uno de los cuales es el Acuerdo 14, citado.

Alega el demandante que la C.V.C. en la contestación de la demanda "dice que el valor de 5 Kh. de DB05 por tonelada de producto es 'proporcionalmente' similar al que se ha dado a otras industrias productoras de papel, y esto es falso, ya que por tratarse de un valor definido por tonelada de producto, sería proporcional a la producción siempre y cuando fuera el mismo factor aplicado a todas las industrias, que es lo que solicita Cartones América S.A., y no diferentes valores por tonelada de producto aplicados a cada industria, tal como lo ha hecho la C.V.C." (fl. 204 del cd. 1).

IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor fiscal Primero de la corporación solicita la confirmación de la sentencia apelada, por considerar que la C.V.C., apoyada en los conceptos técnicos de su sección de control de contaminación de aguas en 1978 y 1982, al dictar la resolución cuestionada, obró acorde con el espíritu del Acuerdo 14 de 1976 que fija unos parámetros dentro de los cuales se movió, justamente, aquella.

Respecto del emisor de la norma impugnada, dice que es obvio que si la ley no distingue, no le es dado al intérprete distinguir, por lo cual el Director Ejecutivo, como representante legal de la C.V.C., es la persona idónea para producir el acto administrativo.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso interpuesto, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

A dos aspectos o cargos debe centrarse la atención de la Sala en orden a desatar la apelación.

Uno dice relación a la competencia del Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.V.C.- para haber proferido la Resolución No. D. E. 3729 del 18 de octubre de 1982. El otro, a si dicho acto quebrantó o no el Acuerdo No. 14 del 23 de noviembre de 1976, dictado por el Consejo Directivo de la misma entidad.

En cuanto al primero, la preceptiva del Parágrafo del artículo 19o. del Acuerdo pretranscrito, concordante con el 23o. ibídem, que es del siguiente tenor:

"Si en razón de la instalación de nuevas industrias o crecimientos

poblacionales o industriales imprevistos, llegaren a producirse situaciones que el Consejo Directivo de la CVC considera inaceptables, las exigencias de este Reglamento podrán ser modificadas. A tal efecto, la División de Aguas de la CVC dará un aviso a las entidades públicas o privadas interesadas, con antelación a la fecha de vigencia dentro de un plazo razonable, de acuerdo a (sic) las obras necesarias".

no deja dudas sobre que es el consejo Directivo de la CVC el órgano competente para modificar los parámetros establecidos en el mismo Acuerdo, contrariamente a lo que sostiene el Tribunal al afirmar que no habiéndose señalado en el Acuerdo la persona que debe aplicar la norma, le correspondía hacerlo a su representante legal, que fue, dice, lo que ocurrió al proferirse por el Director Ejecutivo la resolución atacada, apreciación ésta, estima la Sala, por demás errónea, pues no se trata propiamente de la ejecución o aplicación de la norma, sino de su modificación, de la alteración de su contenido.

Pese a lo anterior, se constata en el proceso que el consejo directivo de la CVC al conocer de la apelación interpuesta contra la Resolución 3729 de 1982 proferida por el Director Ejecutivo, consigno en su Resolución 1707 del 5 de octubre de 1983, que desató el recurso que consideraba la actuación del director al expedir la resolución recurrida, correcta en todas sus partes y acorde con lo dispuesto en el Acuerdo 14 de 1976, pues aquel en su calidad de representante legal de la entidad era la persona indicada para expedir dicha resolución, y al proceder así, simplemente lo que hizo fue dar aplicación a lo que en el Acuerdo se dispone.

En esta forma, la irregularidad del acto demandado desapareció por la confirmación que el Consejo Directivo le diera, como en efecto se dió en los términos referidos.

La doctrina extranjera refiriéndose al tema de la convalidación del acto irregular ha expresado que en ciertos casos y reuniéndose determinadas condiciones, un acto inválido puede ser regularizado por otro acto administrativo posterior. En ese supuesto el acto irregular queda convalidado, connotación ésta para lo cual corrientemente se usan las expresiones de confirmar, revalidar, ratificar, aprobar, sin un sentido uniforme.

Con el alcance indicado el acto de convalidación abarca las distintas hipótesis en que la administración puede regularizar un acto inválido: reiterando el acto y llenando entonces todas las formalidades; pronunciándose el órgano competente; obteniéndose la autorización o aprobación que faltaba, etc.

Desde luego que no todos los actos pueden ser convalidados. Los actos radicalmente nulos, por falta de alguno de sus elementos esenciales, no pueden serlo. Si en tal caso se dicta un acto de convalidación, en realidad se está en

presencia de un nuevo acto.

Acerca de la irregularidad que puede afectar los actos administrativos vinculada al esencial elemento de "órgano competente" que debe producirlos, la doctrina invocada manifiesta que si el acto fue dictado careciendo la administración de toda competencia, el acto es radicalmente nulo o insaneable; lo mismo ocurre si se invadió la competencia de los órganos legislativos o jurisdiccionales.

Igual solución corresponderá generalmente si el acto entra en la competencia de los órganos de administración de otra persona pública. En cambio, si la cuestión de competencia es puramente interna, la invalidez puede en algunos casos ser subsanada (Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, págs. 433, 434, 511, 512, y 513. Ed. Martín Bianchi, Montevideo, Segunda Edición), como en el evento que se acaba de exponer. El Director Ejecutivo y el Consejo Directivo pertenecen al mismo ente público, la CVC, y ocupan en dicha Corporación una misma jerarquía como se infiere de las normas que regulan la organización y funcionamiento de los establecimientos públicos (Decretos 1050 y 3130 de 1968), categoría de los entes descentralizados a la que pertenece la Corporación Autónoma Regional del Cauca, por virtud de la norma legal que lo creó y en razón de la naturaleza administrativa de las funciones que cumple.

Corresponde ahora dilucidar si la Resolución 3729 de 1982 -literal d) del artículo 3o.- infringió o no el acuerdo No. 14 de 1976, específicamente el inciso final del artículo 15o., pretranscrito ab initio de esta providencia.

Esta norma tiene una connotación de generalidad, valga decir, no desaparece por ser aplicada a un caso concreto, sino que sobrevive a esta aplicación y puede y debe aplicarse, mientras no se revoque, anule o suspenda, a todos los casos idénticos al allí previsto, pues la situación jurídica que regula es de carácter general e impersonal; en suma, es un acto regla. Por consiguiente, no podía, ni puede, el Director Ejecutivo de la C.V.C., ni su Consejo Directivo, so pretexto de su aplicación, y mediante la expedición de un acto administrativo creador de una situación individual y concreta, entrar a modificarlo, como lo hizo a través de la resolución acusada, reduciendo los parámetros ponderativos y el factor temporal en el Acuerdo establecidos para ser cumplidos por el sector de la industria papelera y similares, configurando, de contera, una situación de injusta discriminación de Cartones América S.A., frente a las demás empresas sometidas al régimen de control de contaminación de las aguas consagrado en el Acuerdo citado, aspecto éste sobre el cual no se pronunció el a-quo, como tampoco lo hizo el señor fiscal del Consejo de Estado.

Así las cosas, para la Sala resulta claro e incontrovertible que el mal entendido ejercicio de las facultades por parte del Director Ejecutivo de la CVC, así tal ejercicio haya sido convalidado por el Consejo Directivo de este organismo,

el proferir la Resolución No. D. E. 3729 y consagrar en su artículo 3o., literal d), las modificaciones a que se ha hecho referencia en el cuerpo de esta providencia, enunciadas en la causa petendi de la demanda y en el memorial de apelación de la sentencia, quebrantó norma de superior jerarquía. En otro giro, que mediante un acto administrativo de índole particular violó la regla general del Acuerdo tantas veces aludido, en abierto desconocimiento del principio de jerarquía normativa que impone a la administración el deber de sujetarse a las propias reglas que ella expide. Un acto de carácter general no puede ser desconocido en un caso particular así sea por el mismo funcionario u órgano autor de aquel en virtud del principio que se denomina en la doctrina como la inderogabilidad singular de los reglamentos.

Igualmente, tiene razón el actor apelante cuando sostiene que la regla general no otorga facultades para que la CVC establezca valores diferentes, empresa por empresa, porque ello conduce a distorsionar gravemente la competividad de unas con otras; y que menos puede el Director Ejecutivo, por medio de resolución, obligar a una determinada empresa a construir u operar instalaciones para obtener límites de contaminación por fuera de lo estatuído en el Acuerdo, sin incurrir por ello en flagrante violación del mismo.

Alega que la determinación del Director Ejecutivo, confirmada por el Consejo Directivo, implica un tratamiento inequitativo de Cartones América S.A., frente a las demás industrias papeleras, puesto que el valor por tonelada de producto terminado, definido en el artículo 15o. del Acuerdo es un factor para aplicar a todas las industrias, y al modificarse para aplicarlo exclusivamente a la sociedad demandante, se incurrió en la alteración de la igualdad concebida en el Reglamento aplicable a todas las empresas papeleras.

Sencillamente, entiende la Sala, se trata en esta circunstancia del rompimiento del principio de igualdad de los particulares frente a las cargas públicas, que es desarrollo del principio de igualdad frente a la ley.

"No sería equitativo que el Estado, en casos como el enunciado y en otros similares, exigiera a unos un sacrificio mayor, al exigido a otras personas que se encuentran en la misma situación y para su provecho. Repugna a la idea de justicia distributiva que el Estado actuando en nombre y para la comunidad pudiera exigir el sacrificio de una o algunas personas, sin la adecuada reparación para proporcionar a todos los demás los beneficios resultantes de ese sacrificio" (Sección Tercera, abril 11 de 1978, consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. 1567, actor Miguel Rujana S. y otra), es un ejemplo de consagración jurisprudencial del mencionado principio, que, como se ha notado, ha sufrido su lesión a través de los actos acusados, lo que, por sí solo, constituiría argumento de suficiente mérito para declarar la invalidez de éstos.

Se concluye, entonces, de todo lo anterior, que el literal d) de la Resolución No. D. E. 3729 del 18 de octubre de 1982, dictada por el Director Ejecutivo de la

C.V.C., está viciado de nulidad, y, por ende, lo están también la Resolución No. D. E. 1620 del 9 de mayo de 1983, mediante la cual el mismo funcionario no accedió a su revocación, y la No. 3707 de 5 de octubre de 1983, proferida por el Consejo Directivo de dicha corporación y por la cual se confirmó en todas sus partes aquella, como así lo habrá de declarar esta Sala.

Fácilmente se entiende que al declararse estas nulidades, automáticamente se produce el restablecimiento del derecho, como quiera que como efecto indefectible de tal pronunciamiento no habrá lugar a la imposición de multas a que se refiere el artículo noveno de la Resolución D. E., 3729 de 1982.

Por lo expuesto, habrá de revocarse la sentencia apelada, para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

En consecuencia, el consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

1o.- Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con fecha 19 de diciembre de 1988, dentro del proceso de la referencia.

2o. ANULASE el literal d) del artículo 3o. de la Resolución D. E., 3729 del 18 de octubre de 1982, expedida por el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Cauca -C.V.C.-.

3o. ANULANSE, igualmente, la resoluciones D. E. 1620 del 9 de mayo de 1983 y CD 3707 del 5 de octubre de 1983, expedidas por el Director Ejecutivo de la C.V.C. y el Consejo Directivo del mismo organismo, respectivamente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 6 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente, *Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA - Interpretación / **PARTES** - Designación

Teniendo en cuenta que la demanda puede y debe ser interpretada por el juez, la Sala debe llegar a la conclusión de que no se configura la ineptitud de la demanda por falta del presupuesto procesal de no haberse indicado expresamente a la parte demandada y a su representante legal, que conduzca realmente a la inhibitoria para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas.

SECRETARIO DE SALUD- Facultades / **COSMETICOS** - Regulación

Las facultades o competencias de los Secretarios o Jefes Seccionales de Salud están limitadas a lo siguiente: a) expedir licencias de funcionamiento con arreglo a las normas legales vigentes sobre la materia, para droguerías, farmacias, y tiendas; no a los expendios de cosméticos, salas de belleza y centros dermatológicos; b) Cumplir y hacer cumplir las normas del Ministerio de Salud en materia de salud. Existe la obligación de obtener la licencia y registro consiguiente para la producción y venta de cosméticos, la que expide y hace el Ministerio de Salud, pero no existe la obligación legal para los establecimientos que almacenen, entreguen, vendan o apliquen en sus tratamientos o procedimientos productos cosméticos, como las Salas de Belleza, de inscribirse en el Servicio de Salud, ya que la licencia de funcionamiento y consiguiente inscripción sólo está impuesta para las droguerías, farmacias o tiendas mixtas.

DECLARA LA NULIDAD de los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, parágrafo del artículo 10, 11, 12, y 13 de la Resolución 0132/83 (febrero 7), dictada por el Jefe de Salud de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.-

Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1290. Asuntos Municipales. Actor RODRIGO PALMA VENGOECHEA.

Entra la Sala a decidir, por medio de este proveído, el recurso de apelación interpuesto por el demandante en el proceso de la referencia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el día 11 de mayo de 1989.

I. LA ACCION

El doctor Rodrigo Palma Vengoechea, en ejercicio de la acción que contempla el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la nulidad de la Resolución número 0132 dictada por el Jefe de Salud de Bogotá, el 7 de febrero de 1983, "por la cual se dictan normas sobre establecimientos que distribuyan, manejen o expendan productos cosméticos".

En la relación de los hechos que fundamentan la demanda, el actor, además de hacer alusión a cada uno de los artículos de la resolución acusada, manifiesta que "el Decreto número 1289 de 1964 que sirve de sustentáculo a la resolución acusada, y 'por el cual se organiza la oficina de control de drogas y productos biológicos del Ministerio de Salud Pública', no otorga al señor Jefe del Servicio de Salud de Bogotá facultad de ninguna naturaleza, y lo que es más importante, para que exista un verdadero código como lo es, guardadas las debidas proporciones la resolución impugnada" (sic). Cita el accionante otros decretos a los cuales se alude en la resolución mencionada que "sólo facultan a los Servicios Seccionales para instruir en los casos de violación a las disposiciones de dichos decretos, el Señor Jefe del Servicio de Salud de Bogotá desconoce manifiestamente sus proyecciones y alcances".

En cuanto al capítulo correspondiente a las disposiciones violadas y al concepto sobre las mismas, no resulta fácil hacer un resumen del mismo por la falta de organización y concreción que su redacción acusa. Dicho capítulo termina con la manifestación que hace el libelista en el sentido de que con el acto impugnado, el Jefe del Servicio de Salud de Bogotá usurpó atribuciones privativas del Ministerio de ese ramo y asumió funciones que de acuerdo con la ley, la Constitución y el Decreto 3133 de 1968 corresponden a los Concejos Municipales y distritales. Se impetra también en la demanda la "nulidad provisional" (sic) del acto acusado.

El auto admisorio de la demanda, en seguimiento a lo ordenado en la parte resolutiva, fue notificado al Alcalde Mayor de Bogotá, al Jefe del Servicio de

Salud de Bogotá y, habiéndose ordenado igualmente notificar al señor Ministro de Salud, se dejó sin efecto esta orden a solicitud del demandante.

El Tribunal a-quo se pronunció en sentido negativo sobre la suspensión provisional, mediante auto que fue apelado. La apelación sufrió serios contratiempos en su trámite ocasionados por los infaustos sucesos de noviembre de 1985, que culminaron con el incendio del Palacio de Justicia y de los expedientes que allí se encontraban. El apelante desistió del recurso y éste fue declarado desierto en auto del 3 de octubre de 1986 proferido por el H. Consejero Guillermo Benavides Melo.

La colaboradora Fiscal del Tribunal, al rendir su concepto, manifestó que "el acto acusado es ostensiblemente violatorio de las normas citadas en el libelo y debe ser anulado.

II. LA PROVIDENCIA APELADA

Con fecha 11 de mayo de 1989, el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, a través de la Sección Tercera, después de analizar las pretensiones de la demanda y sus fundamento así como el concepto de la señora Fiscal, y subrayando de paso que la demanda se notificó al Alcalde Mayor de Bogotá y al Jefe Seccional de Salud de la misma ciudad "quienes en ningún momento se hicieron presentes", falla el proceso con una decisión inhibitoria "ante la **ausencia del presupuesto procesal para ser parte -por activa o pasiva (sic)- en este caso del demandado".**

Se estudian en el auto decisorio tanto las normas legales sobre las partes que integran la litis como las que tratan sobre aquellas instituciones que no ostentan la personería para serlo, llegando, por este medio a la consideración sobre si el Servicio de Salud de Bogotá tiene capacidad para ser parte en el proceso. Cita el Tribunal a-quo los artículos 84 inciso primero y 149, inciso primero del Código Contencioso Administrativo así como varias jurisprudencias del Consejo de Estado y de ese mismo Tribunal, para concluir que el Servicio de Salud de Bogotá, no es persona jurídica y "por lo tanto la entidad demandada carece de personería jurídica para comparecer al juicio".

III. LA INTERPOSICION DEL RECURSO

El actor apela la providencia antes relacionada, destacando en su escritorio los siguientes puntos:

Apoyado en diversos fallos del Consejo de Estado, afirma que "es incuestionable que el Servicio de Salud de Bogotá no constituye una persona jurídica, con personería jurídica y patrimonio propio, sino que es una dependencia del Distrito Especial de Bogotá, del cual forma parte integrante, pero ello no

quiere decir que los actos que profieran sus directores no produzcan efectos jurídicos que los puedan hacer susceptibles de impugnación como la incoada por el suscrito profesional".

Más adelante agrega: "Si como ciertamente sucedió en la demanda se omitió solicitar que se notificara al señor Alcalde Mayor de Bogotá D.E., el Tribunal tenía la obligación legal de ordenarlo (sic) al demandante la integración del contradictorio, o disponer la integración del mismo como efectivamente lo hizo, lo cual es perfectamente lógico y necesario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 del C. de P. C., aplicable al caso que nos ocupa". Pide en conclusión el apelante que la sentencia inhibitoria sea revocada.

IV. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1a. El aspecto procesal: la demanda en forma

Será lo primero anotar, por cuanto es un hecho asaz comprobado, que la condescendencia de las autoridades judiciales en lo contencioso-administrativo en lo que atañe a los requisitos formales de la demanda, conduce, como es obvio en todo camino que mal se inicia, a una culminación del proceso confusa y, hasta cierto punto, anormal. Porque sabido es que el fallo inhibitorio no constituye propiamente la regla de oro del juzgador, ni es la razón de ser del servicio público de justicia. Eventualmente, queda más satisfecho el accionante cuando se le analizan los hechos y los fundamentos de derecho en que basa las pretensiones que formula el juez, y se le niegan las súplicas de su demanda por las razones que se exponen en la parte motiva de la sentencia, que aquel a quien, por razones de procedimiento que debió el juez buscar que se subsanaran haciendo uso de sus poderes y de la obligación que en tal sentido le impone la norma positiva, se le dicta sentencia inhibitoria por defectos de forma remediables.

En el caso sub iuris, la demanda mostraba fallas suficientes para fundamentar en ellas su inadmisión: no concreta "la designación de las partes y de sus representantes" (origen de la sentencia inhibitoria); y, no expresa "los hechos u omisiones que sirven de fundamento de la acción", o mejor, incluye en ellos consideraciones propias del "concepto de la violación". No obstante, la magistrada ponente la admitió porque, según sus propias palabras, "la demanda presentada reune tales requisitos".

Los anterior, podría llevar a la Sala a la conclusión de que, por no haberse cumplido especialmente con el requisito de designar a la parte demandada y su

representante -el Distrito Especial de Bogotá, representado por el Señor Alcalde Mayor de la ciudad-, realmente existe ineptitud sustantiva de la demanda y, por falta del presupuesto procesal indicado, debe confirmarse la sentencia del a-quo que se declaró inhibido para hacer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la demanda puede y debe ser interpretada por el juez; que así parece que lo hizo la magistrada ponente que conoció inicialmente del proceso cuando admitió la demanda y dispuso notificarla personalmente al señor Alcalde Mayor de Bogotá y al señor Jefe del Servicio de Salud de Bogotá, a quienes, por consiguiente, tuvo como representantes de la parte demandada, así ni lo uno ni lo otro se dijera o señalara de manera expresa en el libelo de demanda; que dichas notificaciones personales se surtieron, y, en fin, que ni el debido proceso ni el derecho de defensa de la parte demandada se han desconocido o vulnerado, la Sala debe llegar a la conclusión indubitable de que no se configura la ineptitud de la demanda por falta del presupuesto procesal de no haberse indicado expresamente a la parte demandada y a su representante legal, que conduzca realmente a la inhibitoria para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por el actor, confirmando así la decisión de primera instancia. Y, que es a todas luces contrario a la lógica, el principio de razonabilidad, y a la alta misión que tiene el juez de administrar justicia, que, después de haberse admitido una demanda que se entendió formulada contra la entidad territorial denominada "Distrito Especial de Bogotá", de una de cuyas autoridades proviene el acto acusado, razón por la cual se ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda no sólo a su representante legal, sino igualmente a la autoridad distrital que produjo la decisión administrativa, lo que efectivamente se cumplió, el juez, en la sentencia que ponga término a la instancia, venga a decirle al demandante que su demanda no puede ser considerada por cuanto no se sabe cuál es la parte demandada y cuál su representante, simplemente por cuanto así no lo dijo expresamente en la memoria inicial.

Por ello, no comparte la Sala las apreciaciones del -aquo, ni las del señor Fiscal colaborador de esta Corporación, y, como consecuencia, deberá revocarse la sentencia recurrida y entrará a decidir sobre el fondo de la contención.

2a. **El aspecto de fondo de la controversia.**

Como se ha dicho, el acto acusado es la Resolución 0132 de 7 de febrero de 1983, proferida por el Jefe del Servicio de Salud de Bogotá "en uso de sus facultades legales y en especial de las que le confiere el Decreto 1289 de 1964", por medio de la cual se dictan normas sobre "establecimientos que distribuyan, manejan o expendan productos cosméticos".

Analizando la Sala cuidadosamente el Decreto 1289 de 1984, con fundamento en el cual se dictó el acto acusado, se observa que en ninguno de sus once

artículos se faculta a los Secretarios de Salud o del Servicio de Salud, incluido el del D. E., de Bogotá, para expedir normas sobre el control de drogas y productos biológicos, tarea que en ese mismo Decreto se asigna en forma específica a la "oficina de control de drogas y productos biológicos del Ministerio de Salud Pública" (artículos 1o. a 3o.), así:

"**Artículo primero.** La organización de la Oficina de Control de Drogas y Productos Biológicos, dependiente de la Dirección del Ministerio de Salud Pública, será la siguiente:

Jefatura de la Oficina
Comité Técnico
Sección Jurídica
Secretaría
Sección de Supervigilancia".

"**Artículo segundo.** Son funciones de la Oficina de Control de Drogas y Productos Biológicos:

"a) Vigilar en el territorio nacional lo relacionado con la producción, distribución y expendio de drogas para uso humano o animal, alimentos, **cosméticos,** bebidas alcohólicas y no alcohólicas, jabones, insecticidas, rodenticidas y demás artículos de índole médica o alimenticia, importados o nacionales, que incidan con la salud individual o colectiva.

"b) **Licenciar** los productos de que habla el literal anterior y que de acuerdo con las normas legales pertinentes requieran tal requisito para su importación, producción, distribución y expendio.

"c). . . . . ." (subraya la Sala).

"**Artículo tercero.** El comité Técnico de la Oficina de Control de Drogas y productos biológicos, estará integrado así:. . . . . "

Del contexto de los demás artículos del decreto referido, se concluye que en ninguno de ellos se faculta al Secretario de Salud Seccional o Jefe del Servicio de Salud de Bogotá, para dictar un verdadero código como lo es la resolución impugnada, y bien lo observa el demandante, en la cual se establece para los establecimientos que almacenen, entreguen, vendan o apliquen en sus tratamientos y procedimientos productos cosméticos, la obligación de inscribirse en el Servicio de Salud de Bogotá; se define qué debe entenderse por Sala de Belleza; se dispone que los cosméticos que los establecimientos antes citados utilicen, entreguen o vendan a sus usuarios deberán reunir los requisitos establecidos para su importación, fabricación, y venta en las normas vigentes al respecto; se establece la sanción a la contravención de la norma referida; la obligación de los

establecimientos indicados que apliquen cosméticos con indicaciones terapéuticas en sus tratamientos, de asesorarse de un médico en ejercicio legal de su profesión y especializado en dermatología, debidamente acreditado en la Secretaría de Salud del Distrito, y la sanción por el incumplimiento de lo allí dispuesto; la competencia para aplicar las sanciones y los recursos gubernativos contra los actos administrativos que las impongan, etc.

Las facultades o competencias, según el precitado decreto, de los Secretarios o Jefes Seccionales de Salud están limitadas a lo siguiente: a) expedir licencias de funcionamiento con arreglo a las normas legales vigentes sobre la materia, para droguerías, farmacias y tiendas (art. 9o.); no a los expendios de cosméticos, salas de belleza y centros dermatológicos. b) Cumplir y hacer cumplir las normas del Ministerio de Salud en materia de salud.

Por lo demás, el decreto en comento no establece sanciones ni la obligación de la inscripción de establecimientos, ni mucho menos otorga competencia alguna, salvo las señaladas anteriormente, a las Secretarias o Jefaturas de Salud.

Ahora bien: como por otra parte en los considerandos de la resolución acusada se mencionan los decretos 281 de 1975 y 522 de 1976, la Sala considera conveniente observar en relación con ellos lo siguiente:

a) El decreto 281 de 1975, reglamenta el registro de medicamentos, productos alimenticios, **cosméticos,** materiales de curación, etc. y establece ese sí una escala de sanciones y un procedimiento para su imposición.

b) El decreto 522 de 1976, "por el cual se modifica el Decreto 281 de 21 de febrero de 1985", al subrogar el art. 82 establece que las sanciones determinadas en dichos decretos serán impuestas por el Ministerio de Salud y que, "las Secretarías de Servicios Seccionales de Salud instruirán el sumario por iniciativa propia o por comisión del Ministerio de Salud. Cerrada la investigación se remitirá el expediente al Ministerio para la resolución definitiva".

De esas normas y de las contenidas en el decreto 1289 de 1964, se tiene entonces:

1o. Corresponde al Ministerio de Salud -Oficina de Control de Drogas y Productos Biológicos- la **vigilancia,** en el territorio nacional, de lo relativo a la **producción, distribución y expendio** de drogas para uso humano o animal, alimentos, **cosméticos,** bebidas alcohólicas y no alcohólicas, jabones, insecticidas, rodenticidas y demás artículos de índole médica o alimenticia, importados o nacionales, que incidan en la salud individual o colectiva.

2o. Para tal efecto, como es apenas lógico, se establece, de un lado, la

necesidad de que los productores de esas drogas, alimentos, cosméticos, bebidas, insecticidas, etc., obtengan la respectiva **licencia** de producción y venta al público para el respectivo artículo o medicamento, la que corresponde otorgar al Ministerio de Salud, y, de otro lado, **la licencia de funcionamiento** de la droguería, farmacia o tienda mixta, que debe ser otorgada por la Secretaría de Salud o Jefatura de Salud Seccional, licencia que, como es apenas lógico, conlleva el correspondiente registro en esa dependencia.

3o. Las sanciones, previo el procedimiento administrativo establecido, corresponde aplicarlas al Ministerio de Salud Pública, cuando encuentre que no se posee la licencia de producción y venta al público, o cuando no se tenga la licencia de funcionamiento del establecimiento (droguería, farmacia o tienda mixta).

4o. El procedimiento o sumario para establecer el eventual quebrantamiento de las disposiciones legales sobre la materia, se adelanta por las Secretarías de Servicios Seccionales de Salud por iniciativa propia o por comisión del Ministerio de Salud. Terminada la investigación por esas Secretarías el expediente se debe remitir al Ministerio precitado para la resolución definitiva.

En consecuencia, la Sala debe llegar a las siguientes conclusiones:

a) Existe la obligación de obtener la licencia y registro consiguiente para la producción y venta de cosméticos, la que expide y hace el Ministerio de Salud, que no existe la obligación legal para los establecimientos que almacenen, entreguen, vendan o apliquen en sus tratamientos o procedimientos productos cosméticos, como las Salas de Belleza, de inscribirse en el Servicio de Salud, ya que la licencia de funcionamiento y consiguiente inscripción sólo está impuesta para las droguerías, farmacias o tiendas mixtas.

Por consiguiente, es ilegal lo dispuesto sobre ese particular en el artículo primero de la resolución acusada.

b) Tampoco está dentro de las facultades de los Secretarios de Salud, definir lo que debe entenderse por Sala de Belleza, razón por la cual debe anularse el artículo segundo del acto acusado.

c) También carece de competencia la Secretaría de Salud de Bogotá para exigir a los Centros Dermatológicos el que cuenten con la asesoría permanente de un médico en ejercicio legal de su profesión, especializado en Dermatología, razón por la cual deberá anularse el artículo tercero de la resolución demandada.

d) El artículo cuarto del acto administrativo acusado, en cuanto por él se establecen los requisitos que deben llenar los establecimientos mencionados en el artículo primero ibidem para su inscripción en la Secretaría de Salud Distrital,

también deberá anularse, por las mismas razones expuestas para llegar a la conclusión de que dicha disposición debe declararse nula, ya que lo uno es consecuencia de lo otro.

e) También carecía de competencia el señor Secretario de Salud del Distrito para establecer, por medio del artículo quinto del acto acusado, la obligación de los establecimientos que almacenen, entreguen, vendan o apliquen cosméticos de pagar, por concepto de inscripción en ese Despacho, una suma de dinero equivalente a diez salarios mínimos legales, al máximo valor vigente en el momento de dictarse la resolución respectiva, razón por la cual deberá la Sala decretar su nulidad.

f) Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los artículos primero, cuarto y quinto, igualmente, deberá declararse nulo el artículo sexto de la resolución demandada, que establece que la licencia será válida por un período de dos años y será renovable por períodos iguales.

g) El artículo séptimo del acto acusado, en cuanto concede un plazo de 4 meses, contados a partir de la expedición del mismo, para inscribir en la Secretaría de Salud del Distrito los establecimientos ya indicados, también se anulará por las mismas razones ya expuestas.

h) El parágrafo del artículo décimo de la resolución impugnada, en cuanto establece que los establecimientos que apliquen cosméticos con indicaciones terapéuticas en sus tratamientos, deberán estar asesorados por un médico en ejercicio legal de su profesión y especializado en Dermatología, debidamente acreditado ante el Servicio de Salud de Bogotá, deberá ser anulado por falta de competencia del Servicio de Salud para dictar disposiciones legales en tal sentido, según lo prescrito en el decreto 1289 de 1984 que se invoca como fundamento de sus facultades, y los decretos 281 de 1975 y 522 de 1976 que se pretenden reglamentar o hacer cumplir.

i) También deberá anularse el artículo undécimo del acto acusado, en cuanto establece la sanción de multas sucesivas hasta de 10.000 salarios mínimos legales diarios, al máximo valor vigente en el momento de dictarse la respectiva providencia sancionatoria y/o cierre temporal o definitivo del establecimiento, pues ni en el decreto 1289 de 1984, ni en los distinguidos con los números 281 de 1975 y 522 de 1976, se le concede esa potestad o facultad de establecer sanciones, que por lo general corresponde al legislador, a los secretarios de salud o jefes seccionales del servicio de salud.

j) El artículo decimo-segundo deberá correr la misma suerte, pues el Secretario de Salud de Bogotá no teniendo competencia para aplicar sanciones a los establecimientos a que se refiere el artículo primero de la resolución acusada, por el hecho de no obtener licencia y registrarse esa dependencia, no

puede radicarla, trasladarla o delegarla en los Inspectores del Servicio de Salud de Bogotá, en primera instancia, y en el jefe del organismo en segunda.

k) Finalmente, tampoco es de la competencia del Secretario de Salud de Bogotá, sino de la ley, y excepcionalmente de los Acuerdos municipales en asuntos de la competencia constitucional de los Concejos Municipales, establecer los recursos gubernativos que procedan contra un acto administrativo y el efecto en que se conceden; por ello, habrá de anularse el artículo décimo tercero.

Los restantes artículos que integran el acto acusado, o sea, los distinguidos con los números ocho, nueve, y décimo, en cuanto establecen que los cosméticos que los establecimientos señalados en el artículo primero utilicen, entreguen o vendan a sus usuarios deberán llenar los requisitos establecidos para su importación, fabricación y venta de conformidad con los decretos 281 de 1975 y 522 de 1976 y demás normas vigentes; que el quebrantamiento de esas disposiciones será sancionado de acuerdo con las mismas disposiciones, y, que, en ningún caso, los establecimientos referidos podrán entregar o vender medicamentos, no le merecen a la Sala reparo alguno, pues se trata de la reproducción de la norma legal y la remisión a ella.

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

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 11 de mayo de 1989, y, en su lugar, se declara la nulidad de los artículos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, septimo, parágrafo del artículo decimo, undécimo, décimo segundo y décimo tercero de la Resolución 0132 de febrero 7 de 1983, dictada por el Jefe de Salud de Bogotá.

2o. NIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Secretario de Salud del D. E. de Bogotá y archívese.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 6 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente, *Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

BIEN DE USO PUBLICO - Restitución / **ESPACIO PUBLICO** - Restitución / **PODER DE POLICIA / SUSPENSION PROVISIONAL.**- Improcedencia.

No hay prueba alguna en el proceso de que la expedición de actos administrativos verbales - órdenes - que ordenaran a las autoridades de policía y a los bomberos de la ciudad desalojar la zona inmueble en donde funcionaba el establecimiento comercial. Puede llegarse a la conclusión que una cosa es la competencia para expedir el acto de restitución de "bienes de uso público", entendidos por tales solamente los de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del país, y otra, muy diferente, la competencia para conocer de la acción instaurada por cualquier persona para la defensa del "Espacio Público". Pero este análisis no es propio de la medida precautelativa solicitada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1736. Recurso de apelación contra el auto de 19 de diciembre de 1.990, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, dentro del juicio de nulidad en relación con actos administrativos expedidos por la Alcaldía Municipal de Barranquilla y el Inspector Quinto de Policía Municipal de esa ciudad. Actor: MARIA EUGENIA VELEZ DE RAMIREZ.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto y, concedido, contra la providencia de la referencia, por el señor apoderado especial de la Alcaldía del Municipio de Barranquilla, en cuanto por ella se decretó la suspensión provisional "de actos administrativos de los días viernes 31 de agosto y viernes 7 de septiembre de 1.990 emanados de la Alcaldía Municipal de Barranquilla", e

igualmente, de la resolución No. 060 de 10 de octubre de 1.990 proferida por el Inspector Quinto de la Policía Municipal de esa ciudad, por la cual se ordenó al propietario u administrador del establecimiento de comercio de propiedad de la señora María Eugenia Vélez, el retiro del negocio de una zona considerada "Espacio Público".

1. LAS NORMAS SUPERIORES DE DERECHO SUPUESTAMENTE QUEBRANTADAS.

Considera la parte actora que con los actos demandados se quebrantaron los artículos 12 del C. de P. C. , 8o. de la Ley 9 de 1.989, sobre la reforma urbana, y 5o. y 6o. de su decreto reglamentario 2400 del mismo año, pues corresponde a las autoridades de la jurisdicción ordinaria, mediante el trámite de un proceso verbal sumario, conocer de las acciones para la conservación y recuperación del espacio público, y no a las autoridades municipales, ni en especial a las de Policía. En escrito por medio del cual se aclara y adiciona la demanda, presentado antes de que la demanda hubiera sido admitida, se invoca también como quebrantado el artículo décimo-tercero del Acuerdo 028 de 22 de septiembre de 1.989, expedido por el Concejo de Barranquilla.

II. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA.

El a-quo decreta la suspensión provisional por considerar:
1o. Que realmente, se quebrantó el artículo 8o. de la Ley 9a. de 1.989, "al desconocer los actos acusados al trámite del proceso abreviado de que trata el C. de P. C."; y 2o. Que también se violó ostensiblemente el artículo 13 del Acuerdo 028 de septiembre 22 de 1.989 del Concejo de Barranquilla, que permite el uso de los antejardines, para la extensión de las actividades comerciales, de los inmuebles ubicados en la calle 72 con carrera 39 a vía 40, dentro del cual se encuentra el establecimiento de propiedad de la demandante.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSOS DE APELACION

El señor apoderado del Alcalde de Barranquilla, representante legal de la demandada, en su escrito de interposición del recurso de apelación dice:

a) Los actos administrativos del 31 de agosto y 7 de septiembre de 1.990, suspendidos por medio de la providencia recurrida, son inexistentes en la documentación "habida dentro del expediente de la causa denotándose así una decisión judicial incausada al no darse la confrontación de tales actos con normas superiores de derechos transgredidas, esencia del instituto de la suspensión provisional". En síntesis, sostiene que el actor no demostró la existencia de los actos acusados expedidos o supuestamente expedidos por la Alcaldía de Barranquilla.

b) Coexisten dos normas en materia de restitución de bienes de uso público,

entendido éste en el concepto macro de espacio público: el Código Nacional de Policía, concordado con el decreto 640 de 1.937, que le confiere competencia policiva a los alcaldes municipales para tramitar y decidir querellas sobre esa materia, así como para dictar de oficio actos dirigidos a la restitución de bienes de uso público; y la Ley 9a. de 1.989, que en su artículo 8o. consagra una acción popular para la defensa del Espacio Público y el medio ambiente, tramitable por el procedimiento verbal sumario, y de conocimiento de los jueces ordinarios. La prueba de esa coexistencia es el propio artículo 67 de la Ley 9a. de 1.989.

c) En cuanto al quebrantamiento del Acuerdo 028 de 1.989, la discrepancia entre dicho Acuerdo y los actos demandados no se da, puesto que de conformidad con el art. 240 del C. de R. P. y M., aún vigente, en los asuntos municipales tiene prevalencia la ley sobre los Acuerdos, "lo cual aplicado al caso presente indica que la ley 9a. de 1.989 ha prohibido la ocupación del Espacio Público comprendido en la zona de antejardines y similar, zonas verdes, siendo consecuencia de ellas que las disposiciones del Acuerdo 028 en esa materia quedan relevadas ante lo establecido en la ley".

IV. LA DECISION

Para decidir **se considera:**

1o. **Los actos administrativos de los días viernes 31 de agosto y viernes 7 de septiembre de 1.990 emanados de la Alcaldía Municipal de Barranquilla.**

En realidad de verdad, como lo sostiene el recurrente, no hay prueba alguna en el proceso de la expedición por parte del Alcalde de Barranquilla, o de su Secretario de Gobierno, de actos administrativos verbales -órdenes- que ordenaran a las autoridades de policía y a los bomberos de la ciudad desalojar la zona del inmueble en donde funciona el establecimiento comercial de propiedad de la demandante, que puedan ser objeto de demanda ante esta jurisdicción.

Esa prueba, para la Sala, no es, ni puede ser, el testimonio extraproceso rendido por tres personas que se encontraban comiendo o tomando refrescos en el establecimiento de propiedad de la actora, el día viernes 31 de agosto de 1.990 -nada dicen sobre lo acontecido el 7 de septiembre del mismo año, día en que según el apoderado de la actora aconteció lo mismo-, en donde relatan que en esa fecha se presentó un piquete de agentes de la Policía Nacional en operación combinada con el Cuerpo de Bomberos, que procedió a desalojar el lugar parando a los contertulios y amontonando las mesas y sillas, manifestando que lo hacían cumpliendo órdenes de la alcaldía municipal, que podría probar el hecho, o sea, la operación de desalojo, pero no el acto administrativo.

Por lo demás, esas declaraciones no fueron recepcionadas con intervención

de la parte contra la cual se pretenden hacer valer y, por otra parte, los testigos se limitan a reproducir el texto de la pregunta, lo que no está permitido por la ley procesal civil (Art. 228-5 del C. de P. C.), de una manera tan sospechosa que se encuentra una total coincidencia de los testimonios en todos los puntos materia del interrogatorio, en cuanto a las palabras y frases, por lo mismo que se limitan a reproducir el texto de la pregunta.

Tampoco esa prueba, para la Sala, es el oficio de octubre 17 de 1.990 dirigido por el Secretario de Gobierno de Barranquilla al señor apoderado de la actora, con motivo de la solicitud de expedición de los supuestos actos administrativos de 31 de agosto d y septiembre 7 de 1.990, pues dicho funcionario simplemente expresa que ante al hecho evidente y notorio de los malos usos del espacio público, se solicitó a través de los medios de comunicación a los propietario de los negocios que se acogieran a tales disposiciones y a quienes las violaban se retiraran voluntariamente ya que las autoridades de policía realizarían operativos retirando a quienes no portaran el permiso respectivo para el uso del espacio público (fl. 10 del exp.), lo que lleva a la Sala a pensar que no se trató de un acto administrativo de contenido particular, es decir, referido tan sólo a la propietaria del establecimiento "La Fondita", sino de una orden impartida a las autoridades policivas para hacer cumplir el ordenamiento legal sobre el espacio público, con alguna antelación a la fecha de los acontecimientos expuestos en la demanda que ocupa la atención de la Sala y que, como acto administrativo de carácter general, no es susceptible de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho. El formato de la resolución 060 del Inspector de Policía, también acusado, confirma esa sospecha, ya que se trata de un documento extendido con espacios en blanco para ser llenados por la autoridad, según la ubicación del establecimiento , la actividad a que se dedica y el nombre del propietario a identificar en la parte motiva de la providencia, pero que, por lo anotado anteriormente, no se hace figurar nuevamente como destinatario de la orden de la parte resolutiva del acto administrativo.

En consecuencia, procede el recurso en cuanto a la revocatoria de la orden de suspensión provisional de los supuestos actos administrativos de 31 de agosto y 7 de septiembre de 1.990.

2o. El quebrantamiento del artículo 8o. de la Ley 9a. de 1.989, en concordancia con los artículos 5o. y 6o. del decreto reglamentario 2400 del mismo año.

El quebrantamiento de dichas normas indicadas por el actor, no es ostensible, prima facie, como lo considera el a-quo , que conduzca al decreto de suspensión provisional.

En efecto: como lo plantea el recurrente, puede llegarse a la conclusión de la coexistencia de las disposiciones contenidas en los artículos 122 a 132 del

Código Nacional de Policía , en cuanto autorizan a las autoridades de policía, concretamente a los alcaldes, para la restitución de bienes de uso público en el concepto macro de "espacio público" (art. 5o. de la Ley 9a, de 1.989), y de la contenida en el artículo 8o. de la Ley 9a. precitada, en cuanto consagra la acción popular de conocimiento de los jueces civiles, para la defensa del mismo "espacio público" es decir, la existencia de una acción y un procedimiento eminentemente policivo y la otra de carácter civil en cuanto las autoridades de policía no intervengan para defender ese espacio público, según la interpretación y aplicación que se haga del artículo 69 de la misma Ley 9a. de 1.989, en concordancia con el art. 67 ib. -O, al contrario, llegarse a la conclusión de que una cosa es la competencia para expedir el acto de restitución de "bienes de uso público", entendidos por tales solamente los de dominio público cuyo uso pertenece a todos los habitantes del país, y otra, muy diferente, la competencia para conocer de la acción instaurada por cualquier persona para la defensa del "Espacio Público".

Pero, en uno u otro caso, ello es propio de la sentencia que ponga término a la acción, y no de la medida precautelativa solicitada por la actora.

No encuentra, entonces, la Sala que aparezca de manera ostensible, manifiesta, flagrante, el quebrantamiento de las normas mencionadas.

3o. El quebrantamiento del artículo 13 de Acuerdo 028 de 1.989, expedido por el Concejo de Barranquilla.

En cuanto al artículo 13 del Acuerdo precitado, según el cual, "Se permitirá el uso del antejardín, para extender a ellos las actividades comerciales ubicadas en las siguientes Calles y Carreras: . . . . . A lo largo de la calle 72 entre Carr. 39 a Vía 40", la Sala, por falta de pruebas, se encuentra imposibilitada para saber si el inmueble en donde funciona el establecimiento de la actora, que según la resolución acusada, las declaraciones extra-proceso, la demanda y la contestación de ella, se distingue con el número 48-42 de la calle 72 de Barranquilla, se encuentra comprendido en el sector indicado en el Acuerdo , es decir, entre carrera 39 y vía 40 de la calle 72. Pero además, también habría que entrar a decidir sobre la prevalencia de la ley sobre el Acuerdo, lo que no es propio de esta providencia.

Por lo expuesto en los numerales 2o. y 3o. de la parte motiva de esta providencia el recurso de apelación está llamado a prosperar.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCAR el numeral 2o. de la parte resolutiva de la providencia de 19 de diciembre de 1.990, expedida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por

medio del cual se decretó la suspensión provisional de los actos acusados, y , en su lugar, se DENIEGA la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y disuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha seis de junio de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente,*Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ACUERDO METROPOLITANO / PLANEACION METROPOLITANA

El argumento con el que se ataca el acto acusado radica en que al haber determinado la Junta Metropolitana como zona única dentro del área metropolitana de Bucaramanga para la ubicación, instalación y funcionamiento de bodegas y establecimientos de comercio dedicados al mayoreo de los productos alimenticios, agrícolas, abarrotes y similares, la que ocupa actualmente la Central de Abastos, se está arrogando funciones que no le corresponden por considerarla el actor como una reglamentación específica que compete únicamente a los alcaldes. El ataque es vano, puesto que a primera vista se observa que la disposición no es de carácter específico, ya que no se está planificando para el municipio de Bucaramanga, sino para el Area Metropolitana de Bucaramanga, lo cual hace que la reglamentación contenida en el acuerdo acusado sea de carácter general.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., seis (6) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1399. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 1989, emanada del Tribunal Administrativo de Santander. Actor EFRAIN CESAR MARIÑO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la referencia, por la cual se desestimaron las pretensiones de la demanda incoada por EFRAIN CESAR MARIÑO, en ejercicio de la acción de nulidad contra los artículos 1o. y 2o., parágrafo transitorio, y 3o. del Acuerdo Metropolitano No. 025 de junio 30 de 1988 expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga, en el

cual se dispone:

"ACUERDA:

"**Artículo 1o.**-Establécese como única zona dentro del área Metropolitana de Bucaramanga para la ubicación, instalación y funcionamiento de bodegas y establecimientos de comercio dedicados al mayoreo de productos alimenticios agrícolas, abarrotes y similares, la que ocupa actualmente la Central de Abastos de Bucaramanga y la zona aledaña a la misma, paralela al eje de la vía Palenque-Café Madrid, en el Sector Industrial de Chimitá, definida por el Código de Urbanismo como de Desarrollo Intensivo en Industria (D.I.I.)".

"**Artículo 2o.** Los usos y actividades de que trata el artículo anterior quedan clasificados como establecimientos venta de servicios, comercio grupo 3, al tenor de lo dispuesto en el literal b) del Artículo 46 del Acuerdo Metropolitano No. 003 de 1982 y en el Acuerdo Metropolitano No. 017 de 1985.

"**PARAGRAFO TRANSITORIO:** La renovación de la licencia de funcionamiento para los usos y actividades prescritas en el presente Acuerdo no excederá por ningún motivo de la vigencia de 1988".

"**Artículo 3o.** El Departamento Administrativo de Planeación de Bucaramanga levantará un censo de los Establecimientos de Comercio que deban ser trasladados a la Central de Abastos de Bucaramanga conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y procederá a notificar a los propietarios sobre el cumplimiento a lo ordenado en la presente reglamentación".

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Considera el fallador de primer grado que las áreas metropolitanas fueron creadas para la mejor administración o prestación de servicios públicos de dos o más municipios de un mismo departamento, y lo que se pretende con los Acuerdos Metropolitanos es lograr una reglamentación amplia e integral para ordenar y evaluar el espacio público preservando no sólo el aspecto estético sino impidiendo el desorden. Que no existe la violación impetrada por cuanto el Alcalde Metropolitano está desarrollando tareas propias y como Presidente de la Junta Metropolitana y como Jefe de la Administración municipal y de Policía está en condiciones de realizar las actividades a que se refiere el parágrafo transitorio del artículo 2o.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Afirma el inconforme que si bien es cierto la Junta Metropolitana goza de

facultades para establecer normas generales de ramificación, urbanización y servicios, corresponde a los Alcaldes dictar las disposiciones específicas, es decir, reglamentar las decisiones adoptadas por la Junta Metropolitana. Y que al señalar la Junta como única zona para el funcionamiento de establecimientos de comercio el sitio de "Chimitá", desbordó competencia que es del resorte del Alcalde respectivo.

Que igualmente la Junta carecía de competencia para decidir sobre licencias de funcionamiento.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

El colaborador Fiscal de la Corporación conceptúa que las Areas metropolitanas fueron creadas con un criterio de conveniencia de descentralización y desconcentración de funciones. Que dentro de las mismas está la de establecer normas generales de zonificación, urbanización, construcción, extracción de materiales y funcionamiento de establecimientos comerciales y de servicios, dentro de los cuales los municipios del área han de dictar reglamentación específica. Que el Alcalde Metropolitano estuvo interviniendo en todas las determinaciones de la Junta como Presidente de la misma, por lo que se considera que no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

IV. LA DECISION

Para resolver se

CONSIDERA:

1. Las áreas metropolitanas fueron reglamentadas por el Decreto 3104 de 1979, a fin de que presten de manera eficiente los servicios públicos a dos o más municipios de un mismo Departamento.

2. La función que el citado Decreto le asigna a la Junta Metropolitana está descrita en el artículo 6o. ibidem.

3. Para el caso en estudio, la Junta Metropolitana de Bucaramanga, con base en la función de PLANIFICACION contemplada en el numeral 1 del artículo 6o. citado profirió el acuerdo demandado.

4. Señala el literal c) del numeral 1, artículo 6o. del Decreto 3104 de 1979:

"Expedir la reglamentación de los usos del suelo urbano y rural del área y establecer los mecanismos e instrumentos normativos y de control, así como los procedimientos administrativos correspondientes que puedan ser utilizados por las autoridades del área metropolitana o de los municipios

que lo componen, de conformidad con la legislación vigente".

5. Preceptúa el literal d) del mismo artículo:

"Establecer las normas generales de zonificación, urbanización, construcción, extracción de materiales y funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales y de servicios, dentro de los cuales los municipios del área han de dictar reglamentaciones específicas".

6. Observa la Sala, que, el principal argumento con el cual se ataca el acto acusado radica en que al haber determinado la Junta Metropolitana en el acuerdo No. 025 de 30 de junio de 1988 como zona única dentro del área metropolitana de Bucaramanga para la ubicación, instalación y funcionamiento de bodegas y establecimientos de comercio dedicados al mayoreo de los productos alimenticios, agrícolas, abarrotes y similares, la que ocupa actualmente la Central de Abastos, se está arrogando funciones que no le corresponden por considerarla el actor como una reglamentación específica que compete únicamente a los Alcaldes.

Para esta Corporación el ataque es vano, puesto que a primera vista se observa que la disposición no es de carácter específico, ya que no se está planificando para el Municipio de Bucaramanga sino para el AREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA, lo cual hace que la reglamentación contenida en el acuerdo acusado sea de carácter general.

En efecto, la zona única a la que se refiere el acuerdo está destinada para la prestación de un mejor servicio de mercadeo no sólo para el municipio de Bucaramanga sino para los municipios circunvecinos integrantes del área metropolitana.

7. Por lo demás, cuando el Acuerdo establece en su artículo 3o., que el Departamento Administrativo de Planeación levantará el censo de los establecimientos de comercio que deben ser trasladados a la Central de Abastos de Bucaramanga, no está sino aplicando lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 3104 de 1979, que consagra que en las áreas metropolitanas, la oficina o dependencia de planeación del municipio que constituye el núcleo principal será la encargada de coordinar la ejecución de lo ordenado por las juntas metropolitanas y el alcalde Metropolitano.

8. Finalmente, en lo que respecta al parágrafo transitorio que dispone:

"La renovación de la licencia de funcionamiento para los usos y actividades prescritas en el presente Acuerdo no excederá por ningún motivo de la vigencia de 1988".

encuentra la Sala que no hay usurpación a las funciones del Alcalde, porque en

ningún momento se está concediendo licencias en particular, ni señalando los requisitos para su obtención, sino que transitoriamente se señala un término de vigencia para 1988, en ejercicio de la función de planeación descrita en el literal d) del artículo 6o., número 1o., y que le permite a las Juntas Metropolitanas fijar las normas generales para el funcionamiento de los establecimientos comerciales.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de fecha 11 de diciembre de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 6 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente, *Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia

Realizada la confrontación de los actos suspendidos, para la Sala es innegable que su violación no aparece como manifiesta por parte alguna, pues si bien es cierto que el inciso 2 del artículo 20 del Decreto 2407/81 prohíbe decretar apropiaciones para aportes destinados a entidades privadas, con las excepciones allí señaladas, no lo es menos que tal norma dice ser el desarrollo del artículo 207 de la Constitución Política, cuyo texto no consagra tal prohibición, sino que se refiere al principio de legalidad del gasto público.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de las siguientes disposiciones de la Ordenanza número 008/90 (noviembre 14), expedida por la Asamblea Departamental del Huila: Artículos 921 y 928 del Capítulo I -Gobernación del Huila- Despacho del Gobernador -Inversión Directa- programa 0101 -desarrollo de la comunidad-.

Artículos 954, 966, 968, 971, 986, 987, 1024, 1028, 1029, 1030, 1040, 1043, 1056, 1060, 1062, 1070, 1075, 1076, 1082, 1090, 1091, 1094, 1095, 1097, 1101, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1131, 1159, 1160, 1165, 1179, 1197, 1198, 1199, 1287 y 1431 del Capítulo IV -Secretaría de Hacienda- Despacho del Secretario -Programa 0404- Desarrollo de la Comunidad.

Artículo 952 del Capítulo IV -Secretaría de Hacienda- Despacho del Secretario - Programa 0404- Desarrollo de la comunidad "Aportes de la Asamblea de obras de Desarrollo Comunal, Social y cultural: $480.000.000.

Artículo 45 correspondiente al Capítulo IX Disposiciones finales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1733. Actor: Gregorio Alvarez Bustamante.

Procede la Sección Primera de la Corporación a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes demandada e impugnante contra el auto de 18 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, en cuanto decretó la suspensión provisional de algunas disposiciones de la Ordenanza No. 008 de 1990, expedida por la Asamblea Departamental del Huila.

LOS ACTOS SUSPENDIDOS

Mediante la Ordenanza No. 008 de 1990, la Asamblea del Departamento del Huila dictó las normas "sobre presupuesto de rentas y recursos de capital y Ordenanza de apropiaciones para la vigencia del 1 de enero al 31 de diciembre de 1991".

Los actos cuya suspensión provisional se dispuso por el Tribunal de origen son el artículo 45 de la Ordenanza citada y un total de 56 artículos que corresponden a apropiaciones para gastos de inversión.

Por lo extenso de los mismos, la Sala se abstiene de hacer su transcripción.

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora consideró que los actos cuya suspensión provisional fue decretada violaban de manera ostensible los artículos 64, 187-7, 206 y 207 de la Constitución Política, e igualmente los artículos 20, 25-5 y 27-8 del Decreto 2407 de 1981, por las siguientes razones (fls. 26 a 31):

La violación directa de las normas invocadas en sustento de la medida se puede percibir al confrontarlas con las normas acusadas ". . . . y mediante el documento público aducido de parte de la División de asuntos municipales y Desarrollo Comunal de la Gobernación del Departamento del Huila".

Con los actos acusados se pretende que el señor Gobernador disponga de $120.000.000 por concepto de "Aportes para obras de desarrollo Comunal, Social y Cultural" y de $200.000.000 como "Apoyo a los programas para la mujer, la juventud y la familia", de manera global y sin proyectos específicos para su inversión.

"También se pretende adjudicar y distribuir más de $800.000.000 para

aportes regionales con destino a entidades privadas, sin que aparezcan claramente las metas físicas propuestas, ni siquiera la justificación desde el punto de vista administrativo, económico y social. Además aparecen partidas globales y sin discriminación por proyectos específicos en tratándose de inversión".

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que asistieron al Tribunal para acceder a la suspensión provisional de los actos a que atrás se hizo referencia son, en síntesis, las siguientes (fls. 32 a 48):

De la simple comparación de las normas invocadas por el actor frente a los actos acusados y "De conformidad con los términos en los que están concebidas, estima la Sala que las anteriores partidas son globales; que no obedecen a ningún plan debidamente aprobado, y que no se hallan discriminadas en proyectos específicos, tal como lo exigen los artículos 20 y 27 del Decreto 2407 de 1981, por el cual se expiden normas sobre elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales". Además de lo anterior, otros gastos ". . . . están destinados a entidades privadas no propiamente planteles educativos o de beneficencia pública, ni Juntas de Acción Comunal".

Por otra parte, se asigna una partida de $480.000.000 ". . . . como aporte de la Asamblea a obras de desarrollo comunal, social y cultural, que la Corporación Departamental distribuye según anexo adjunto a la Ordenanza, entre diferentes fondos, comités, fundaciones, cooperativas, parroquias, juntas de acción comunal, asociaciones, clubes, etc.". Obviamente, de suspenderse estos aportes, ello implica la suspensión provisional del artículo 45 de la Ordenanza, en el cual se ordena el pago de los mismos.

LAS RAZONES DE LOS APELANTES

En la sustentación del recurso interpuesto, las partes demandada e impugnante expresan, en síntesis, lo siguiente (fls. 53 a 58 y 59 a 61):

El Tribunal fundamentó su decisión en el artículo 55 del Acto Legislativo No. 1 de 1979, declarado inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 3 de noviembre de 1981 y no en el artículo 207 de la actual Constitución Nacional. Al ser verdad incuestionable lo anterior, prescripciones como la del inciso 2o. del artículo 20 del Decreto 2407 de 1981, dictadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, quedaron modificadas desde el 4 de noviembre de 1981, de tal manera que no cabe la interpretación de que se prohiban aportes para entidades privadas, pues el artículo 207 de la Constitución sólo se refiere a la legalidad del gasto.

Por otra parte, la supuesta violación flagrante de las normas invocadas no

se presenta, pues la globalidad endilgada se desfigura debido ". . . . a que los gastos aprobados están especificados en los pliegos entregados por cada uno de los Disputados de la Asamblea del Huila, los que hacen parte como anexos, de la Ordenanza 008. . . . . Además la destinación de esas partidas van a satisfacer las necesidades esbozadas en los planes y programas de desarrollo Departamental".

En cuanto a las fundaciones se refiere, éstas, de conformidad con el artículo 633 del Código Civil se encuentran definidas como de beneficencia pública.

La partida destinada para apoyar los programas de la mujer, la juventud y la familia, obedece al desarrollo del Decreto 1878 de 1990, cuya funcionalidad fue dispuesta por Directiva Presidencial.

En cuanto a los aportes regionales a que se refiere el artículo 20 del Decreto 2407 de 1981, es indudable que las calidades de las personas jurídicas previstas en la Ley deben probarse con documentos idóneos, los cuales, al no encontrarse acreditados en el proceso, excluyen la "confrontación directa" de que habla la ley.

CONSIDERACIONES

Constituye jurisprudencia reiterada de esta Corporación, que el juzgador, en el estudio de la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos de los actos acusados, debe limitar su actividad a realizar una simple y llana confrontación de ellos frente a las normas que se estiman como violadas de manera directa, y que para que esta medida esté llamada a prosperar la violación debe ser manifiesta, ostensible, prima facie, ". . . . .por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud", como lo señala el artículo 152 del C. C. A.

Precisado lo anterior, para la Sala es indubitable que la decisión adoptada por el a quo se fundamentó en los requisitos que tanto la ley como la jurisprudencia tienen establecidos para la prosperidad de esta medida precautelativa, razón por la cual habrá de revocar la providencia apelada.

En efecto, el Tribunal de origen fundamentó su decisión en el quebrantamiento flagrante de los artículos 20 inciso 2o., 25 numeral 5 y 27 numeral 8. del Decreto 2407 de 1981, los cuales expresan:

"Artículo 20.- Normas preexistentes. En el presupuesto de gastos no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un gasto ordenado legalmente, a obligaciones contractuales, a créditos judiciales reconocidos o a inversiones autorizadas en los planes debidamente aprobados.

"En desarrollo del artículo 207 de la Constitución Política las asambleas no

podrán decretar apropiaciones para aportes originales con destino a entidades privadas, con excepción de los aportes para planteles educativos o de beneficencia pública oficialmente reconocidos o autorizados y de las juntas de acción comunal".

"Artículo 25.- Normas para la elaboración del presupuesto. La programación del presupuesto de gastos se sujetará a las siguientes normas:

"1o.-. . . . . .

"2o.-. . . . . .

"3o.-. . . . . .

"4o.-. . . . . .

"5o.- En todo programa y proyecto de inversión deberán aparecer claramente las metas físicas propuestas y justificarse desde el punto de vista administrativo, económico y social".

"Artículo 27.- Requisitos para la inclusión de partidas. Las partidas que se incluyan en el proyecto de presupuesto se sujetarán a las siguientes normas:

"..... .

"8. No podrán incluirse partidas globales para funcionamiento ni de inversión, pues deberán discriminarse por objeto del gasto, para funcionamiento y por proyectos específicos, para inversión".

Realizada la confrontación de los actos suspendidos con las normas que anteceden, para la Sala es innegable que su violación no aparece como manifiesta por parte alguna, pues si bien es cierto que el inciso 2o. del precitado artículo 20 prohibe decretar apropiaciones para aportes destinados a entidades privadas, con las excepciones allí señaladas, no lo es menos que tal norma dice ser el desarrollo del artículo 207 de la Constitución Política, cuyo texto actual consultado por la Sala, no consagra tal prohibición, sino que se refiere al principio de legalidad del gasto público. Además, en el curso del proceso habrá de debatirse la afirmación de los apelantes en el sentido de que la citada disposición, acogida como sustento para decretar la suspensión provisional no solo pugna con el artículo 207 de la Constitución sino que, por haber sido dictada al amparo del inciso 3o. del artículo 55 del Acto Legislativo No. 1 de 1979, declarado inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia junto con la totalidad de las reformas que éste introdujo, quedó modificado desde el 4 de noviembre de 1981.

Por otra parte, en relación con la posible violación del numeral 5. del

artículo 25 y del numeral 8. del artículo 27 del Decreto 2407 de 1981, en los cuales también fundamenta el Tribunal su decisión, no considera tampoco la Sala que allí se presente la violación manifiesta y directa que exige la ley para la procedencia de la suspensión provisional, ya que será necesario hacer un análisis más detallado y preciso para establecer el significado de los requisitos que allí se exigen, sobre metas físicas propuestas, justificación desde el punto de vista administrativo, económico y social, así como la discriminación por objeto del gasto y por proyectos específicos, lo cual no considera la Sala que pueda hacerse sin un estudio global del presupuesto y aún sin el análisis de otros documentos que le han podido servir de sustento.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado,

RESUELVE:

1o.- REVOCASE el ordinal 5o. del auto de 18 de marzo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante el cual se decretó la suspensión provisional de las siguientes disposiciones de la Ordenanza No. 008 del 14 de noviembre de 1990, expedida por la Asamblea Departamental del Huila:

ARTICULOS 921 y 928 del Capítulo I - Gobernación del Huila - Despacho del Gobernador - inversión directa - programa 0101 - desarrollo de la comunidad.

ARTICULOS 954, 966, 968, 971, 986, 987, 1024, 1028, 1029, 1030, 1040, 1043, 1056, 1060, 1062, 1070, 1075, 1076, 1082, 1090, 1091, 1094, 1095, 1097, 1101, 1108, 1109, 1110, 1111, 1112, 1113, 1115, 1116, 1117, 1118, 1119, 1120, 1122, 1123, 1124, 1125, 1126, 1127, 1131, 1159, 1160, 1165, 1179, 1197, 1198, 1199, 1287 y 1431 del Capítulo IV -Secretaría de Hacienda- Despacho del Secretario -Programa 0404- Desarrollo de la Comunidad.

ARTICULO 952 del Capítulo IV - Secretaría de Hacienda - Despacho del Secretario - Programa 0404 - Desarrollo de la comunidad "Aportes de la Asamblea a obras de Desarrollo Comunal, Social y Cultural: $480.000.000.

ARTICULO 45 correspondiente al Capítulo IX Disposiciones finales.

2o. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 13 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CADUCIDAD - Término

Si bien es cierto la caducidad no es susceptible de suspenderse ni de interrumpirse como la prescripción del derecho o de los derechos, salvo con la presentación y admisión de la demanda, cuando se trata de la interrupción, ya que los plazos de ley para accionar están prefijados en forma objetiva, es decir, sin consideración a situaciones personales del interesado, no es menos cierto que cuando se trata de plazos de meses y años, como en el caso de la caducidad de las acciones contencioso-administrativas, esos plazos se extienden al día hábil siguiente cuando el término de caducidad se vence en día feriado o de vacancia judicial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1715. Recurso de apelación contra la providencia de agosto 9 de 1.990, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, inadmitió la demanda. Actor: DANIEL CONTRERAS GOMEZ Y Otro.

Se decide por la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia en referencia, en cuanto por ella se resolvió inadmitir la demanda presentada por Daniel Contreras Gómez y Hans Peter Wiederkehr, en orden a obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones Nos. 0496 de 11 de septiembre de 1.989 y 031 de enero 18 de 1.990, proferidas por la Secretaría General de la Alcaldía Mayor de Bogotá, y el consecuencial restablecimiento de sus derechos.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

Para no admitir la demanda, el a-quo llegó a la conclusión de que, al momento de ser presentada la demanda en la Secretaría de la sección, la acción de nulidad con restablecimiento del derecho se encontraba caducada, ya que habiéndose notificado personalmente la resolución 031 acusada, que decidió el recurso de reposición , el día 25 de enero de 1.990, el término de caducidad venció el 25 del mes de mayo del mismo año, es decir, cuatro días antes de la presentación de la demanda el 29 del mismo mes y año.

Sostiene el a-quo, que en materia de caducidad de la acción contenciosa-administrativa, no hay lugar a la ampliación por suspensión o interrupción del término de caducidad señalado por la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, razón por la cual no se puede admitir que se extienda al día hábil siguiente para el caso que el último día del término fuera inhábil o feriado, como lo pretenden los demandantes en el caso presente.

"La norma aplicable, dice el Tribunal, no es el artículo 62 del C. R. P. M., que es norma de carácter general, sino el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, norma especial que regula los términos de orden procesal, cuyo inciso 2o. prescribe que los términos de meses y años 'se computarán conforme al calendario' y aplicable por remisión expresa del artículo 267 del C. C. A. Nótese como el inciso 1o. al referirse a los términos de días, señala que en su cómputo no se toman en cuenta los de vacancia judicial ni aquéllos que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el Despacho, previsión que no se establece en relación con el cómputo de los términos de meses y años, los que se cuentan conforme al calendario, lo cual indica que corren continuamente sin interrupción alguna y sin que pueda prorrogarse".

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

La parte actora al interponer el recurso de apelación lo sustenta en el artículo 62 del C. R. P. y M. según el cual los términos de meses de años, se computarán según el calendario, pero si el último día fuere feriado o de vacancia se entenderá el plazo hasta el primer día hábil, como lo ha aceptado a doctrina y la jurisprudencia de manera reiterada; por manera que, en el caso sub lite, el término de caducidad que se vencía el 25 de mayo de 1.990, día de vacancia judicial, se extendió hasta el 29 del mismo mes y año, primer día hábil siguiente, y como la demanda se presentó precisamente en esa fecha, la acción no se encontraba caducada.

III. LA DECISION

Para decidir se considera:

La jurisprudencia reiterada de la Corporación ha sido la expuesta por los

dos distinguidos magistrados que salvaron su voto a la providencia recurrida, que en alguna ocasión en el curso del pasado año se pretendió modificar en ponencia elaborada por el entonces consejero de Estado, doctor Gustavo de Greiff Restrepo, rechazada de manera unánime por los restantes integrantes de entonces de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo : si bien es cierto la caducidad no es susceptible de suspenderse ni de interrumpirse como la prescripción del derecho o de los derechos, salvo con la presentación y admisión de la demanda, cuando se trata de la interrupción , ya que los plazos de ley para accionar está prefijados en forma objetiva, es decir, sin consideración, a situaciones personales del interesado, no es menos cierto que, cuando se trata de plazos de meses y años, como en el caso de la caducidad de las acciones contencioso administrativas, esos plazos se extienden al día hábil siguiente cuando el término de caducidad se vence en día feriado o de vacancia judicial, por aplicación del artículo 62 del C. de R. P. y M., pues el artículo 121 del actual C. de P. C. no contempla lo relativo a la contabilización de los términos cuando vencen en día de vacancia o feriado; dicha disposición se refiere los términos señalados por la ley o por el juez para la realización de actos procesales de las partes y los auxiliares de la justicia, y, por lo general, tienen que ver con las providencias judiciales, su ejecutoria y oportunidad para recurrirlas y, en manera alguna con los términos de caducidad señalados en meses y años, respecto de los cuales simplemente la norma dice que se "contarán conforme al calendario", sin contener ninguna previsión sobre el vencimiento de ellos en días de vacancia o feriado, caso en el cual, la norma debe ser armonizada con el precitado artículo 62 del C. de R. P. M.

En otras palabras, como se expresa por uno de los magistrados que salvó su voto a la providencia recurrida, si se acepta que en los plazos de días no se cuentan los festivos y los de vacancia, con la consecuencia de que si el último día del plazo vence en uno de ellos aquél se extiende al día hábil siguiente, igualmente se debe aceptar esa extensión para el caso de los plazos de meses y años, pues en uno y otro evento lo que se hace es tomar en cuenta la voluntad del legislador.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta, por otra parte, que la resolución con la cual se agotó la vía gubernativa se notificó personalmente el 25 de enero de 1.990 (fl. 12 vuelto del expediente), que los días 26, 27 y 28 de mayo del mismo año fueron de vacancia y feriados, y que la demanda se presentó en la Secretaría del Tribunal el día 29 de mayo de 1.990, primer día hábil siguiente a los de vacancia y feriados, debe llegarse a la conclusión de que la acción fue instaurada en tiempo y que, por consiguientemente no se encontraba caducada.

Habrá pues, la Sala de revocar el auto inadmisorio de la demanda, y, en su lugar, dictar el correspondiente auto admisorio de ella.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

1o. REVOCAR, como en efecto revoca, la providencia de agosto nueve (9) de mil novecientos noventa (1.990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, -hoy Sección Primera-, dentro del proceso de la referencia.

2o. En su lugar, se admite la demanda promovida por los señores DANIEL CONTRERAS GOMEZ Y HANS PETER WIEDERKEHR, por venir ajustada a la ley. Como consecuencia, se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Fiscal del Tribunal.

b) Notifíquese personalmente el auto admisorio de la demanda al señor Alcalde Mayor de Bogotá, D.E. y al señor Personero Distrital.

c) Depositen los demandantes en la Secretaría del Tribunal, la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo), para atender a los gastos del proceso.

d) Fíjese el negocio en lista por el término legal, para los efectos contemplados en el numeral 5o. del art. 207 del C. de P. C.

e) Reconócese al abogado Daniel Contreras Gómez como apoderado especial del señor Hans Peter Wiederkehr, en los términos y para los efectos del memorial que obra el fl. 18 expediente.

f) Solicítense a la Secretaría General de la Alcaldía de Bogotá los antecedentes administrativos.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen y cúmplase.

Se deja en constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de junio de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL - Creación / **CONCEJO MUNICIPAL** - Facultades.

El presupuesto municipal de San Onofre (Sucre), descontados los valores de los recursos del crédito y las transferencias que recibe para el año fiscal correspondiente, arroja un valor ostensiblemente inferior al requerido al momento de expedir el acto, para que el Concejo Municipal hubiese podido legalmente crear su organismo fiscalizador. En consecuencia, si el Municipio de San Onofre no estaba habilitado legalmente para crear su propia Contraloría, mal podía el Concejo Municipal destinar recursos para ese organismo.

CONFIRMA LA NULIDAD del Capítulo III. Programa 04 del Acuerdo número 001 de noviembre 13 de 1.987, del Concejo Municipal de San Onofre.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. trece (13) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1605. Actor : Ciro Hernández Osorio.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte impugnante contra sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, de fecha 1o. de febrero de 1.989.

I. ANTECEDENTES

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

demanda.

El ciudadano Ciro Hernández Osorio, a través de apoderado debidamente constituído, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A., demandó ante el tribunal Administrativo de Sucre la nulidad del Capítulo III, Programa 04, del Acuerdo No. 001, de noviembre 13 de 1.987, del Concejo Municipal de San Onofre.

b.- **El acto acusado.**

Lo es el citado en el párrafo precedente , que trata del Presupuesto de Gastos de la Contraloría Municipal para la vigencia Fiscal de 1.988.

c.- **Los hechos de la demanda.**

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fl.4):

1.- El Concejo Municipal de San Onofre expidió el 13 de noviembre de 1.987 el Acuerdo No.001 "Sobre Presupuesto de Rentas y Gastos para l vigencia fiscal de 1.988".

2.- El anterior Acuerdo fue sancionado por el Alcalde el 18 de noviembre de 1.987.

3.- El Capítulo III, Programa 04, de dicho Acuerdo establece como organismo fiscalizador municipal, la Contraloría Municipal.

4.- Al incluirse dichos Capítulos y Programas en el Acuerdo 001 del 13 de noviembre de 1.987, emanado del Concejo Municipal de San Onofre, se incurre en violación a la ley.

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

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 4 y 5):

Artículos 305 del Decreto 1333 de 1.986, 50 de la Ley 11 de 1.986, 10o. del decreto 294 de 1.973 en concordancia con el 264 del decreto 1333 de 1.986.

Primer cargo.- Estima el actor que al incluirse el Capítulo III, Programa 04, en el Acuerdo mencionado, se violan los artículos 305 del Decreto 1333 de 1.986 y 50 de la Ley 11 del mismo año porque estas disposiciones exigen como requisito indispensable para la creación de Contralorías Municipales, que los presupuestos de rentas de los respectivos municipios sean superiores a los

$50.000.000, sin incluir los recursos de crédito ni las transferencias que se reciban de la Nación y del Departamento y con un reajuste anual y acumulado en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

El presupuesto de rentas de San Onofre para 1.988 asciende a la suma de $167.072.963, pero por concepto de participaciones por Impoventas e Imporrentas se recibiría la suma de $110.547.648 y por aportes y auxilios la suma de $6.000, lo que indica que los recursos propios del Municipio se tasaron en la suma de $56.519.315. Sin embargo, actualmente y después de la vigencia de la Ley que estableció los $50.000.000 para la creación de contralorías municipales, se tienen que aplicar los incrementos de los índices de precios al consumidor de acuerdo con el DANE, lo que significa que en el momento, para crear una contraloría municipal se requieren más de $60.000.000.oo, y si los ingresos propios del Municipio de San Onofre incrementados para crearle la Contraloría, los tasaron en $56.519.315, tampoco este monto le es suficiente, pues ya la suma para crearla supera la anterior de acuerdo con la Ley.

Segundo cargo. - Existe violación del artículo 10 del Decreto 294 de 1.973 y del artículo 264 del Decreto 1333 de 1.986 que son entre sí concordantes, puesto que se trasladan a ingresos tributarios corrientes, recursos provenientes del impuesto a las ventas, así: colocan la suma de $33.449.215 en el numeral 13 del renglón de ingresos tributarios (recursos propios) del presupuesto de ingresos y egresos, equivalente al 25% del impoventas que los municipios pueden tomar para gastos de funcionamiento, situación ésta notoriamente irregular, pues una cosa es que se le permita a los municipios tomar del impuesto a las ventas un porcentaje para gastos de funcionamiento y otra distinta es incluirlos como recursos propios o ingresos corrientes tributarios, que no lo son.

Con esta manera anormal de calcular los ingresos se produce una nueva violación de las disposiciones indicadas en el primer cargo como infringidas.

e.- **Las razones de la defensa.**

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión en la primera instancia la parte impugnante, ciudadana Rosa Esther de la Rosa Julio, expresa, en síntesis, los siguientes argumentos exceptivos encaminados a obtener una decisión inhibitoria (Fls. 36 y 37 y 49 a 53):

1.- **Inepta demanda,** por dos motivos:

a) No se indica la cuantía de la acción, desconociéndose el mandato del artículo 137 del C. C. A. que impone su estimación razonada, cuando es necesaria para determinar la competencia, impidiéndose saber si el proceso es de única o

primera instancia.

b) La fotocopia del acto acusado no es la reproducción del original y la atestación de autenticación carece de sentido, lo que convierte en irregular su expedición, restándole todo valor probatorio al documento, infringiéndose en esta forma el artículo 254 del C. de P. C.

2.- **Incompetencia,** por dos razones:

a) No está acreditada la publicación del Acuerdo impugnado, omisión que quebranta el artículo 43 de C. C. A., la Ley 57 de 1.985 y los artículos 115 y 116 del Código de Régimen Municipal, por cuanto las dos primeras normas previenen que los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados, y las dos últimas establecen que los acuerdos expedidos por los Concejos y sancionados por los alcaldes se presumen válidos y producen la plenitud de sus efectos a partir de la fecha de su publicación, la que debe realizarse dentro de los quince (15) días siguientes a su sanción.

b) Tampoco está acreditada la revisión jurídica del Acuerdo que debe efectuar el Gobernador del Departamento, a voces del artículo 117 ibídem, aunque ello no suspende sus efectos, como sí los suspende la no publicación.

3.- **Nulidad de la actuación,** por carencia total de poder, toda vez que el poderdante confió la procuración como ciudadano, y el apoderado, empleado público, impedido de dicha condición por la ley para ejercer la profesión de abogado, demandó también a nombre de la Contraloría Departamental, excediéndose en el mandato.

4.- Finalmente, manifiesta la impugnante que hubo **defectuosa formulación del petitum,** dado que no se demandaron los artículos 45 a 48 del Programa 04 (fl.12), y que si lo que se pretende "es el derrumbe de la Contraloría Municipal, lo indicado era demandar el artículo 14 de las disposiciones generales" del Presupuesto (fl. 21), omisiones que conducen a que el fallo que pronuncie el Tribunal resulte "inane".

f.- **La actuación surtida**

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

Mediante proveído del 25 de mayo de 1.988 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional solicitada en la misma (fls. 23 y 24).

Mediante escrito presentado el 28 de junio de 1.988 la ciudadana Esther

de la Rosa Julio, quien acreditó haberse posesionado el 30 de diciembre de 1.987 como Contralora Municipal de San Onofre, a través de apoderado impugnó la demanda, proponiendo excepciones en orden a obtener un pronunciamiento inhibitorio (fls. 33 a 37).

Por auto del 19 de julio de 1.988 (fl. 38) se ordenó tener como pruebas los documentos allegados con la demanda, e, igualmente, solicitar al DANE certificar sobre el porcentaje de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor para los años 1.987 y 1.988, prueba que obra a folios 43 y 44 del expediente.

En este mismo auto el Tribunal dispuso que las excepciones propuestas por la impugnante, se estudiarían y decidirían al momento de producirse el fallo correspondiente.

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión en la primera instancia, sólo el apoderado de la impugnante hizo uso de este derecho, como aparece a folios 49 a 53.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el a-quo accedió a la pretensión de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 57 a 59):

Con la certificación del DANE se establece que la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor durante el año de 1.987 fue del 24.02%, equivalente a $12.010.000.oo, los que sumados a los $50.000.000.oo, monto del requisito inicial arroja un total de $ 62.010.000.oo, suma esta que deberá sobrepasar el presupuesto del municipio que aspire a crear su propio funcionario fiscalizador.

En el caso del Municipio de San Onofre, se tiene que el moto total del presupuesto para el efecto indicado, queda reducido a la cifra de $56.525.315.oo, lo que es ostensiblemente inferior a los $62.010.000.oo preseñalados, "por lo que es evidentemente ilegal la inclusión de la Contraloría Departamental (sic) en el Acuerdo 001 de Nov. 13 de 1.987", como así lo concluyó declarando en la parte resolutiva de la sentencia la nulidad impetrada en la demanda.

Respecto de la falta de publicidad del acto acusado, el Tribunal adujo, citando sentencia del 30 de mayo de 1.988 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación, que ella "no es requisito de validez del acto administrativo; es solo condición de oponibilidad a los particulares".

En cuanto a la calidad de empleado público del apoderado de la parte demandante que afirma la impugnadora, sostiene el a-quo que las actuaciones

procesales en que ellos intervengan no las sanciona la ley con nulidad.

Sin embargo, en la parte resolutiva del fallo no consignó la respectiva conclusión sobre las excepciones planteadas.

De los demás medios exceptivos propuestos, la sentencia guarda absoluto silencio.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 62 a 67):

Dice que la deducida liquidación hecha por el Tribunal no es correcta porque no se ajusta a la realidad numérica del Presupuesto, el que habiendo expirado el 31 de diciembre de 1.988, hace inaplicable el fallo, ya que perdió su fuerza ejecutoria al haber transcurrido el tiempo legal de su existencia y haber sido reemplazado por otro acto administrativo que está vigente y es obligatorio.

En otros párrafos de su alegato se circunscribe solamente a reiterar los argumentos expuestos en la primera instancia.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandante nada manifestó respecto de las razones del recurrente. Su actuación se limitó única y exclusivamente a la formulación de la demanda.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En concepto de la Fiscalía, el Consejo de Estado debe revocar la sentencia recurrida y en su lugar disponer de que no es procedente un pronunciamiento de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma que configura por cualquiera de las dos circunstancias siguientes:

1a.- El actor no acompañó a su demanda, como lo exige el artículo 139 del C. C. A. copia hábil del Acuerdo acusado, ya que la fotocopia que presentó el mismo no fue expedida por funcionario competente, sino por el Secretario de la Alcaldía de San Onofre, a cuyo archivo no pertenece el original Acuerdo, contraviniendo la previsión contenida en el artículo 315 de la Ley 4a. de 1.913.

2a.- La fotocopia del Acuerdo no contiene los apartes cuya nulidad pretende la demanda, pues ésta solicita que se declare la nulidad del "Capítulo III Programa 04 del Acuerdo No. 001" y ocurre que en la fotocopia de este acto no aparecen disposiciones que reciben esta denominación.

Si la Corporación, agrega la Fiscalía, estima que sí es procedente un fallo de fondo, tal decisión debe ser contraria a las pretensiones de la demanda , dado que ésta no explica qué significan las expresiones "Impoventas" e "Imporrentas", ni indica cuál es la norma legal que autoriza descontar las participaciones provenientes de "Impoventas" e "Imporrentas". Además, no aclara qué se entiende por "recursos del crédito" o "transferencias que se reciban de la nación y del departamento" y no señala cuál es la norma legal que permite considerar a los impuestos de renta y ventas como parte de los "recursos del crédito" o de las "transferencias que se reciban de la nación y del departamento".

Por estas circunstancias omitivas no es procedente excluir las partidas que pretende la demanda y por lo tanto hay que concluir, afirma, que en este caso el presupuesto que se debe considerar para los efectos previstos por el artículo 305 del Decreto 1333 de 1.986 es superior a la cantidad que esta misma norma señala, incluído el correspondiente reajuste.

Respecto a la actuación del apoderado de la demandante, estima que si bien ella no genera nulidad, sí hay lugar a que se investigue su actuación profesional por posibles faltas disciplinarias, como así lo debe solicitar el Consejo de Estado a la Procuraduría General de la Nación, conforme al reproche que al respecto ha formulado el apoderado de la parte impugnante.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

En orden a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia, la Sal procederá, en primer término, a dilucidar lo referente a las excepciones y nulidad procesal planteadas e por el impugnante-recurrente y por el colaborador Fiscal de esta Corporación.

La inepta demanda.- Contrariamente a lo afirmado por el impugnante, la cuantía para efectos de determinar si el asunto sub exámine es de única o primera instancia, sí está acreditada con la copia autenticada del Acuerdo impugnado, del cual se desprende que el presupuesto anual ordinario de San Onofre, municipio que no es capital de departamento, supera en mucho monto de $50.000.000.oo, como que sobrepasa los $167.000.000.oo, que la norma legal exige para que el Tribunal Administrativo de Sucre conozca en primera instancia, como en efecto conoció, del proceso referido, y esta Corporación lo avoque en segundo grado.

Esta aplicación judicial es la que resulta acorde con las previsiones contenidas en los artículos 129-1, 131-1, y 132-2 del C. C. A. que, modificadas por al artículo 2o. del Decreto 597 de 1.988. el cual empezó a regir el 7 de abril (Diario Oficial No. 38283) del mismo año, es decir, un mes antes de la presentación de la demanda que lo fue , exactamente, el 5 de mayo, son las pertinentes al caso sub lite.

El segundo argumento del impugnante enderezado a obtener una califica-

ción de inepta para la demanda, lo centra en que la fotocopia del acto acusado no es la reproducción del original, afirmación que se desvirtúa ante la evidencia que registra la autenticación visible al folio 21 vuelto del expediente, con el cual remata el documento contentivo del Presupuesto Municipal de San Onofre para la vigencia fiscal de 1.988 que aparece igualmente sellado y rubricado en el resto de sus folios por la Secretaría de la Alcaldía de dicho municipio, en cuyo archivo, sin obstáculo jurídico-legal alguno, bien puede reposar el original del mencionado documento. La circunstancia de que los alcaldes tengan que sancionar los acuerdo municipales permite suponer con mayor convicción que así sea.

El artículo 254 del C. de P. C., vigente al momento de la impugnación de la demanda, y aún a la fecha de sustentación del recurso, contrariamente a lo que alega el apelante, no ha sido violado sino que se ha actuado conforme a su texto que, en lo pertinentes, dice:

> "Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:
>
> "1.- Cuando hayan sido autorizadas por un notario u otro funcionario público en cuya oficina se encuentre el original a copia auténtica. . . .".

Siendo como lo es, el secretario de la alcaldía un funcionario público la fotocopia del acto impugnado autenticada por el de la Alcaldía de San Onofre, resulta completamente regular y válida, sin que se pueda sostener fundadamente que se infringió además el artículo 315 de la Ley 4a. de 1.913, como lo asevera el señor Fiscal de esta Corporación en su vista de fondo.

También como sustento de su solicitud de un pronunciamiento inhibitorio, la Agencia del Ministerio Público, en su concepto, afirma que la fotocopia del acto censurado no contiene lo apartes cuya nulidad pretende la demanda, convirtiendo a ésta en inepta. Sin embargo, basta observar el contenido del folio 12 del expediente para constatar que sí existe la clasificación dispositiva presupuestal cuya nulidad se persigue, dicho sea, el Capítulo III, Programa 04 incluído en el Acuerdo No. 001 del 13 de noviembre de 1.987.

No prospera, entonces la excepción.

La incompetencia.- La basa el recurrente en la circunstancia de no haberse acreditado la publicación del Acuerdo que contiene las disposiciones acusadas, lo que impedía predicar su vigencia, argumento desvirtuado por al a-quo en la sentencia apelada, con cita jurisprudencial de esta Corporación (fallo de 30 de mayo de 1.988, Sección Cuarta), cuya directriz puntualiza que la publicidad de los actos administrativos no es requisito de su validez, sino sólo condición de oponibilidad a los particulares, criterio que no ha sido variado por el Consejo de Estado y, antes bien, ahora lo reitera. Por las mismas razones, la

Sala considera que, en tratándose de una acción de simple nulidad, la falta de publicación del acto no es obstáculo para que la jurisdicción pueda conocer las demandas que lo controviertan.

De otra parte, la circunstancia de que no aparezca acreditada la revisión jurídica del Acuerdo por el Gobernador del Departamento, que prescribe el artículo 117 del C. de R. M., no es, en manera alguna, prueba de que dicho trámite no se haya surtido. Pero si así hubiese sucedido, tal omisión no enerva su vigencia como tampoco pueden generar la incompetencia que el apelante alega para buscar un fallo inhibitorio.

En consecuencia, tampoco por estos aspectos tiene viabilidad la apelación.

Nulidad procesal.- La nulidad de la actuación planteada por el impugnante recurrente, por carencia total de poder, resulta infundada, si se tiene en cuenta que si bien quien otorgó poder para instaurar la acción de nulidad que se desarrolla a través de este proceso, acompañó al respectivo memorial de procuración los documentos que lo acreditan como Contralor Departamental de Sucre , ello no significa que la intención fuera otra distinta a la de hacerlo en nombre propio y no en representación de este organismo fiscalizador, aunque así no lo entendió el a-quo al reconocer en el auto admisorio de la demanda, al doctor Jaime Percy Paternina como apoderado especial de la Contraloría Departamental de Sucre. El contenido del literal del memorial poder habla de que lo otorga para que el apoderado obre en nombre y representación del poderdante, y la circunstancia de que haya acompañado los documentos aludidos no le resta validez a la facultad que la ley le otorga como ciudadano, así esté en ejercicio de un cargo oficial, para incoar la acción publica de nulidad.

Lo anterior es concordante , además, con el hecho de que la Contraloría Departamental no puede ser parte en el proceso por carecer de personalidad jurídica, como lo ha sostenido reiterada jurisprudencia.

No prospera, pues, la nulidad impetrada.

Respecto a la afirmación del impugnante en el sentido de que apoderado de la parte actora es empleado público, la Sala en vista de la petición de la Fiscalía, en el sentido de que dada la posible falta disciplinaria en que haya podido incurrir dicho profesional, debe ordenarse oficiar a la Procuraduría General de la Nación para que se adelante la investigación correspondiente, así lo ordenará.

Defectuosa formulación del petitum.- En cuanto a la formulación defectuosa del petitum que el impugnante reprocha, ella no es de recibo dado que el Capítulo III, Programa 04 del Presupuesto de Gastos, de San Onofre sí comprende los artículos 45 a 48 que dice no se demandaron. El folio 12 del

expediente evidencia el aserto de la Sala.

El fondo del asunto.- Descartada como está por los razonamientos precedentes cualquier posibilidad de pronunciamiento inhibitorio, procede la Sala ahora, en segundo lugar, a examinar la cuestión de fondo para resolver en consecuencia con las deducciones que se obtengan.

La censura se dirige a obtener la nulidad del Capítulo III, Programa 04, del Acuerdo 001 del 13 de noviembre de 1.987 del Concejo Municipal de San Onofre, Departamento de Sucre, que contiene las disposiciones del presupuesto de gastos de este municipio, destinadas a la Contraloría Municipal, con desconocimiento o violación, fundamentalmente, del artículo 305 del Decreto 1333 de 1.986 - Código de Régimen Municipal- que previene que los Concejos Municipales podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración, cuando su presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo), sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, valor que se reajustará anual y acumulativamente es un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

Así que la base presupuestal requerida para la creación de la Contraloría Municipal de San Onofre, al momento de expedirse su presupuesto para la vigencia fiscal de 1.988, se obtiene sumándole a los $50.000.000.oo iniciales señalados en la norma citada, el 24.02% de ese mismo guarismo, que es el porcentaje correspondiente al índice nacional promedio de precios al consumidor -variación acumulada- certificado por el DANE para el año de 1.987, como se evidencia al folio 44 del expediente , prueba solicitada, decretada y aportada legalmente como se desprende de los autos.

Al efectuar esta sencilla operación aritmética, se obtiene que para la creación de la Contraloría Municipal de San Onofre, su presupuesto a la sazón, debía arrojar un total superior a los $62.010.000.oo, descontados obviamente, los valores de los recursos del crédito y las transferencias que reciba para el año fiscal correspondiente y que figuren en el respectivo presupuesto.

Al examinar el Presupuesto de San Onofre, se observa que él arroja un total de $167.076.963.oo, al cual habrá de descontársele, en cumplimiento a la regla legal señalada, $100.347.648.oo que corresponden a la transferencia de la nación al municipio por la participación en el impuesto nacional de valor agregado, o impuesto a las ventas, IVA, y $200.000.oo como ingreso del impuesto nacional de renta, que aparecen al rubro genérico de "INGRESOS NO TRIBUTARIOS" (fls. 8 y 9). Con el mismo criterio, habrá de deducirse al monto total del presupuesto la suma de $33.449.215.oo que por aparecer en el rubro de "INGRESOS TRIBUTARIOS"- 'IMPUESTOS INDIRECTOS" -, no le quita el carácter de

transferencia de la nación, que es su real origen, como se especifica en el artículo 13 (fl.8) donde se ubica presupuestalmente.

Como recursos del crédito figuran $2.000.oo (artículo 31, en el folio 9) que, igualmente, habrán de ser descontados del monto total del presupuesto en consonancia con la exigencia legal, para establecer si la creación de la contraloría Municipal de San Onofre nacía de conformidad con la Ley.

Estos valores a descontar del total presupuestal arrojan un guarismo de $133.998.863.oo, de donde se obtiene una diferencia de $33.078.100.oo valor ostensiblemente inferior al requerido en aquel momento para que el Concejo Municipal de San Onofre hubiese podido legalmente crear su organismo fiscalizador. En consecuencia, si el municipio de San Onofre no estaba habilitado legalmente para crear su propia contraloría, mal podía el Concejo Municipal destinar recursos para ese organismo.

La Sala no comparte las apreciaciones del señor Fiscal de la Corporación en el sentido de que de darse un fallo de mérito, éste debe ser contrario a las pretensiones de la demanda por no haberse explicado en ésta qué se entiende por "Impoventas", "recursos de crédito" o "transferencias que se reciban de la nación y del departamento", por cuanto estos son conceptos insertos en la ley cuya inteligencia ha de presumirse en el juzgador, y no es de necesidad absoluta que el actor los desarrolle en el libelo demandatorio, como tampoco constituye una carga procesal para esté el que tenga que señalar las disposiciones legales que comportan los mencionados conceptos.

Finalmente, si bien es cierto que las disposiciones presupuestales se agotan a la expiración del año fiscal para el cual fueron dictadas, y las concernientes a la nulidad planteada, respecto de los valores y aplicación de éstos, sufren el mismo efecto, ello no obsta para que pueda declararse su ilegalidad, como ya lo ha hecho esta Corporación.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Concejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en desacuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.- Decláranse no probadas las excepciones planteadas por el recurrente y por el señor Agente del Ministerio Público.

Segundo.- CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre de fecha 1o. de febrero de 1.989.

Tercero.- El Tribunal Administrativo de Sucre oficiará a la Procuraduría

General de la nación, con los insertos pertinentes, a efecto de que se adelante la investigación contra el apoderado del demandante, abogado Jaime Percy Paternina, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, Notifíquese, Publíquese y Cúmplase.

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

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA - Régimen aplicable / **JUNTAS ADMINISTRADORAS ZONALES** - Improcedencia/ **CONVALIDACION DEL ACTO** - Improcedencia /**IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY**

Para la época en que se expidió el Acuerdo, las normas del régimen municipal ordinario no se aplicaban al Distrito Especial de Bogotá; se requería una ley especial que fijara las condiciones para la creación, organización y funcionamiento de las Juntas Administradoras Zonales. No se puede considerar que la nueva Ley (L.8/91) haya convalidado el acto acusado pues la competencia, como ya lo ha sostenido esta Corporación, por ser un elemento esencial del acto, impide que tenga operancia retroactiva.

CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo número 8 de 1987 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1426. Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 31 de agosto de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: LUIS ENRIQUE SILVA PEREZ

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA contra la sentencia de la referencia que desestimó las excepciones propuestas y decretó la nulidad del Acuerdo No. 8 de 1987 expedido por el Concejo Distrital de Bogotá, por el cual se establece la Descentralización Administrativa del Distrito Especial de Bogotá, mediante la organización de Juntas Administradoras Zonales, la creación de Fondos de Desarrollo y se dictan otras dispo-

siciones.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION OBJETO DEL RECURSO

El fallador de primer grado desechó las excepciones de inepta Demanda propuestas por el apoderado del Distrito Especial de Bogotá por cuanto no encontró asidero legal en las mismas a saber:

1. Frente a la ineptitud Sustantiva de la Demanda por "Falta de legitimación por vía pasiva", considera el a quo, que al no haber mencionado el actor en la demanda a la parte demandada, no constituye impedimento sustancial para proferir pronunciamiento de fondo, pues el artículo 150 del Decreto 01 de 1984 establece que las Entidades Públicas y privadas que cumplen funciones públicas son parte en todos los procesos contenciosos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan.

2. Ante la excepción de inepta demanda por sustracción de materia, al haber el actor solicitado la nulidad de los artículos 8o., 29 y 30 del Acuerdo No. 8 de 1987, por cuanto éstos fueron modificados por el Acuerdo 16 de 1987, considera el juzgador de primera instancia que tampoco prospera porque para la época en que se presentó la demanda (29 de julio de 1987) no se había expedido el Acuerdo 16 de 1987 que modificó los artículos demandados y además tal modificación no los hizo desaparecer de la vida jurídica por lo que subsisten aún.

3. En lo que respecta a la excepción de inepta demanda por incumplimiento de lo preceptuado en el numeral 4o. del artículo 137 del C. C. A., tampoco prospera, según el a quo, porque al folio 2 de la demanda en el capítulo de Concepto de Violación, se señalaron los artículos de las leyes que se invocan como conculcados.

Manifiesta el juzgador de primera instancia que el Distrito Especial de Bogotá, en cuanto a su organización y régimen aplicable requiere de una ley que haga referencia directa a él, de ahí que los actos administrativos que se dicten en ausencia de la ley que establece los parámetros de su régimen devienen en ilegales por falta de competencia en razón de la materia. Que, por lo demás, el Concejo Distrital de Bogotá, al no estar sujeto al régimen municipal ordinario, no podía tomar, como acto regla otorgante de competencia, una norma que se destina a los municipios ordinarios, por lo que procede el decreto de nulidad.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Manifiesta el inconforme que el Acuerdo No. 8 de 1987 fue expedido por el Concejo de Bogotá en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales y en especial de las contenidas en los Decretos 3133 de 1968 y 1333 de 1986.

Que el Código de Régimen Político y Municipal es enteramente aplicable

al Distrito Especial de Bogotá en todo aquello que no contraríe el Decreto ley 3133 de 1968. Que, por lo demás, las excepciones propuestas están llamadas a prosperar.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

Conceptúa el colaborador Fiscal de la Corporación que la sentencia debe confirmarse porque es claro el mandato constitucional por el cual se autoriza al legislador para organizar el Distrito Especial de Bogotá, pudiendo para ello separarse del régimen constitucional ordinario de los restantes municipios abriéndole camino prácticamente para que lo elevara a la categoría de Departamento, lo cual explica el por qué el Estatuto Legal Orgánico del Distrito Especial de Bogotá, dió al Alcalde de modo expreso y como atribuciones propias, las que corresponden a los Gobernadores y con la excepción de la de objetar las ordenanzas.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

1. En cuanto a las excepciones de inepta demanda propuestas, estima la Sala que asiste razón al juzgador de primera instancia para haber desestimado las mismas, por cuanto en lo que atañe a la "Falta de legitimación en la causa por vía pasiva", si bien es cierto el actor no señaló la parte demandada y su representante legal, como ya lo ha dicho esta Corporación en otras oportunidades, el Juzgador de primer grado puede y debe interpretar la demanda, como en efecto lo hizo, al proceder a su admisión y ordenar la notificación al representante del Distrito Especial de Bogotá, contra quien se entendió fue formulada la demanda, y el hecho de haber omitido tal requisito no puede conducir a un pronunciamiento inhibitorio, ya que ni el debido proceso, ni el derecho de defensa de la parte demandada se ha desconocido o vulnerado.

En relación con la excepción de inepta demanda por sustracción de materia al haberse expedido el Acuerdo No. 16 de 1987, que modificó los artículos 8o., 29 y 30 del acuerdo No. 8 de 1987, también está llamada a despacharse desfavorablemente, ya que como lo anota el a quo, de una parte dicho acuerdo se expidió con posterioridad a la demanda incoada, y de otra parte sólo introdujo modificaciones a dichas normas, mas no las derogó, por lo que efectivamente conservan su vida jurídica con las adiciones que en el citado acuerdo se señalaron.

En lo atinente a la excepción de inepta demanda por "inobservancia de lo preceptuado en el numeral 4o. del artículo 137 del decreto ley 01 de 1984",

observa la Sala, que, efectivamente como lo hace notar el a quo, al folio 2 de la demanda y del cuaderno principal, el actor destina un capítulo a "Disposiciones violadas" y "Concepto de violación" por lo que por este aspecto tampoco asiste razón al impugnante, en razón de lo cual habrá de confirmarse la sentencia en cuanto a la no prosperidad de las excepciones se refiere.

2. En lo que se relaciona con el decreto de nulidad del Acuerdo No. 8 de 1987 por falta de competencia del Concejo Distrital de Bogotá para establecer la descentralización administrativa a través de la organización de Juntas Administradoras zonales y creación de Fondos de Desarrollo, entra la Sala al estudio de las normas que se tuvieron como base para la expedición del acuerdo acusado y de las que se consideran quebrantadas a fin de determinar si hay lugar o no a la prosperidad del cargo.

En el Acuerdo demandado se dice que se dicta con base en las atribuciones conferidas por el decreto 3133 de 1968 y 1333 de 1986.

Observa la Sala que dentro de las normas contenidas en el Decreto 3133 de 1968 que constituyen el Estatuto Orgánico del Distrito Especial de Bogotá, no se encuentra la facultad para establecer la Descentralización Administrativa mediante la organización de Juntas Administrativas Zonales y Creación de Fondos de Desarrollo.

De otra parte el decreto 1333 de 1986 que reglamentó la ley 11 de 1986, contiene el C. de R. P. y M. y en concordancia con lo previsto en el artículo 199 de la Carta Fundamental, para la época en que se expidió el Acuerdo, las normas del régimen municipal ordinario no se aplicaban al Distrito Especial de Bogotá. Así lo prevé el artículo 199 ibidem cuando dice:

> "La Ciudad de Bogotá, capital de la República, será organizada como Distrito Especial **SIN SUJECION AL REGIMEN MUNICIPAL ORDINARIO** (se resalta) dentro de las condiciones que fije la ley. . . . . ."

Comparte pues esta Corporación el criterio del a-quo, en el sentido de que en el momento de proferir el acto acusado se requería de una ley para el Distrito Especial de Bogotá, que fijara las condiciones para la creación, organización y funcionamiento de las Juntas administradoras zonales.

La ley 8 de 1991, en su artículo 1o. preceptúa:

> "De conformidad con el artículo 199 de la Constitución Política, Bogotá es Distrito Especial.
>
> "Con (sic) lo no previsto para Bogotá en su régimen administrativo especial, se le aplicarán las disposiciones legales comunes a todos los municipios, que

sean compatibles con aquel régimen".

Estima la Sala que ante esta circunstancia, no se puede considerar que la nueva ley haya convalidado el acto acusado pues la competencia, como ya lo ha sostenido esta Corporación, por ser un elemento esencial del acto, impide que tenga operancia retroactiva. Se está, pues, en presencia de un acto radicalmente nulo o insaneable.

Hoy por hoy, el Concejo Distrital de Bogotá no tiene obstáculo alguno para que a través de un Acuerdo pueda regular lo relativo a la descentralización administrativa mediante Juntas Administradoras zonales y creación de fondos de desarrollo. Pero para el momento en que el Acuerdo acusado fue expedido, no le eran aplicables al Distrito Especial de Bogotá las normas del Código de Régimen Político y Municipal, por lo que habrá de confirmarse la sentencia objeto de recurso.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

1o. CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con fecha 31 de agosto de 1989, dentro del juicio de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LITIS CONSORCIO FACULTATIVO / DEMANDA - Adición / **CADUCIDAD**

No debe aceptarse la adición de la demanda que busca introducir litis consortes facultativos porque lo que éstos hubieran debido hacer era demandar por separado y acumular, si es del caso, por economía procesal, para servirse de las mismas pruebas, mas no para aprovecharse de la interrupción de la caducidad de la acción que sólo beneficia al primer actor.

SUBSIDIO DE TRANSPORTE - Requisitos / **TARJETA DE OPERACION**

La inexactitud en el registro de vehículos o en las cuentas de cobro por concepto de subsidio se sancionarán con pérdida del derecho al subsidio. En el sub lite se constató la no vigencia de la Tarjeta de Operación de los vehículos por lo que no se hacen acreedores al pago del subsidio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1404. Consulta de la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actor EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO LTDA.

Se decide la consulta de la sentencia de la referencia, proferida dentro de la acción de restablecimiento del derecho incoada por la EMPRESA DE TRANSPORTE CREMA Y ROJO LTDA., ESTEBAN PINZON Y ELENA ACUÑA DE PINZON, contra el oficio No. 0109 de fecha enero 11 de 1985 emanado de la Corporación Financiera del Transporte, Agencia en Cali, y la Resolución No. 085

de marzo 4 de 1986 expedida por la Corporación Financiera del Transporte S. A.

Disponen los actos acusados:

OFICIO 0109 de enero 11 de 1985:

"En atención a su solicitud de Noviembre 23 de 1984, obrando en su condición de Apoderado de la Empresa de Transportes Crema y Rojo Ltda., me permito expresarle lo siguiente:

"De conformidad a los requisitos exigidos por la Entidad para efectuar el CENSO de un vehículo se requirió en primer lugar que esté en condiciones mecánicas de operar y en segundo que presente tarjetas de propiedad y operación vigentes, por lo tanto fueron censados en cumplimiento de los requisitos en mención los siguientes vehículos adscritos al Programa de Subsidio de Transporte Público Colectivo Urbano:

	PLACAS	CENSO
	VA-0122	12967
	VA-0258	12957
	VA-0506	12960
	VA-0742	12953
	VA-5453	12958
	VA-6601	12964
	VJ-0182	12961
	VJ-1207	12971
	VJ-1647	12979
	VJ-1784	12969
	VJ-1874	12970
-*	VJ-2468	12965
	WA-0472	12968
	WA-0626	12962
	WA-1534	12966
	WA-1549	12954
	WA-1727	12972
	VA-0445	12977
	VA-0607	12997
	VA-6589	12976
*	VA-7923	12974
*	VJ-1547	12934
*	VA-0587	
*	VJ-1502	12998

-* Retirado del programa de subsidio según Decreto 3615/83

* Pertenecen a la Empresa Cooperativa Transportes del Valle.

"Los vehículos no presentados a censo los día 9 y 10 de septiembre de 1983, fecha fijada para la Empresa Crema y Rojo Ltda., como se le notificó oportunamente en reunión celebrada en agosto 9 de 1983, perderían el derecho al subsidio durante el tiempo que no se presenten a la revisión y que los días relacionados como trabajados en cuenta de cobro comprendidos entre el día siguiente al del último día del censo asignado a la Empresa y la fecha en que el vehículo cumpla con este requisito, serán descontados directamente de la cuenta de cobro del período que corresponde. Quedando oficializado lo anterior por resolución No. 005 de enero 13-84 y por Resolución No. 026 de febrero 24/84, pendiente de resolverse por esta Entidad el recurso de apelación ante la Gerencia de la Corporación Financiera del Transporte.

"Detallo a continuación los vehículos RETIRADOS del programa de subsidio de acuerdo a lo informado por el señor ESTEBAN PINZON gerente de la Empresa Crema y Rojo en nuestro AGC-01544 de Agosto 17-83.

PLACAS No.	PROVISIONAL DE T. DE O. VENCIMIENTO
SY-0243	17 de octubre de 1981
VA-0174	15 de diciembre de 1982
VA-0624	15 de diciembre de 1982
VA-1100	24 de enero de 1981
VA-3892	17 de octubre de 1981
VA-4137	13 de noviembre de 1983
VA-4166	15 de diciembre de 1982
VJ-0759	15 de febrero de 1984
VJ-0846	15 de diciembre de 1982
VJ-1216	15 de diciembre de 1982
WA-0464	17 de octubre de 1981
*OA-2517	05 de agosto de 1983
*VA-3793	18 de enero de 1981
*VA-4871	18 de enero de 1981
*VJ-0988	19 de enero de 1984
*VA-6447	18 de enero de 1981

*Retirados de la 02-01-01

"Los vehículos relacionados anteriormente a pesar de haberse realizado la Inspección Ocular, no se hacen acreedores al pago del subsidio por cuanto no tienen tarjeta de operación vigente, requisito éste exigido en los Decretos 588/78, artículo 8o. y Decreto 1824/75 Artículo 9o., por lo tanto es lógico concluir que si un vehículo no cumple con los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional para poder desarrollar su actividad, mal puede la Corporación pagarle el Subsidio pues estaría contribuyendo a que se violen

las normas establecidas.

"En consecuencia los vehículos relacionados en el numeral 4o. de su petición no tienen derecho al Subsidio al transporte sino a partir de la Inspección Ocular del vehículo presentado, los documentos respectivos vigentes".

RESOLUCION No. 085 de MARZO 4 DE 1986

"ARTICULO PRIMERO. No revocar el oficio AGC 0109 de 11 de enero de 1985, emanado de la Agencia en la Ciudad de Cali de la Corporación Financiera del Transporte, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia".

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

Considera el a quo en cuanto a la excepción de caducidad, que ésta no prospera por cuanto los actos acusados son el oficio AGC-No. 109 de enero 11 de 1985 y Resolución No. 085 de 4 de marzo de 1986, y para la fecha en que se presentó la demanda (junio 27 de 1986) no había transcurrido el término de cuatro meses. Que, por lo demás, si los actos referidos no eran en verdad los que debían acusarse sino otros, esto es un problema de fondo que no puede ser resuelto bajo las reglas de la caducidad.

Que la ley no faculta a la Corporación Financiera del Transporte para imponer sanciones por el incumplimiento de renovar las Tarjetas de Operación, pues esto es del resorte de las oficinas del Intra, por lo que se procede a decretar la nulidad de los actos acusados.

II. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Conceptúa el Agente del Ministerio Público que la sentencia objeto de esta consulta debe confirmarse, pues de acuerdo con lo establecido en el Decreto 588 de 1978, artículo 6o., el subsidio se pagará a los buses y busetas que presten el servicio de transporte público colectivo urbano de manera regular y exclusiva sin hacer más exigencias, lo que quiere decir que el no poseer tarjeta de operación vigente compete sancionar sólo a las Oficinas de Tránsito.

III. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

1. El apoderado del actor solicitó a la Corporación Financiera del Trans-

porte Agencia de Cali, el pago del subsidio del transporte para los siguientes vehículos que relacionó en el punto 4o. de su memorial visible a los folios 187 y 189 del cuaderno No. 1:

- VA-1115
- VA-1100
- VA- 0624
- VA- 4166
- VA- 0174
- VA- 3892
- VA- 4137
- VJ- 0759
- VJ- 0846
- VJ- 1216
- VJ- 0464

2. Ante esta reclamación, la Corporación Financiera del Transporte, Agencia de Cali, mediante oficio AGC 0109 de enero 11 de 1985 (fl. 76) manifestó:

"Los vehículos relacionados anteriormente a pesar de haberse realizado la Inspección Ocular, no se hacen acreedores al pago de Subsidio por cuanto no tienen tarjeta de operación vigente, requisito éste exigido en los Decretos 588/78 artículo 8o. y Decreto 1824/75 Artículo 9o., por lo tanto es lógico concluir que si un vehículo no cumple con los requisitos exigidos por el Gobierno Nacional para poder desarrollar su actividad, mal puede la Corporación pagarle el Subsidio, pues estaría contribuyendo a que se violen las normas establecidas.

"En consecuencia **los vehículos relacionados en el numeral 4o. de su petición** (se subraya fuera del texto) no tienen derecho al Subsidio al transporte sino a partir de la inspección ocular del vehículo presentando, los documentos respectivos vigentes".

3. Los vehículos relacionados anteriormente son pues, los que constituyen el motivo de inconformidad por el no pago del subsidio, tal como aparece al folio 91 (hoja No. 7 de la demanda).

4. El artículo 4o. del decreto 588 de 1978, reformado por el Decreto 490 de 1983, artículo 1o. establece:

"Para la inscripción de un vehículo en el programa de Subsidio, será necesario presentar a la Corporación Financiera del Transporte los siguientes documentos:

a) Certificado expedido por el Departamento Administrativo de Tránsito y Transporte de la ciudad de Bogotá, para los vehículos que presten el servicio

en el Distrito Especial, o por las Direcciones o Inspecciones Departamentales o municipales correspondientes, para los vehículos que presten el servicio en el resto del país. Este certificado deberá contener:

1. Nombre del propietario.
2. Marca y modelo del vehículo
3. Número del motor y/o chasís
4. Número de la placa
5. Clase de vehículo
6. Ciudad donde presta el servicio
7. Empresa a la cual está afiliado.

b) fotocopia auténtica de la tarjeta de operación vigente.

c) Solicitud de inscripción.

"PARAGRAFO:

En concordancia con el decreto 1824/75 Artículo 9o. (Vigente) "Se tendrá derecho al pago del subsidio desde la fecha en que se cumplan los requisitos exigidos en el artículo anterior".

Está pues establecido que para el pago del subsidio se requiere, de conformidad con lo anterior, el lleno de determinados requisitos dentro de los cuales está la Tarjeta de Operación Vigente.

5. El artículo 1o. del Acuerdo 019 de 1983 emanado de la Junta Directiva del Instituto Nacional del Transporte (fl. 44) señala que la Tarjeta de Operación es el Documento que acredita a los vehículos automotores para prestar el servicio público de transporte.

En su artículo segundo determina que dicho documento será expedido por el Instituto Nacional del Transporte.

6. El artículo 14 del Decreto 588 de 1978 prescribe:

"La corporación Financiera del Transporte podrá hacer Inspecciones Oculares a los vehículos con el fin de verificar la vigencia de los datos certificados por las autoridades de Tránsito".

7. La inexactitud en el registro de vehículos o en las cuentas de cobro por concepto de subsidio se sancionarán con pérdida del derecho al subsidio, tal como lo prevé el artículo 15 del Decreto 588 de 1978.

En el caso que nos ocupa, la Corporación Financiera del Transporte Agencia de Cali, constató a través de la diligencia de Inspección Ocular, para la

cual estaba facultada, que los vehículos a que se refiere el actor en la demanda (fl. 91) no tenían Tarjeta de Operación Vigente, por lo que no se hacen acreedores al pago del subsidio, requisito éste sine qua non señalado en el artículo 8o. del decreto 588 de 1978 en concordancia con el artículo 9o. del decreto 1824 de 1975.

Observa la Sala que la motivación que tuvo la Corporación Financiera en el oficio AGC 0109 de enero 11 de 1985, encuentra pleno respaldo probatorio en el oficio S.O.446 de las autoridades de tránsito del Valle (fl. 199 a 203), en donde se constata que para la época de la reclamación, los vehículos cuyo subsidio se reclama, no tenían la Tarjeta de Operación vigente. Esto constituye pues una "inexactitud en el registro de vehículos", que, como ya se vió, conlleva la pérdida del derecho al subsidio.

Por todo lo anterior, habrá de revocarse la sentencia en cuanto a la nulidad de los actos acusados fundada en la falta de competencia de la Corporación Financiera para exigir el requisito de Tarjeta de Operación Vigente.

8. Otra es la situación para los demandantes ESTEBAN PINZON y ELENA ACUÑA DE PINZON, quienes se hicieron parte en este proceso el 13 de febrero de 1987 (fl. 11), a través de la "Adición o corrección de la demanda" que el apoderado presentó para incluir a sus poderdantes como parte actora.

Ya para estos demandantes, la acción de restablecimiento del derecho se hallaba caducada, puesto que había transcurrido más de siete (7) meses de expirado el término señalado en la ley para la viabilidad de la acción.

La adición o corrección de la demanda, no tuvo otra razón de ser que la reclamación por parte de los nuevos actores, del pago del subsidio para los vehículos de su propiedad, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6o. del decreto 588 de 1978, este pago se hace a los **propietarios** (se subraya) de los vehículos únicamente y, como se observa a los folios 50 a 71, el actor inicial, sólo es propietario de dos de los vehículos por los cuales reclama. Sin embargo el a quo no ha debido admitir la "adición o corrección", pues como lo señala el tratadista Jairo Parra Quijano en su obra "Los Terceros en el Proceso Civil" no debe aceptarse la adición de la demanda que busca introducir litisconsortes facultativos, porque lo que éstos hubieran debido hacer era demandar por separado y acumular, si es del caso, por economía procesal, para servirse de las mismas pruebas, mas no para aprovecharse de la interrupción de la caducidad de la acción que sólo beneficia al primer actor.

Señala el artículo 50 del C. de P. C.

"Salvo disposición en contrario, los litisconsortes facultativos serán considerados en su relación con la contraparte, como litigantes separados. Los actos de cada uno de ellos no redundarán en provecho ni en perjuicio de los

otros sin que por ello no afecte la nulidad del proceso".

Al respecto señaló la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en providencia de marzo 3 de 1989, Magistrado Ponente Dr. José Alejandro Bonivento Fernández:

"En el supuesto particular del litisconsorcio facultativo, lo cierto es que encontrando su origen en la simple voluntad de las partes, y en tanto cada litigante goza de legitimación sustancial para obrar propia y auténticamente, la sustanciación, a través de una actuación única no significa que el proceso también sea único ni idéntica la relación jurídica controvertida, sino que, en verdad, existen tantos procesos como litisconsortes ya que entre éstos no se puede decir que se dé un estado de comunidad procesal que provenga de la relación material, así como tampoco es forzoso que se pronuncie un fallo igual para todos de manera que sus actos son independientes en sus efectos de los llevados a cabo por los restantes, no redundan ni en perjuicio ni en provecho y de esta regla se exceptúan tan sólo, en aras del principio de la nulidad del procedimiento que proclama el artículo 50 del Código de Procedimiento Civil, los relativos al impulso procesal en estricto sentido y a evacuar diligencias de prueba atinentes a hechos que pudieran llamarse 'comunes'".

Con base en los anteriores argumentos, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVOCASE la sentencia objeto de la Consulta y en su lugar se dispone:

Primero: NIEGANSE las pretensiones formuladas por la actora Empresa de Transporte Crema y Rojo Ltda.

Segundo: INHIBESE de hacer un pronunciamiento de fondo, por caducidad de la acción respecto de las súplicas de la demanda incoada por ESTEBAN PINZON Y ELENA ACUÑA DE PINZON.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ASAMBLEA CONSTITUCIONAL / REGLAMENTO INTERNO / TERMINACION DEL PROCESO

Hasta el 7 de junio estuvo vigente el Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente con el carácter de acto administrativo que le reconoció la sección, pues a partir de esa fecha comenzó a regir el reglamento con la nueva naturaleza constitucional que le fue otorgada por la misma Asamblea mediante Acto Constituyente que, igualmente, sustrajo del control jurisdiccional sus actos. Y como las normas sobre jurisdicción son de aplicación inmediata aun respecto de procesos en curso, esta Sala deberá reconocer la terminación del proceso, por pérdida de jurisdicción, y declararse inhibida para pronunciarse sobre los recursos interpuestos y sobre la petición de nulidad planteada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1709. Actor: Luis Eduardo Mesa Nieves.

Los ciudadanos Jorge y Víctor Guerrero, Mario Alario Méndez, Luis Leguizamón Cepeda y Carlos Britò Parejo han acudido ante esta Corporación, en calidad de impugnantes, para interponer recurso de reposición, los primeros mencionados, y extraordinario de súplica, los dos últimos, contra el auto de 30 de abril de 1991, mediante el cual se admitió la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad instauró el ciudadano Luis Eduardo Mesa Nieves, y se decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 63 del Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente (Asamblea Constitucional).

LOS RECURSOS INTERPUESTOS Y SUS FUNDAMENTOS

En orden a hacer claridad sobre lo que cada ciudadano pretende con los recursos interpuestos y sobre las razones en que se fundamentan, la Sala procede a presentarlos, en forma resumida, así:

JORGE Y VICTOR GUERRERO.- Recurso de reposición ". . . .contra el auto admisorio de la demanda y contra el decreto de suspensión provisional. . . . . ", basados en lo siguiente (fls. 258 a 264):

El ordenamiento jurídico vigentes antes de la promulgación del Decreto Legislativo No. 1926 de 1990 estatuía, de conformidad con el artículo 218 de la Constitución Política, que la reforma a la correspondía al Congreso mediante el procedimiento de dos legislaturas ordinarias. Ello era indiscutible y así se sostuvo en el salvamento de voto de la sentencia que declaró la exequibilidad del mencionado Decreto.

En el Decreto Legislativo No. 1926 de 1990 se planeó la creación insurreccional de un nuevo orden político y por el sistema del sufragio universal se eligió una auténtica Asamblea Constituyente.

Los actos que en desarrollo del mandato ciudadano expida la Asamblea Nacional Constituyente, de carácter transitorio y excepcional, mal pueden ser cotejados con la Constitución que por conducto suyo el poder constituyente ha determinado reformar.

Los actos que expida la Asamblea Nacional Constituyente son controlables en la medida que transgredan el mandato conferido, es decir, en cuanto no efectúen o contribuyan a efectuar la reforma constitucional exigida.

Los Constituyentes adquirieron una independencia, autonomía y soberanía totales y el Reglamento que dictaron es un acto de naturaleza supraconstitucional, que como tal no tiene jerarquía ni de ley ni de decreto.

El Reglamento fue expedido en ejercicio de un mandato político y sin sujeción a ninguna normatividad constitucional preexistente.

La competencia "implícita" que se predica en el auto impugnado, para de esa manera controlar las determinaciones de la Asamblea Nacional Constituyente, no tiene explicación, pues es sabido que la competencia debe ser expresamente conferida con la Constitución o por la ley.

Mediante el auto acusado se consideró a la Asamblea Nacional Constituyente como una entidad pública del orden nacional y se asimiló la naturaleza del reglamento a acto administrativo, lo cual no es cierto, pues la Asamblea es un

cuerpo político originado en el sufragio directo de los ciudadanos y, además, las entidades públicas son de creación constitucional o legal.

MARIO ALARIO MENDEZ.- Recurso de Reposición ".....contra el auto de 30 de abril de 1991, ordinal 2o. de la parte resolutiva, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos de la disposición impugnada", con base en lo siguiente (fls. 265 a 273):

El Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente no es acto administrativo conforme a ninguno de los criterios mediante los cuales se pretende identificarlo.

El Reglamento no fue expedido por un órgano administrativo sino por un órgano constituyente, de naturaleza excepcional y tiene carácter general, lo que materialmente lo acerca más a la ley que el acto administrativo.

Objetivamente el Reglamento no puede considerarse como acto administrativo, porque no fue dictado en cumplimiento de funciones administrativas, sino constitucionales, de la Asamblea Nacional Constituyente. Además, éste no se encuentra jerárquicamente subordinado al Decreto Legislativo No. 1926 de 1990, teniendo en cuenta que la potestad de dicho cuerpo para darse su propio reglamento se deriva de la voluntad del Constituyente primario que, al otorgarle competencia para reformar la Constitución, se la otorgó, igualmente, para todo aquello que llevara a ese objetivo.

Al declarar inexequible la H. Corte Suprema de Justicia el artículo 2o. del Decreto Legislativo No. 1926 de 1990 en cuanto a que la Asamblea Nacional Constituyente estaría regulada y limitada en su competencia por lo establecido en el Acuerdo Político, implica que el Acuerdo Político incorporado al citado Decreto desapareció como norma reguladora de la Asamblea Nacional Constituyente y que, en consecuencia, el Reglamento no violó ninguna norma superior.

Las disposiciones que atribuyen competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 128, numerales 1 y 16 del C. C. A.) no indican que el Reglamento sea acto administrativo; por el contrario, tal competencia derivaría de la determinación previa, con arreglo a criterios distintos, de que se trata de un acto administrativo.

De lo anterior se colige que la alegada violación no es manifiesta, sino que primeramente debe determinarse la naturaleza del acto que se impugna.

LUIS LEGUIZAMON CEPEDA.- Recurso extraordinario de súplica ".. .. con arreglo a lo dispuesto por el art. 21 del Decreto 2304 de 1989, que modificó el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo.....", fundamentado en que el auto impugnado es contrario a la jurisprudencia contenida en la sentencia

de octubre 22 de 1971, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, de la que fue Ponente el Consejero doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, Expediente No. 1506, actor: Manuel Gaona Cruz y de la contenida en el auto proferido por la misma Sección el 2 de febrero de 1985, con ponencia del doctor Samuel Buitrago Hurtado, Expediente No. 4888, actor: Ernesto Collazos Serrano (fls. 274 a 279).

CARLOS BRITO PAREJO.- En escrito dirigido a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, interpone recurso extraordinario de súplica y expresa que antes de sustentarlo formula incidente de nulidad de todo lo actuado, por carecer de jurisdicción la justicia contencioso administrativa para conocer de la demanda de nulidad propuesta, por ser el Reglamento de la Asamblea Constitucional un **"acto formal y material constituyente o legislativo, acto simple"** (sic).

En apoyo de su petición de nulidad de lo actuado en el proceso, transcribe apartes de la sentencia de octubre 22 de 1971, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, Consejero Ponente: Doctor Lucrecio Jaramillo Vélez, Expediente No. 1506, actor: Manuel Gaona Cruz (fls. 280 a 288).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- En relación con los recursos de reposición

En la providencia cuya reposición se solicita, se expresó que si bien la Asamblea Constitucional tiene como objetivo adoptar reformas a la Carta Constitucional, con poderes limitados por las normas contenidas en el Decreto 1926 de 1990, no lo es menos que los actos que emita en la etapa previa al ejercicio del poder constituyente que ostenta, están sometidos indefectiblemente al control jurisdiccional, habida cuenta que ellos no reflejan ni son la consecuencia del poder otorgado por el Constituyente primario, no obstante que ellos estén encaminados a lograr dicho fin.

Si la conformación de la Asamblea Constitucional tuvo por fuente inmediata la decisión del Constituyente primario, esta decisión tuvo, igualmente su origen mediato en los ordenamientos del Decreto 1926 de 1990, en cuanto no fueron declarados inexequibles por la H. Corte Suprema de Justicia, por lo cual éste constituye el instrumento jurídico que le dió viabilidad a dicha Asamblea. Lo anterior lleva a concluir que encontrándose como se encuentra consagrado así en dicho texto legal, las decisiones de la Asamblea Constitucional se deben adoptar mediante el régimen de mayorías que se determina en el numeral 13 de los lineamientos para su convocación, integración y organización, del acuerdo político, el cual esta subsumido en la parte resolutiva del Decreto 1926 de 1990. En consecuencia, si bien el reglamento se encuentra conforme con la competencia de que dispone la Asamblea Constitucional, la legalidad interna de su artículo 63 se desvaneció prima facie como consecuencia de su inconformidad con las

disposiciones de fondo contenidas tanto en el mencionado numeral 13, como en el inciso segundo del artículo 83 y en el último inciso del parágrafo del numeral primero del artículo 120 de la Constitución Política. Esta interpretación se impone con mayor fuerza si se estima que las disposiciones constitucionales y legales invocadas por el actor en apoyo de su demanda continúan vigentes y por tal motivo siguen siendo el marco dentro del cual habrá de actuarse hasta tanto no sean derogadas o reemplazadas por un nuevo ordenamiento.

A este respecto vale la pena aclarar que si bien la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 9 de octubre de 1990 (Expediente No. 2214) declaró inconstitucional la parte del artículo 2o., inciso 2o. del Decreto 1926 de 1990, que dice: ".....la cual estará regulada por lo establecido en el acuerdo político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo", así como una parte similar del inciso 3o. del mismo artículo, es evidente que dicha declaratoria de inconstitucionalidad está relacionada exclusivamente con la competencia material de la Asamblea, es decir, lo referente al temario contenido en el acuerdo político, como se desprende claramente, entre otros, del punto 8. de la parte motiva de la sentencia de la Corte y del punto 1.5. de la parte resolutiva de la misma.

Tan ello es así que en el mismo punto 8. de la citada sentencia la Corte expresa lo siguiente: "Conviene añadir que, desde luego, no todas las cláusulas de los acuerdos políticos limitan indebidamente al constituyente primario, sino que por el contrario, tienden a asegurar la independencia y dedicación que los miembros de la Asamblea Constitucional deben tener para el éxito de ésta, como el régimen de inhabilidades presentes y futuras, consagradas en los puntos 9 y 12".

Y para no dejar dudas, la Corte afirma lo siguiente en el punto 11. de la parte motiva de la sentencia: "La Corte, por esto, ha señalado concretamente las partes estimadas como inconstitucionales, **entendiéndose entonces que las no excluídas en esta específica forma, hállanse donde se hallen, tómense como parte considerativa o no, mantienen su vigencia e imperio y deben atacarse como normativas**" (Subrayado de la Sala).

De tal manera que no es cierto como se pretende por uno de los recurrentes y se ha afirmado por algunos sectores de opinión, que el Decreto 1926 de 1990 haya desaparecido en su totalidad como norma reguladora de la Asamblea Constitucional.

De otra parte, las razones expuestas por la Sala para que, analizada la naturaleza jurídica del acto demandado, concluyera que constituye un verdadero acto administrativo, en momento alguno implica, como pretenden insinuar los recurrentes, que se haya echado mano de una técnica empírica para deducir la

competencia de esta Corporación, sino que, por el contrario, a tal conclusión se llegó luego de la consideración sistemática y armónica de los diferentes criterios que permiten su definición como tal. Además, la decisión adoptada en el auto de 30 de abril de 1991, obedeció a un serio análisis resultante de los fundamentos jurídicos expuestos por la parte actora y no puede considerarse que tal decisión constituya una intromisión del Consejo de Estado en asuntos que carecían de control jurisdiccional, pues tanto la naturaleza del acto enjuiciado como las reglas de jurisdicción y competencia establecidas en los artículos 82 y 128 numerales 1 y 16 del C. C. A., reservan a esta Corporación el conocimiento de la demanda formulada.

Las consideraciones anteriores y la circunstancia de que los demás argumentos de los recurrentes no modifican el convencimiento de la Sala que la llevó a admitir la demanda y a decretar la suspensión provisional del acto acusado, la llevarían igualmente a confirmar la providencia recurrida si no fuera por lo que se expresará en el punto 3. al final de esta providencia.

2. En relación con los recursos extraordinarios de súplica.

Si bien a la Sección Primera correspondería conceder los recursos de súplica por ser la Sección de origen de la providencia recurrida, de acuerdo con lo decidido por la Sala Plena de la Corporación, en cuanto ellos reunan los requisitos formales y a pesar de que simplemente se indican como contrariadas jurisprudencias de la misma Sección Primera y no de la Sala Plena o de la antigua Sala de Negocios Generales, no será posible concederlos en virtud de lo que se expresará en el punto siguiente, así como tampoco será posible un pronunciamiento sobre la solicitud de nulidad planteada.

3.- La jurisdicción actual del Consejo de Estado frente al presente proceso.

No obstante las consideraciones hechas en los puntos anteriores, la Sala advierte que la Asamblea Constitucional o Asamblea Nacional Constituyente, frente a la situación planteada por la providencia del 30 de abril de 1991 de esta Sección y que ha sido objeto de los recursos mencionados, expidió el 9 de mayo el Acto Constituyente No. 1 de 1991, publicado el 7 de junio del mismo año (Gaceta Constitucional No. 92), fecha a partir de la cual ha entrado a regir de acuerdo con su artículo 3o.

Según lo expresado por el artículo 1o. del mencionado Acto Constituyente "tienen carácter constitucional las disposiciones contenidas en el Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente, así como sus modificaciones y adiciones".

Esta norma permitiría considerar que hasta el 7 de junio estuvo vigente el Reglamento de la Asamblea Nacional Constituyente con el carácter de acto

administrativo que le reconoció esta Sección en su providencia de 30 de abril del presente año, pues a partir de esa fecha comenzó a regir el Reglamento con la nueva naturaleza constitucional que le fue otorgada por la misma Asamblea.

Lo anterior implicaría que el presente proceso debería continuar su trámite a fin de resolver los recursos interpuestos y llegar a una sentencia definitiva y de fondo que se pronunciara sobre la petición de la demanda, teniendo en cuenta que estaría de por medio el análisis sobre la legalidad de un acto respecto del régimen jurídico vigente al momento de su expedición, así dicho acto haya perdido vigencia, ya que la jurisprudencia actual de la Corporación ha desechado la figura de la sustracción de materia como justificante de pronunciamiento inhibitorio.

No obstante lo anterior, el artículo 2o. del citado Acto Constituyente No. 1 de 1991 agrega que "los actos que sancione y promulgue la Asamblea Nacional Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno", de lo cual se desprende que el citado órgano constituyente ha quitado a los órganos jurisdiccionales del Estado, encargados tradicionalmente dentro de nuestro Estado de derecho del control jurídico de los actos de las diferentes autoridades y organismos públicos, ese poder de control respecto de los actos de la misma Asamblea.

Y como según la jurisprudencia de la misma Corporación, las normas sobre jurisdicción son de aplicación inmediata aún respecto de procesos en curso, esta Sala deberá reconocer la terminación del proceso, por pérdida de jurisdicción, y declararse inhibida para pronunciarse sobre los recursos interpuestos y sobre la petición de nulidad planteada (Véase auto de la Sección Primera del 27 de octubre de 1989, Proceso No. 1203, Consejero Ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, ratificado por autos de esa misma Sección, de fechas 9 de marzo de 1990, expediente No. 1222 y de 22 de mayo de 1990, expediente No. 1134).

En cuanto al auto de suspensión provisional, por no haber quedado ejecutoriado, no surte sus efectos legales.

En razón de las consideraciones anteriores, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

Primero.- Reconocer el hecho de la terminación del proceso, por pérdida de jurisdicción, a partir del 7 de junio de 1991.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, declárase inhibida para pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra la providencia del 30 de abril de 1991 y sobre la nulidad planteada.

Tercero.- En firme esta providencia, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 20 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EJERCICIO DE PROFESIONES / ELECTRICISTA / CONGRESO - Facultades.

> **Por medio de los actos acusados, al disponerse la necesaria e indispensable inscripción, en un registro que se dispone llevar en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de los Ingenieros, Electricistas, Técnicos e Instaladores Electricistas, se está quebrantando el artículo 39 de la Carta, en cuanto éste radica es competencia concretamente en el Congreso de la República y en manera alguna en autoridades administrativas. Una cosa es la facultad de las autoridades administrativas para inspeccionar las profesiones u oficios, que no puede llegar hasta el extremo de impedir el diseño y construcción de redes e instalaciones eléctricas por ingenieros, o técnicos matriculados o autorizados, pero no inscritos en un registro y otra cosa el establecimiento de ese requisito de la inscripción para ejecutar los trabajos indicados que debe estar previsto, de manera expresa, en la ley que reglamenta la profesión y el oficio.**

CONFIRMA LA NULIDAD de los artículos 74 a 80 del Reglamento de Servicios expedido por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en 1.986, y la NULIDAD de los artículos 81, 82 y 83 del mismo reglamento en las siguientes partes : artículo 81: "Inscritos ante la Empresa"; artículo 82: "debidamente inscritos en la Empresa": artículo 83: "por personal inscrito ante la Empresa".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. ventiuno (21) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1415. Recurso de apelación contra la sentencia de

fecha 31 de agosto de 1.989, proferida, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor; CARLOS EDUARDO BEJARANO MONTES.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA DE ENERGIA ELECTRICA DE BOGOTA contra la sentencia de la referencia, por la cual se declaró la nulidad de los artículos 74 a 80 del Reglamento de Servicios expedido por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en 1.986, y la nulidad de los artículos 81, 82 y 83 del mismo reglamento, en las siguientes partes:

Artículo 81: "Inscritos ante la Empresa".

Artículo 82: "Debidamente inscritos en la Empresa".

Artículo 83: "Por personal inscrito ante la Empresa".

Prescriben los artículos demandados:

ARTICULO 74.

"CLASIFICACION E INSCRIPCION ANTE LA EMPRESA.

"A partir de la vigencia del presente reglamento todas las instalaciones eléctricas que han de ser servidas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, deberán diseñarse y ejecutarse por personal debidamente calificado e inscrito ante la Empresa de acuerdo con lo establecido a este reglamento. Se exceptúan las instalaciones de inmuebles construídas en urbanizaciones de origen clandestino que son objeto de programas de legalización de servicios.

"PARAGRAFO 1:

"En el momento de la inscripción el interesado deberá adquirir el reglamento de servicios y la suscripción que le dará derecho a recibir todas las modificaciones y actualizaciones que se le hagan.

"PARAGRAFO 2:

"La empresa expedirá a cada inscrito su respectivo carné, en el cual aparecerá su clasificación y le servirá para acreditar su inscripción ante la Empresa y ante los clientes".

"ARTICULO 75.

"Constancia escrita de Ejecución de Obras.

"La Empresa únicamente conectará a su red las instalaciones de las cuales

haya constancia escrita y según la cual su ejecución estuvo a cargo del personal registrado ante la Empresa de acuerdo con la clave de obra y teniendo en cuanta lo señalado en el artículo 83 del presente reglamento.

"PARAGRAFO.

"Responsabilidad del personal inscrito.

"El personal inscrito será responsable ante la Empresa y los usuarios de que la obra se ejecute de acuerdo con las normas de la Empresa".

"ARTICULO 76.

"Registros.

"La Empresa llevará un registro en el cual deberán inscribirse todas las personas interesadas en contratar obras eléctricas en el área de su jurisdicción. Para este registro habrá cuatro clasificaciones: Ingenieros, Interventores, Ingenieros Electricistas, técnicos electricistas e instaladores Electricistas. La Empresa fijará los requisitos necesarios para inscribirse en cada una de estas modalidades.

"PARAGRAFO.

"Para inscribirse en el registro será necesario cumplir los requisitos establecidos en la ley 64 de 1.978 y el Decreto 1548 de 1.983 que la reglamenta parcialmente, los cuales se incluyen en el anexo Número 6 del presente reglamento.

'PARAGRAFO.

"Las personas inscritas actualmente en el registro serán reclasificadas de acuerdo con lo establecido por la Empresa".

"ARTICULO 77.

"Suspensión de la Inscripción.

"La Empresa suspenderá temporalmente o definitivamente cualquiera de las inscripciones descritas anteriormente cuando, según juicio de un comité designado por la Gerencia General, se considere que ha violado alguna de las normas y reglamentos vigentes sin que ello impida hacer efectivas las respectivas garantías por los perjuicios causados".

"ARTICULO 78.

"Causales de cancelación de la Inscripción.

"Son causales para cancelar la inscripción las que a continuación se expresan:

"1. Haberse dictado sentencia condenatoria contra el inscrito por alguna falta cometida en ejercicio de su profesión u oficio.

"2. haber cometido cualquier fraude comprobado en contra de la Empresa o de algún usuario.

"3. haber presentado pruebas falsas o simuladas para obtener la inscripción.

"4. Haber sido cancelada , al ingeniero, la matrícula profesional, o haber sido excluido el técnico electricista o el instalador de la Asociación a la cual se encuentra afiliado. En el caso contemplado en el numeral 1, se renovará la inscripción si el afectado fuere absuelto posteriormente. En los eventos del numeral 4 podrá renovarse la inscripción si la autoridad competente o la Asociación, en su caso, restablece al afectado en el ejercicio de su profesión u oficio".

"ARTICULO 79.

"Inscripción de Compañías.

"Las compañías legalmente constituídas y que desean inscribirse ante la Empresa con el objeto de ejecutar obras eléctricas, deberán contar separadamente con el personal inscrito ante la Empresa de acuerdo con lo reglamentado por la Empresa y podrán, siempre y cuando hagan uso de dicho personal, contratar obras dentro de las imitaciones establecidas en los artículos 81, 82, y 83 en los grados correspondientes".

"ARTICULO 80.

"La inscripción tendrá una validez de dos años, pasados los cuales si no se renueva será eliminada del registro. Además si por cualquier motivo se extingue o expira la garantía exigida por la Empresa, ésta suspenderá la correspondiente inscripción hasta tanto se presente una nueva o su satisfacción y en cuantía no inferior a la originalmente constituída".

"ARTICULO 81.

" Diseño de Redes.

" Los diseños de redes eléctricas para media y baja tensión, sólo podrán ser

elaborados por Ingenieros Electricistas **inscritos ante la Empresa".** (Se subraya).

"ARTICULO 82.

"Diseño de Instalaciones.

"Los diseños para instalaciones eléctricas industriales, comerciales, de edificios multifamiliares, de instalaciones deportivas, hospitalarias y de edificios públicos, deberán ser ejecutadas por Ingenieros Electricistas **debidamente inscritos en la Empresa.** Los diseños eléctricos de residencias, pequeños establecimientos comerciales y obras menores no especificadas aquí podrá ser ejecutadas por Técnicos Electricistas.

"Instaladores Electricistas no podrán elaborar diseño de Instalaciones eléctricas" (Se subraya).

"ARTICULO 83.

"Construcción de Instalaciones.

"La construcción de redes e instalaciones eléctricas sólo podrán ser ejecutadas **por personal inscrito ante la Empresa** y dentro de las siguientes limitaciones:

"Ingenieros Electricistas: Todas las obras inherentes a su especialidad.

"Técnicos Electricistas: Podrán ejecutar la construcción de obras de acuerdo con lo reglamentado en la Ley 14 de febrero 18 de 1.975, la cual está incluida en el anexo 6, y los reajustes anuales que se le hagan de acuerdo con lo estipulado en el parágrafo 2 del artículo 11 de la citada Ley.

"Instaladores Electricistas: Podrán ejecutar instalaciones interiores de baja tensión, cuyo total instalada no exceda de 25 kw.

"PARAGRAFO.

"Los proyectos que incluyan montaje de subestaciones y tendido de circuitos subterráneos sólo podrán ser ejecutados por Ingenieros Electricistas" (Se subraya).

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Considera el a-quo que no hay norma que consagre atribución a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá para establecer requisitos de Inscripción y registro,

por lo que se violó el artículo 39 de la Constitución Nacional, ya que la Empresa ejercitó atribuciones del legislador para reglamentar el ejercicio de las profesiones lo que conduce a decretar la nulidad de los artículos 74 a 80 del Reglamento de Servicios y parte de los artículos 81 a 83 ibídem.

Que, de otra parte, el demandante ha debido en la demanda señalar las actividades que pueden desarrollar los profesionales de la electricidad y demostrar que el reglamento violó la disposición legal. Que al no hacerlo no puede prosperar la nulidad por violación del artículo 17 de la Constitución Nacional.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

1. Considera el impugnante que el juzgador de primer grado no le dió al artículo 39 de la Constitución Nacional el verdadero alcance que éste tiene, ya que en su inciso 3o. asigna algunas atribuciones a las autoridades para inspeccionar las profesiones u oficios en lo relativo a la moralidad, seguridad y salubridad públicas.

2. Que la entidad demandada al considerar la inscripción en el reglamento no hizo otra cosa que dar aplicación a ejecutar la facultad conferida en la norma constitucional por lo que no puede entenderse que la inscripción debe establecerla el legislador.

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

Considera el Fiscal Primero de la Corporación que si bien es cierto que la Ley reglamenta el ejercicio de las profesiones de Ingeniería, Arquitectura y profesiones auxiliares no contienen el requisito de inscripción ante la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, está plenamente autorizada la Empresa, no sólo por su misma naturaleza sino por el objeto de su creación , cual es la prestación de auxilios técnicos y profesionales, para garantizar la adecuada prestación de un servicio público que debe ser supervigilado por la entidad responsable del mismo, por lo que se debe acceder a las peticiones del apelante.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

1. El actor finca su demanda en los siguientes hechos:

a) La Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en el acto acusado, al requerir personal calificado e inscrito ante la empresa para prestar el servicio de

instalaciones eléctricas, está exigiendo títulos de idoneidad que es de competencia del legislador.

b) Que, igualmente, está exigiendo títulos de idoneidad cuando limita la profesión de Técnicos Electricistas al diseño de determinadas obras eléctricas y a la construcción por costo y/o k.w.

c) Que está desconociendo la capacidad de los Técnicos Electricistas para realizar obras mayores, con lo cual está limitando el ejercicio de esta profesión.

Con lo anterior considera que se quebrantaron los artículos 39 y 17 de la Constitución Nacional.

2. Prescribe el artículo 39 de la Carta Fundamental:

"Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La Ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentará el ejercicio de las profesiones.

"Las autoridades inspeccionarán las profesiones y oficios e lo relativo a la moralidad, salubridad y seguridad públicas. . ."

Señala el artículo 17 ibídem:

"El trabajo es una obligación legal y gozará de la especial protección del Estado.

3. Para la Sala es claro que, por medio de los actos acusados, al disponerse la necesaria e indispensable **inscripción**, en un registro que se dispone llevar en la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, de los Ingenieros Electricistas, Técnicos e Instaladores Electricistas, para que "todas las instalaciones eléctricas que han de ser servidas por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá", puedan conectarse "a su red", y que, además, los diseños de redes eléctricas para media y baja tensión, los diseños de instalaciones eléctricas y la construcción de redes e instalaciones eléctricas, sólo podrán ser elaborados por ese personal profesional o técnico, "inscrito ante la Empresa" "debidamente inscrito ante la Empresa", se está quebrantando ostensiblemente el artículo 39 de la Carta, en cuanto éste radica esa competencia concretamente en el Congreso de la República y en manera alguna en autoridades administrativas, si se tiene en cuanta que las disposiciones acusadas llevan, o pueden llevar, a la conclusión de que aún habiéndose diseñado, construído o ejecutado la red o la instalación eléctrica por medio de profesional de la Ingeniería Eléctrica, con **matrícula** profesional expedida por el Consejo Profesional Seccional de Ingeniería y Arquitectura, que lo autoriza para ello, o por un técnico o instalador electricista, personal auxiliar, con **certificado** expedido por el mismo Consejo Profesional y confirmado por el Consejo Profesional Nacional de Ingeniería y Arquitectura, que también los

autoriza para ejercer el oficio, el diseño y la instalación o el trabajo eléctrico no podrá ser aceptado por la Empresa y autorizada la concesión a la red que sirve, por el solo hecho o circunstancia de no haber cumplido con el requisito de la inscripción como profesional o como técnico, establecido en el Reglamento demandado.

En otras palabras; que no es tanto por el requisito de la inscripción del profesional o del técnico , en sí mismo, que puede tener por objetivo que el profesional o el técnico en electricidad compruebe, una sola vez, que realmente es ingeniero electricista, técnico o instalador eléctrico con matrícula o certificado expedida por la entidad con competencia para ello, y no tenga que comprobar lo mismo cada vez que se presenta a la Empresa de Energía un diseño o la construcción o ejecución de una red o instalación eléctrica, que se pueda estar quebrantando lo dispuesto por el artículo 39 de la Constitución Política, sino por la circunstancia de que de las normas acusadas se deduce o pueda deducir qué trabajos eléctricos de esa naturaleza o son aceptables para la Empresa de Energía, así hayan sido efectuados por profesionales matriculados como tales o técnicos reconocidos y autorizados para ello, por la sola circunstancia de que ellos no han cumplido con la obligación, no prevista en la ley que regula la profesión y los oficios -la Ley 64 de 1.978-, que se está desconociendo al mandato constitucional.

Ahora bien; lo alegado por el apoderado de la demanda al fundamentar el recursos de apelación, no es válido para desconocer el fundamento jurídico de la sentencia recurrida, por cuanto una cosa es la facultad de las autoridades administrativas par inspeccionar las profesiones u oficios, que no puede llegar hasta el extremo de impedir el diseño y construcción de redes e instalaciones eléctricas por Ingenieros o técnicos matriculados o autorizados, pero no inscritos en un registro , y otra cosa el establecimiento de ese requisito de la inscripción para ejecutar los trabajos indicados que debe estar previsto, de manera expresa, en la ley que reglamenta la profesión y el oficio.

Por ello la Sala conformará la sentencia en todas sus partes.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aproba-

da por la Sala en su sesión de veinte de junio de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Jaime Mossos Guarnizo, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SECCION PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA

No obstante no contemplar el Acuerdo 1/71 del Consejo de Estado que la Sección Primera tiene dentro de la organización interna de la Corporación una competencia residual, ha sido una práctica inveterada que ésta asuma el conocimiento de los negocios que no están expresamente asignados a las otras secciones, como sí se consagra en el Acuerdo No. 39 de noviembre 14 de 1990, modificatorio de aquel.

SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia / **EXPLOTACION DE MINAS**

Aplicando la tesis de Sala Plena, la sección dilucidará y decidirá sobre la legalidad o ilegalidad de las normas demandadas, entendiéndose que si prospera esta última hipótesis la eventual nulidad que se decrete lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes.

CANTERAS - Explotación/CAR / **MINISTERIO DE MINAS / COMPETENCIA / DEROGATORIA TACITA**

Ciertamente el ordinal g) del artículo 4º de la Ley 3/61 le señala a la CAR la función de determinar el mejor uso de las tierras, señalando las zonas que deban destinarse a explotaciones mineras, pero esta asignación genérica no significa en manera alguna la posibilidad de regular específicamente los procedimientos de exploración y explotación de canteras. Aun aceptando, a guisa de discusión, que tales ordinales -g) y m)- sí le confieren competencia a la CAR para regular la materia minera, habría que concluir necesariamente que tal facultad había quedado insubsistente por virtud de la

expedición de la Ley 1a./84 que le otorga al Ministerio de Minas y Energía, por ser ésta posterior y contener disposiciones que en la materia objeto del litigio no pueden conciliarse con las de la Ley 3a./61, lo que se traduce en una derogatoria tácita de ésta.

DECLARASE LA NULIDAD de los artículos 2º y 3º del Acuerdo número 05/84 (enero 26), expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Doctor *Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 555. Acción de nulidad contra los artículos 2o. y 3o. del Acuerdo No. 05 del 26 de enero de 1984, expedido por la Junta directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-. Actor CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA.

I.

El ciudadano Carlos Gustavo Arrieta Padilla, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicita de esta Corporación se declare la nulidad del artículo 2o. del Acuerdo No. 05 del 26 de enero de 1984 expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-, mediante el cual se modifica el artículo 1o. del Acuerdo 13 de 1980 proferido por la misma entidad, que es del siguiente tenor:

"La exploración, explotación y procesamiento de canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras, así como las industrias de lavado de arena, lavado y selección de agregados, en el área de jurisdicción de la Corporación, estarán sujetas a las disposiciones de este acuerdo.

"PARAGRAFO.- Para los efectos de este artículo, se entiende como cantera, únicamente los depósitos de piedra común, arena y cascajo, destinados a la construcción".

Igualmente solicita que se declare nulo el artículo 3o. del mismo Acuerdo, el cual dice así:

"Para regular y controlar la Industria Extractiva, la exploración, explotación y procesamiento de canteras, chircales, y ladrilleras en la Hoya Hidrográfica del río Bogotá desde el Salto de Tequendama hasta su desembocadura en el río Magdalena, incluyendo todo el municipio de

Girardot, se aplicará el Acuerdo 12 de 1980, con las modificaciones introducidas en el presente Acuerdo".

II. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LAS PRETENSIONES

El demandante formula cuatro (4) cargos en contra de las normas demandadas, los cuales pueden sintetizarse así:

PRIMER CARGO. **Los artículos segundo y tercero del Acuerdo 05 de 1984 son violatorios del artículo tercero, ordinales a), e) y m) de la Ley Primera del 10 de enero de 1984,** por la cual se reforma la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinan las funciones de sus dependencias. Estos ordinales son, en lo pertinente, del siguiente tenor:

"a) Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, manufactura, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos. . . . . y, en general, sobre todas las actividades técnicas, económicas, jurídicas, industriales y comerciales relacionadas con el aprovechamiento integral de los recursos naturales no renovables y de la totalidad de las fuentes energéticas del país, en concordancia con los planes generales de desarrollo".

"e) Dictar los reglamentos y hacer cumplir las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias relacionadas con la exploración, explotación, transporte, refinación, distribución, procesamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables. . . . ."

"m) Conocer y tramitar las solicitudes propuestas de permisos, aportes, arrendamientos, concesiones y licencias para la explotación y exploración de minerales, expedir o celebrar los actos unilaterales y bilaterales que definan aquellas peticiones y, en general, tomar las decisiones que otorguen o nieguen a los particulares, a las entidades públicas o a las empresas de economía mixta los derechos sobre los yacimientos mineros y sobre el posterior aprovechamiento de los recursos explotados".

Las normas legales transcritas, así como las demás de la Ley 1a. de 1984, afirma el actor, no otorgan ni directa ni indirectamente facultadas a la CAR para reglamentar las exploraciones y explotaciones de canteras, sino, por el contrario, las ubican de manera clara e incontrovertible en cabeza del Ministerio de Minas y Energía, en todo lo referente a Recursos Naturales no Renovables en general y mineros en particular, y lo hace independientemente del tipo de recursos de que se trate, así como de quienes sean los propietarios de los mismos, por lo que las normas acusadas violan flagrantemente los mencionados literales del artículo 3o. de la Ley 1a. de 1984, que es norma de superior jerarquía. La competencia es, para todos los efectos señalados, del precitado Ministerio y no de la CAR.

SEGUNDO CARGO. Las disposiciones acusadas son violatorias del artículo 4o., ordinales g), m) y p) de la Ley 3a. de 1961, por la cual se creó la CAR, la que fuera modificada parcialmente por algunas normas posteriores, especialmente por la Ley 62 de 1983.

Los mencionados ordinales, tal y como rigen en la actualidad, dicen así:

Artículo Cuarto. La Corporación tendrá las siguientes funciones:

"g) Determinar el mejor uso de las tierras, señalando las zonas que deban destinarse a desarrollos urbanos, agropecuarios e industriales, a reforestación, a explotaciones mineras o a reservas para conservación de aguas. . . . .".

"m) Promover la mejor y más adecuada exploración y explotación de los recursos mineros, pudiendo constituir o impulsar empresas destinadas a tal fin, y suscribir los aportes correspondientes".

"p) Administrar y proteger los Recursos Naturales Renovables conforme al Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, a la Ley 23 de 1973, a sus decretos reglamentarios y demás normas que las desarrollen o adicionen, para lo cual se dota la Corporación de funciones policivas".

Al explicar el concepto de la violación, afirma el demandante que la CAR, dentro de su jurisdicción podría determinar cuáles zonas pueden destinarse a explotaciones mineras y cuáles no, lo cual tendría que hacer por vía general y no específica, sin que de allí pueda colegiarse que tal facultad implica la posibilidad de regular específicamente los procedimientos de exploración y explotación de canteras. No es esto último lo que expresa el ordinal "g)" transcrito.

El ordinal "m)" utiliza la expresión "Promover", cuyo significado es bien distinto al de regular. El mismo ordinal clarifica el alcance de la función de promoción que se le otorga a la CAR, cuando, por vía de ilustración, habla de que dicha Corporación promoverá tales actividades mediante la constitución o impulsión de empresas mineras, o a través de la suscripción de aportes.

En cuanto al ordinal "p)", expresa el actor, es precepto que no permite a la CAR regular lo referente a exploraciones o explotaciones mineras, ya que él se refiere a un campo específico, cual es el de los Recursos Renovables, que no es extensivo, ni siquiera por vía de analogía, a un área totalmente diferente, cual es el de los recursos minerales, que son por naturaleza No Renovables. Por este motivo, al invocar la CAR el ordinal p) del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, que además es el único citado de manera específica por los considerandos del Acuerdo 05, para expedir una norma referente a recursos no renovables, no sólo está

incurriendo en una falsa motivación sino además en una extralimitación de funciones y una invasión de órbitas de competencia ajenas.

La CAR, al expedir el Acuerdo 05 de 1984 ha confundido dos temas que la ley ha pretendido mantener separados. Una cosa es poder regular y controlar lo referente a los posibles efectos de una exploración o explotación minera sobre la ecología y el medio ambiente en general, o los efectos que tal actividad tenga sobre los recursos naturales renovables, y otra bien distinta es pretender la CAR regular lo referente a las explotaciones mineras mismas, como en efecto trata de hacerlo mediante el citado acuerdo, incurriendo de esta manera en la violación de los pretranscritos ordinales del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, a través de los artículos 2o. y 3o. del mencionado Acuerdo.

TERCER CARGO. **Los artículos 2o. y 3o. del Acuerdo 05 de 1984 violan el texto y espíritu de la Ley 23 de 1973, del Decreto 2811 de 1974, del Decreto 1541 de 1978 y de la Resolución Ejecutiva 76 de 1977**normas estas que la CAR invoca para la expedición del susodicho Acuerdo, ya que al revisarse y analizarse no se encuentra en ninguna de ellas la facultad de regular lo referente a las condiciones "mineras" de las explotaciones de recursos naturales no renovables, pues, expresa igualmente el actor, que como su mismo nombre lo indica, estas disposiciones invocadas por la CAR como fundamento del Acuerdo 05 se refieren a los Recursos Naturales Renovables, y no a los No Renovables; y al proceder así, la CAR ha confundido de nuevo la facultad que tiene de regular y conocer lo referente a los efectos sobre el medio ambiente que tienen las exploraciones y explotaciones mineras, con la posibilidad de legislar sobre el otorgamiento de derechos particulares a terceros interesados.

CUARTO CARGO.- **Los preceptos acusados son violatorios del artículo 33 del Decreto 1275 de 1970 -modificado por el 6o. del Decreto 2181 de 1972 y vigente a la fecha de expedición del Acuerdo 05 de 1984.**

Dicho artículo 33 decía:

"Los permisos o licencias para extraer piedra, arena y cascajo de los lechos de los ríos y aguas de uso público y de las playas, lo mismo que la explotación de canteras, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes, y serán del conocimiento de las autoridades que en la actualidad tienen competencia para ello. Para los efectos de este artículo se entiende como cantera únicamente los depósitos de piedra común, arena u cascajo destinados a la construcción".

Este texto fue derogado por el artículo 17 del Decreto 2477 de julio de 1986, el cual, si bien hizo algunos cambios en el régimen, mantuvo en esencia la filosofía del Decreto 1275 de 1970. Dice así este artículo 17:

"Los permisos o licencias para extraer piedra, arena, cascajo, de los lechos

de los ríos, aguas de uso público y de las playas, son de competencia del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente.

"La extracción en los demás depósitos de piedra, arena y cascajo destinados a la construcción, continuarán rigiéndose por las disposiciones vigentes y serán del conocimiento de las autoridades que en la actualidad tienen competencia para ello o de las que posteriormente de designen; en cuanto a los permisos y licencias de minerales que no están destinados a la construcción, serán otorgados por el Ministerio de Minas y Energía".

Como se observa, manifiesta el actor, se mantiene un principio que ha permanecido incólume desde 1970, cual es el que la explotación de los depósitos de piedra, arena y cascajo que no estén ubicados en el lecho de los ríos o aguas de uso público continuarán rigiéndose "por las disposiciones vigentes".

Conforme al Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, radicado bajo el número 1459 del 24 de noviembre de 1985, emitido con respecto al alcance de la Ley 20 de 1969, y a las normas vigentes en materia de explotación de canteras (depósitos de arena, piedra o cascajo) destinados a la construcción, que la ley no define como minas sino como accesorios al suelo, su explotación se rige no por aquella ley, sino por el número 51 de 1942, de cuyo tenor se deducía que el artículo 33 del Decreto 1275 de 1970 atribuía la competencia a los municipios en que tales canteras estuvieran ubicadas, y por el artículo 9o. del Decreto ley 2811 de 1974, es decir, que esta era la legislación vigente en 1970 para el efecto señalado.

No consideró el Consejo de Estado al efectuar su análisis en la Consulta referida, que la CAR tuviese alguna competencia en estas materias, pues ni siquiera la menciona en su concepto, si bien habla de la competencia del INDERENA en aquellos casos de depósitos ubicados en aguas de uso público.

Resulta claro, dice finalmente el actor, que ni la ley 51 de 1942, ni la Ley 1a. de 1984, otorgan a la CAR competencia para regular lo dispuesto en los actos acusados, y que estos son violatorios, en consecuencia, de ambas leyes, cualquiera de ellas que esté vigente.

III. EL TRAMITE DEL PROCESO

Mediante auto del 12 de febrero de 1988 (fls. 23, 24 y 25) fue admitida la demanda, y decretada la suspensión provisional que había sido impetrada y sustentada junto con la misma.

Por auto del 12 de agosto de 1988 (fls. 44 a 52), esta Sección Primera, en Sala de Decisión, REVOCO la suspensión provisional decretada y que fuera suplicada por la CAR como parte demandada y por Germán Cavelier como

interviniente impugnador de la demanda, ambos a través de mandatarios judiciales.

Estas mismas partes dieron contestación a la demanda oponiéndose categóricamente a sus pretensiones anulatorias. La CAR, demás, propone la excepción de incompetencia alegando que el conocimiento de este negocio corresponde, de conformidad con el Acuerdo No. 1 de 1971 del Consejo de Estado, a la Sección Tercera (fls. 59 a 69).

Mediante proveído del 7 de octubre de 1988 se tuvo por contestada la demanda y se dió traslado a las partes por el término legal para que presentaran sus alegatos de conclusión, derecho del cual hicieron uso las partes demandante y demandada (fls. 73 a 77).

El 8 de marzo de 1989 el señor Fiscal Primero de la Corporación emitió concepto de fondo que se distingue con el No. 580-89, visible a folios 97 a 104.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En su vista fiscal, el señor Agente del Ministerio considera que el hecho de que el nuevo Código de Minas entra a regir seis meses después de su promulgación -que lo fue el 23 de diciembre de 1988, señala la Sala-, crea dos alternativas: si para cuando se falle el presente proceso ya está vigente el nuevo Código, se debería proferir una fallo inhibitorio, pues las dispersas normas anteriores pierden su valía y, por tanto, los fundamentos de derecho del Acuerdo demandado; si no, se debería fallar en el fondo teóricamente, con la circunstancia de que los efectos de la sentencia tendrían la precariedad del tiempo hasta cuando entre a regir el nuevo estatuto.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Procede la Sala, en primer lugar, a dilucidar lo concerniente a la excepción de incompetencia planteada por la parte demandada, a la que se aludió en el punto III de esta providencia.

En efecto, como lo afirma el apoderado de la CAR, el Acuerdo No. 1 de 1971 de esta corporación asignó a su Sección Tercera el conocimiento de los "Juicios sobre petróleos y concesiones o permisos mineros". Sin embargo, lo que es objeto de decisión en este proceso no es materia que encuadre en ninguno de los rubros a que se refiere la preceptiva invocada por la demanda como fundamento de la

excepción propuesta. No se debate en este proceso si las normas acusadas son de naturaleza minera como lo sugiere el excepcionante, como tampoco se discute nada relativo a "concesiones o permisos mineros", sino algo bien distinto como es definir cuál ente público es el competente para regular y controlar la exploración, explotación y procesamiento de canteras, areneras, receberas, chircales y ladrilleras.

No obstante no contemplar el Acuerdo No. 1 citado que la Sección Primera tiene dentro de la organización interna de la Corporación una competencia residual, ha sido una práctica inveterada que ésta asuma el conocimiento de los negocios que no están expresamente asignados a las otras Secciones, como sí se consagra en el Acuerdo No. 39 del 14 de noviembre de 1990, modificatorio de aquel, el cual en su artículo 1o. dispuso: :Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus Secciones, así:

"Sección Primera:

"1) Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos no asignados expresamente a otras secciones".

Por otra parte, el artículo 3o. del mismo Acuerdo dispone:

"Este Acuerdo rige a partir del 1o. de enero de 1991. Los asuntos que en dicha fecha estén al conocimiento de una determinada Sección continuarán en ésta hasta su culminación", como ocurre en el presente caso.

No es, pues, jurídicamente atendible el argumento de la CAR expuesto como fundamento de la excepción de incompetencia. Luego, éste no puede prosperar, como así habrá de declararlo la Sala.

Sustracción de materia

En segundo lugar, puesto que el Decreto Ley 2655 de 1988, Código de Minas, el cual empezó a regir seis (6) meses después de su promulgación que lo fue el 23 de diciembre de 1988, por haberlo dispuesto así su artículo 326, norma, dentro del ámbito minero, lo concerniente a la exploración, explotación y procesamiento de canteras, asignando la competencia al Ministerio de Minas y Energía (art. 251), materia objeto de la controversia a dirimir, podría pensarse que por la inocuidad del fallo que en ella se dictara, éste debería ser inhibitorio.

La proposición acabada de sentar en el sentido de que el Código de Minas regula la materia de las disposiciones acusadas y fija la competencia, está plasmada en varios de sus artículos que cabalmente la fundamentan, por lo cual algunos se transcriben enseguida para ilustrar el punto:

"Art. 2o. **Campo de aplicación.** Este Código regula las relaciones entre los diversos organismos y entidades estatales, las de los particulares entre sí y con aquellos, en lo referente a la prospección, exploración, explotación, beneficio, fundición, transformación, transporte, aprovechamiento y comercialización de los recursos naturales no renovables que se encuentren en el suelo o en el subsuelo, incluídos los espacios marítimos jurisdiccionales, ya sean de propiedad nacional o de propiedad privada. Se exceptúan los hidrocarburos en estado líquido o gaseoso, que se regulan por las normas especiales sobre la materia".

"Art. 109. **Materiales de construcción.**

Para los efectos de este código, se denominan materiales de construcción las rocas y materiales pétreos generalmente usados como agregados en la fabricación de bloques y piezas de concreto, morteros, pavimentos, y otras formas similares, como elementos de las construcciones, dichos materiales tendrán por sí mismos tal denominación aún en los casos en que su destino y uso efectivo no sea el aquí mencionado.

. . . . . ".

"Art. 111. **Sistemas de explotación**

"La explotación de materiales de construcción por cantera o de arrastre en los lechos de los ríos y vegas de inundación, en proyectos de pequeña minería se podrá adelantar mediante licencia especial de explotación.

. . . . . ".

"Art. 112. **Canteras.**

"Para los efectos anteriores se entiende por cantera el sistema de explotación a cielo abierto para extraer de él rocas o minerales no disgregados, utilizados como materiales de construcción".

"Art. 113. **Materiales de arrastre**

"Materiales de arrastre son los materiales pétreos desintegrados en tamaño de gravas y arenas, que se extraen de los lechos de los ríos, quebradas y vegas de inundación. En el reglamento se establecerán las características física y químicas de las gravas y arenas aquí mencionadas".

"Art. 114. **Régimen de explotación.**

"Las explotaciones de materiales de construcción de mediana y gran

minería se someterán al régimen general establecido para los demás minerales concebibles".

"Art. 251. **Cláusula general de competencia.**

"Además de las funciones que corresponden al Ministerio de Minas y Energía de conformidad con lo establecido en este código, conocerá de todos los asuntos administrativos que tengan relación directa y principal con la industria minera en todas sus ramas, en cuanto no están asignadas por la ley a otra autoridad".

Por otra parte, el Decreto No. 2462 del 23 de octubre de 1989 que reglamenta parcialmente el Código de Minas, y el Decreto 507 de 1955 incorporado a la legislación ordinaria por la ley 141 de 1961, en su artículo 3o., dispone:

"Las explotaciones de canteras requieren otorgamiento de un título por parte del Ministerio de Minas y Energía. Igualmente lo requieren aquellas que tienen por objeto extraer pétreos desintegrados hasta el tamaño de gravas y arenas de las vegas de inundación y de las terrazas aluviales.

"Las explotaciones de los materiales de construcción, de arrastre, ubicados en el cauce de las corrientes de agua, requerirán permiso del Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables y del Ambiente "INDERENA", de acuerdo con el numeral ñ) del artículo 134 del Decreto ley 501 de 1989".

Competencia delegada. El mencionado código trae normas que facultan al Ministerio de Minas y Energía para delegar las funciones que le corresponden en la tramitación y otorgamiento del derecho a explorar y explotar el suelo y subsuelo mineros y en la vigilancia y fiscalización de los beneficiarios de títulos mineros de cualquier clase "en sus organismos descentralizados", razón por la cual no quedan incluídos las corporaciones autónomas regionales, como la CAR, por estar éstas adscritas al Departamento Administrativo de Planeación Nacional.

Es importante resaltar que la ley 57 de 1987, con fundamento en la cual se expidió el Código de Minas, dispuso en su artículo primero:

"
. . . . . .
. . . El Código de Minas regulará íntegramente la materia y constituirá un cuerpo armónico de disposiciones sustantivas y de procedimiento que metódica y sistemáticamente organizados, habrá de comprender los siguientes aspectos:

"1. Reafirmar el principio de que el subsuelo, los depósitos, yacimientos minerales y las minas contenidas en el suelo o subsuelo pertenecen a la

nación en forma inalienable e imprescriptible, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros. Dentro de este concepto quedan incluidas las canteras y los demás depósitos de materiales de construcción, así como los pétreos de los lechos de los ríos, aguas de uso público y playas.

. . . . . ".

Cabe anotar que las locuciones "los depósitos, yacimientos minerales" y la frase "dentro de este concepto quedan incluídas las canteras y los demás depósitos de materiales de construcción, así como los pétreos de los lechos de los ríos, aguas de uso público y playas" fueron demandadas por inconstitucionales, pero la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de julio de 1989 las decretó exequibles.

En virtud de lo anterior, la Sección estima necesario referirse previamente a la tesis de la sustracción de materia que ha sido elaborada por la jurisprudencia del Consejo de Estado frente a pretensiones de simple nulidad de actos de contenido general, insinuada por el señor Fiscal de esta Corporación como alternativa de decisión.

En reciente fallo -14 de enero de 1991, expediente No. S-157, actor: Robert Bruce Raisbeck, demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo al pronunciarse sobre este tópico consignó:

". . . . 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 supérfluo 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 11 de julio de 1962, expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo)'.

. . . . . ".

"Sin embargo (sic) en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado en la postura mencionada, afirmando que:

'Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo (sic) 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 (sic) pueden haberse efectuado 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)".

. . . . . ".

". . . . .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 auto, así esté sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que la 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, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo 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".

. . . . . ".

Estas mismas razones son las que la Sección Primera acoge en el caso sub judice, por tratarse de una acción de simple nulidad ejercitada contra disposiciones administrativas de carácter general que quedaron derogadas por ser contrarias a las normas del Decreto Extraordinario 2655 de 1988 (art. 325 de éste), por lo cual dilucidará y decidirá sobre la legalidad o ilegalidad de los artículos 2o. y 3o. del Acuerdo 05 expedido por la CAR el 26 de enero de 1984, entendiéndose que si prospera esta última hipótesis, la eventual nulidad que se decrete lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes.

Análisis de los cargos. La violación de las normas citadas por el demandante en el primer cargo consiste en la falta absoluta de competencia de la CAR para reglamentar las exploraciones, explotaciones y procesamiento de canteras y otros minerales. Afirma el actor que la ley 1a. de 1984, a través de sus ordinales a), e) y m), la otorgó al Ministerio de Minas y Energía, mas nunca a la CAR.

Estos tres ordinales que fueron transcritos inicialmente en este proveído, dan a la Sala la convicción clara e inequívoca de que la competencia en la materia señalada está asignada, como lo sostiene el actor, al Ministerio de Minas y Energía, toda vez que en ellos se establece que en su función adoptar la política en materia de exploración, explotación y beneficio de los recursos naturales no

renovables en general y mineros en particular, dictar y hacer cumplir las normas relacionadas con dicho objeto y conocer y tramitar lo referente a las solicitudes y otorgamiento de derechos mineros a particulares. Es más, ninguno de los 74 artículos de que consta la Ley 1a. de 1984 le confieren directa ni indirectamente a la CAR facultades para reglamentar las exploraciones y explotaciones de canteras, ni para el otorgamiento de permisos y/o derechos mineros a terceros en la zona de su jurisdicción, ni en ninguna otra.

La parte demandada y el interviniente impugnador de la demanda al oponerse a las pretensiones anulatorias de ésta, replican que la competencia le deviene a la CAR de los mandatos contenidos en los literales g) y m) del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961; cuyos textos se encuentran igualmente transcritos en esta providencia. Afirman que la competencia es manifiesta en el literal g) toda vez que allí se le atribuye a la CAR la función de determinar mejor el uso de la tierra y ello es más que suficiente para que la Corporación hubiese dictado el Acuerdo impugnado, pues las canteras se rigen por los principios que informan la accesión previstos en el Código Civil y por normas distintas a las previstas para la minería. Ciertamente el ordinal g) le señala a la CAR la función de determinar el mejor uso de las tierras, señalando las zonas que deban destinarse a explotaciones mineras, pero esta asignación genérica no significa en manera alguna la posibilidad de regular específicamente los procedimientos de exploración y explotación de canteras. En efecto, una cosa es tener la posibilidad general de señalar una o varias áreas no susceptibles de exploración o explotación, y otra muy distinta es llegar a determinar los trámites y condiciones para otorgar a un tercero un permiso específico de explorar o explotar uno o varios minerales.

Respecto a que la competencia que se discute le deviene, igualmente del ordinal m) del artículo 4o. de la Ley 3a. de 1961, basta señalar que el verbo rector de esta norma es "Promover", cuyo significado en la acepción que allí se utiliza, está circunscrita por la misma disposición de empresas destinadas a tal fin, o a través de la suscripción de aportes. Pero en modo alguno quiere decir que la facultad para regular lo atinente a las exploraciones y explotaciones mineras. No se requiere mayor esfuerzo dialéctico para entender que hasta este extremo no se extiende la aludida atribución.

Aún aceptando, a guisa de discusión, de tales ordinales sí le confieren competencia a la CAR para regular la materia minera, habría que concluir necesariamente que tal facultad había quedado insubsistente por virtud de la expedición de la ley 1a. de 1984 que la otorga al Ministerio de Minas y Energía, por ser ésta posterior y contener disposiciones que en la materia objeto de litigio no pueden conciliarse con las de la ley 3a. de 1961, lo que se traduce en una derogatoria tácita de ésta a voces con el artículo 71 del C. C.

En cuanto a la afirmación de que las canteras son accesorios del suelo para deducir de allí que ellas se rigen por normas distintas a las que regula la minería

en general, ha de señalarse que la Ley 1a. de 1984 al asignar la competencia al Ministerio de Minas y Energía para regular lo concerniente a la exploración, explotación y procesamiento de minerales lo hace independientemente de quienes sean los propietarios de los yacimientos que los contienen. Además, si bien se leen los mencionados ordinales a), e) y m) de su artículo 3o., los "minerales" o "yacimientos mineros" es concepto que involucra dentro del genérico "recursos naturales no renovables", atendiendo consecuentemente a su naturaleza de agotabilidad que los caracteriza por desaparecer física y económicamente con la explotación.

Prospera, pues, el cargo.

Los reparos segundo, tercero y cuarto, habiendo prosperado el primero, no es del caso examinarlos.

En consecuencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

1o. DECLARASE NO APROBADA la excepción de incompetencia, propuesta por la parte demandada.

2o. DECLARASE la nulidad de los artículos segundo, (2o.) y tercero (3o.) del Acuerdo No. 05 del 26 de enero de 1984, expedidos por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté u Suárez -CAR-.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Ramírez Arcila, ausente.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROYECTO DE ORDENANZA - Objeción / **SUSPENSION PROVISIONAL** - Improcedencia

Se trata de definir si un proyecto de ordenanza puede ser sancionado en algunos de sus artículos y objetado en cuanto hace relación con otro u otros, o si, por el contrario, la objeción formulada por el gobernador respecto de uno o algunos de los artículos que integran el proyecto de ordenanza, impide que el mismo funcionario pueda sancionar y promulgar los artículos de la misma que no sean materia de la objeción, como aconteció en el caso presente, debiendo esperar el resultado de la objeción parcial, y para llegar a una conclusión es indispensable un estudio de fondo, lo que no es propio de un simple auto de suspensión provisional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de la Ordenanza número 08 de 1990 de la Asamblea de Santander, decretada por el Tribunal Administrativo del mismo departamento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1752. Recurso de apelación contra la providencia de abril 18 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander decreta la suspensión provisional de la Ordenanza 08 de 1990 de la Asamblea de Santander. Actor: ALFONSO GOMEZ CASTAÑO.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de la referencia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Santander decretó la suspensión provisional de la Ordenanza precitada, con fundamento en

las siguientes consideraciones:

La gobernadora del Departamento de Santander sancionó parcialmente el proyecto de Ordenanza, pues excluyó de ella el artículo 57 sobre ingresos para el funcionamiento general de la Contraloría General y autorización al Gobierno Departamental, para realizar las operaciones presupuestales necesarias en su expedición del Decreto de liquidación del Presupuesto para la vigencia de 1991.

Confrontada esta actuación con lo que disponen los artículos 77 y 78 del C. de R. D., sin mayor esfuerzo se deduce la infracción a tales normas, puesto que cuando un proyecto de Ordenanza es objetado por el gobernador, debe ser devuelto a la Asamblea para que ésta se pronuncie sobre las objeciones y una vez devuelto, si la Asamblea rechaza las objeciones por ilegalidad o inconstitucionalidad, el proyecto debe remitirse al Tribunal Administrativo del lugar para que decida sobre su validez. Pero si la Asamblea no alcanza a pronunciarse sobre las objeciones, el Gobernador tiene la obligación de publicar el proyecto objetado y esperar a que la Duma vuelva a reunirse para continuar el trámite que conlleve a la sanción o a la revisión por parte del Tribunal, salvo que ejerciendo la facultad prevista en el art. 28 del mismo código convoque a dicha Corporación a reuniones extraordinarias para tratar ese asunto, cuestión que no se realizó en el presente caso, pues la Gobernadora, como se dijo, optó por sancionar parcialmente el proyecto.

I. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado del Departamento de Santander, al interpone el recurso de apelación, lo sustenta así:

a) La conclusión del Tribunal carece de fundamento por la inexactitud de las premisas en que se apoya, ya que no es cierto, como se puede observar del oficio remisorio del proyecto de la Ordenanza a la Asamblea, que la Gobernadora en principio haya objetado la Ordenanza, para luego, ante la imposibilidad del pronunciamiento por la Asamblea por extemporaneidad en su recibo, proceder a sancionarlo parcialmente, pero manteniendo la objeción inicialmente presentada. La actuación fue adelantada realmente por la Gobernadora con un solo escrito, recibido en la Asamblea el mismo 29 de noviembre de 1990, dentro del término a que alude el artículo 78 del C. de R. D.

Por ello, no existe violación de las normas invocadas en la demanda y en el auto apelado.

b) **Existió realmente objeción al proyecto?.** Debe responderse negativamente si se aprecian los términos del escrito que supuestamente contiene "las objeciones" a que se refiere el demandante y el Tribunal.

Allí se informa la exclusión del art. 57 de las disposiciones generales del

Presupuesto, explicando la razón de tal proceder, básicamente para evitar que se utilizase al momento de liquidar el aporte de la Contraloría Departamental, los presupuestos de las entidades descentralizadas. La exclusión obviamente no fue efectuada físicamente del texto, pues la sanción otorgada al proyecto no se extiende a este artículo 57, excluyéndolo de su cubrimiento.

El escrito no contiene objeción alguna por inconstitucionalidad, ilegalidad o inconveniencia y la mención de la ley 6a. de 1958, es meramente ilustrativa y tangencial, porque no se cita como violada por el proyecto; constituye sí el elemento jurídico cuya tutela hacia el futuro pretendió la Gobernadora del Departamento al excluir el artículo 57 ya citado, de la sanción ejecutiva.

c) La sanción se cumplió realmente, pues la Jefe del Ejecutivo Departamental, antes de estampar su firma en el proyecto, anotó la expresión "Publíquese, ejecútase y cúmplase", revistiendo así el proyecto con el carácter de Ordenanza.

d) **La supuesta objeción parcial.** Pero si en gracia de discusión pudiera admitirse que hubo una objeción parcial, hasta dónde la ley permite tal actuación?.

La respuesta está dada en el inciso final del artículo 52 del Decreto 2407 de 1981, que dice:

"OBJECIONES PARCIALES.

"ARTICULO 52. Si la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad afectare alguno o algunos de los artículos del presupuesto de rentas e ingresos, el gobierno suprimirá las apropiaciones que no sean forzosas por una cantidad igual a las rentas anuladas.

"Si la objeción afectare una o varias partidas del presupuesto de gastos, el gobernador pondrá en ejecución el presupuesto en la parte válida y contracreditará las partidas afectadas" (subraya el memorialista).

e) La suspensión provisional no era procedente por cuánto lejos de aparecer palmaria la violación del estatuto superior, en el estudio adelantado por el Tribunal, el fundamento son elementos de nudo hecho, susceptibles de prueba y contraprueba, en trámite completamente ajeno al instituto de la suspensión provisional, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

III. LA DECISION

Se decide el recurso, previas las siguientes consideraciones:

1a. Realmente el a-quo creyó, equivocadamente, que se dieron dos actua-

ciones por parte de la Gobernadora del Departamento en relación con la sanción y simultánea objeción parcial del proyecto de Ordenanza que se le remitió, pues evidentemente de los documentos aportados al proceso aparece claramente que sólo se presentó una actuación.

Empero, ese error de apreciación no tiene ninguna incidencia, ya que la suspensión provisional decretada por el Tribunal no se fundamentó en una supuesta actuación dual.

2a. En cuanto a la equivocación sobre la fecha en que se sancionó y simultáneamente se objetó de manera parcial la Ordenanza acusada, en que, según el recurrente, incurrió el señor Secretario de la Asamblea del Departamento en su certificación que obra al fl. 1 del expediente, la Sala observa que aquella no existió, pero que de haberse presentado también tendría incidencia alguna en la procedencia o improcedencia del decreto de suspensión provisional, como cuestión fáctica materia de prueba y contraprueba, pues el fundamento jurídico de la medida precautelativa es otro: el quebrantamiento de normas superiores de derecho, que, según la providencia recurrida, no autorizan la sanción parcial de una Ordenanza, y por ende, la objeción parcial de la misma.

3a. En cuanto a la disposición contenida en el inciso final del art. 52 del decreto 2407 de 1981, régimen del presupuesto de los Departamentos, indicada por el recurrente para sostener la procedencia de la objeción parcial de una Ordenanza, la Sala observa que dicha normatividad se refiere a lo que debe hacer el Gobernador de un Departamento cuando el Tribunal Administrativo correspondiente aceptare las objeciones relativas a una o varias partidas del presupuesto expedido mediante la Ordenanza, y no a la posibilidad de que el Jefe del ejecutivo departamental objete parcialmente el proyecto, norma cuya vigencia reclama un estudio de fondo propio de la sentencia, frente a la Ley 38 de 1989.

4a. Finalmente, por lo que atañe a la violación ostensible de las disposiciones contenidas en los artículos 77 y 78 del Decreto-Ley 1222 de 1986, (Código de Régimen Departamental), que el a-quo encontró y que lo llevó a decretar la suspensión provisional solicitada, la Sala no encuentra que, prima facie, se hubiere producido su quebrantamiento. En efecto, el art. 77 precitado, establece que "Aprobado un proyecto de Ordenanza por la Asamblea pasará al Gobernador para su sanción -lo que se hizo-, y si éste no lo objetare por motivos de inconveniencia, ilegalidad o inconstitucionalidad dispondrá que se promulgue como Ordenanza. Si lo objetare - que también fue lo que hizo el Gobernador, lo devolverá a la Asamblea" - lo que también hizo el jefe del ejecutivo departamental-. Por su parte, el art, 78 del C. de R. D. consagra los términos o plazos que tiene el Gobernador para devolver un proyecto objetado, aspecto sobre el cual no gira la contención, que "Si el Gobernador, una vez transcurridos los términos indicados, no hubiere devuelto el proyecto con objeciones deberá sancionarlo y promulgarlo" -cuestión que tampoco es materia de la controversia-, y, finalmen-

te, que "Si la Asamblea se pusiere en receso dentro de dichos términos, el Gobernador tendrá el deber de publicar el proyecto sancionado u objetado, dentro de aquellos plazos", debiendo decidirse, en el nuevo período de sesiones, por la Asamblea sobre las objeciones, aspectos sobre los cuales tampoco gira la litis.

En otras palabras, se trata es de definir si un proyecto de Ordenanza puede ser sancionado en algunos de sus artículos y objetado en cuanto hace relación con otro u otros, o si, por el contrario, la objeción formulada por el Gobernador respecto de uno o algunos de los artículos que integran el proyecto de Ordenanza, impide que el mismo funcionario pueda sancionar y promulgar los artículos de la misma que no sean materia de la objeción, como aconteció en el caso presente, debiendo esperar el resultado de la objeción parcial, y para llegar a una conclusión es indispensable un estudio de fondo, lo que no es propio de un simple auto de suspensión provisional, ya que ello no surge claramente del texto de las dos disposiciones superiores indicadas como quebrantadas.

Por otra parte, la Sala encuentra que es necesario hacer un estudio de fondo, para llegar a una conclusión sobre el interrogante siguiente: es posible decretar la nulidad de una Ordenanza, en su totalidad, por la circunstancia de que el Gobernador en lugar de sancionar o de objetar y abstenerse de sancionar mientras se decide la objeción, primero por la propia Asamblea y luego por el Tribunal Administrativo si aquella rechaza la objeción y ésta se funda en consideraciones jurídicas, procede a sancionar y objetar parcialmente simultáneamente la Ordenanza, como aconteció en el caso presente?

En otros términos: es anulable la Ordenanza por eventual irregularidad en la sanción, promulgación o de la objeción por el Gobernador, cuando además no se ataca la Ordenanza por la existencia de un vicio en uno de sus elementos esenciales (competencia, finalidad ajustada a derecho, expedición regular, etc.) que condicionan su validez?

Es éste otro de los aspectos que debe ser objeto de análisis y que, como se puede observar, no es propio de un auto como el que decide sobre la petición de suspensión provisional.

Por las consideraciones anteriores, la Sala encuentra que el recurso de apelación está llamado a prosperar.

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

RESUELVE:

1o. REVOCAR la providencia de abril 18 de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Santander, en cuento decretó la suspensión provisional del

acto acusado.

2o. NEGAR la suspensión provisional de la Ordenanza acusada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SANCION DISCIPLINARIA - Requisitos / **DEBIDO PROCESO.**

La simple violación de una norma legal no constituye por sí misma una falta disciplinaria. Dicha violación conllevará ilegalidad del acto expedido, pero no necesariamente implica una conducta del funcionario sometida a sanción. Para que se configure la falta disciplinaria, se requieren de una parte, la tipificación de la conducta como falta y, de otra, la demostración de la culpabilidad en que hubiere incurrido el funcionario al realizar esa conducta. Tanto en el pliego de cargos como los actos a través de los cuales se impusieron las sanciones se refieren exclusivamente a la violación de las normas sobre cosa juzgada y prescripción, que habrían sido violadas por el funcionario acusado, sin que de ninguna manera esa conducta se tipificara desde el punto de vista de las faltas disciplinarias ni desde el punto de vista de la intención o culpa con las cuales hubiera actuado el inculpado. La Sala considera que a través del acto impugnado se violó el principio del debido proceso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 911. Actor: Manuel Domingo Rojas.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Manuel Domingo Rojas, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C. C. A., contra el numeral 2. de los considerandos y parte del ordinal primero de la parte resolutiva de la providencia proferida por el señor Procurador General de la Nación, de

fecha 22 de diciembre de 1.987.

I. ANTECEDENTES

a.- Las pretensiones de la demanda.

Se traducen en la petición de nulidad parcial de la providencia adoptada por el señor Procurador General de la Nación, ya citada, y el restablecimiento de los derechos violados con dicho acto, el cual se traduce en las siguientes peticiones adicionales a la nulidad:

Que se declare que el actor no ha infringido disposición legal alguna e igualmente que es absolutamente inocente de la acusación que se le formuló.

"Que se haga desaparecer, en tal forma que sea como si nunca hubiere existido, la anotación en su hoja de vida la amonestación escrita de que habla la providencia de la Procuraduría acusada" (sic).

b.- Los actos acusados.

Los actos cuya nulidad se solicita se encuentran insertos en la providencia suscrita por el señor Procurador General de la Nación. de fecha 22 de diciembre de 1.987 (fls. 2 a 10), que resolvió el recurso de apelación contra la Resolución no. 054 de junio 17 de 1.987, por la cual la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa sancionó a la parte actora, en su calidad de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias, con multa equivalente a cinco días de sueldo.

Hecha la aclaración que antecede, la acción se intenta en contra de las siguientes parte de la mencionada providencia:

1o.- El numeral 2. de los considerandos, el cual contiene el análisis "sobre la imputación de que la acción pretendida en la segunda demanda estaba prescrita", y que, por lo extenso del mismo, la Sala se abstiene de transcribirlo.

2o.- La siguiente frase contenida en el ordinal primero de la parte resolutiva, que expresa: ". . . .la sanción de la amonestación escrita con orden de anotación en su hoja de vida".

c.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

En su condición de Alcalde Mayor de Cartagena, el actor dictó la Resolución No. 209 de fecha 15 de septiembre de 1.986, por la cual se ordenó el

lanzamiento de las personas que ocupaban lotes de propiedad de la firma Inversiones Cospique Ltda., ubicados dentro de su jurisdicción.

Como consecuencia de la queja formulada por los afectado con la medida ante la Procuraduría General de la Nación, esta dependencia del Estado encontró que la acción policiva de lanzamiento por ocupación de hecho estaba prescrita, debido a que la sociedad solicitante de la medida estaba enterada de tal ocupación mucho antes del 4 de agosto de 1.986, por lo cual le impuso la sanción cuya nulidad se solicita.

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

El actor considera que con expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan de la siguiente manera:

Primer cargo.- Violación del artículo 15 del Decreto 992 de 1.930 "... por errónea interpretación de los hechos que sirven de fundamento a su aplicación", por cuanto no existe documento probatorio alguna que demuestre que los compradores de los inmuebles tuvieren noticia de la ocupación de hecho antes del 4 de agosto de 1.986.

No obstante lo anterior, la Procuraduría fundamentó su decisión en la circunstancia de que "....por sí misma, por ser documento público (la escritura de compra-venta), da plena fe de lo allí estipulado, se dejó sentado que las partes 'proceden a dar cumplimiento a la promesa de compra-venta suscrita el día 4 de julio de 1.986 como se determina en las siguientes cláusulas'".

Además, la simple referencia en una escritura pública a un contrato solemne como lo es la promesa de compra-venta, no aprueba la existencia de dicho contrato.

Por otra parte, en la misma escritura de compra-venta aparece que la sociedad querellante se constituyó el 11 de julio de 1.986 y se registró en la Cámara de Comercio del 17 del mismo mes y año, es decir, el 4 de julio de 1.986 la sociedad no existía.

Si bien la cláusula cuarta de la escritura de compra-venta se indica que la compradora "en la actualidad" tiene pleno conocimiento de la ocupación de los inmuebles por parte de invasores y que tal circunstancia fue tenida en cuenta para la fijación del precio, no lo es menos que la expresión arriba señalada indica ".....que probablemente lo supieron unos minutos antes. No podemos saber cuándo lo supieron por primera vez, porque no fue probado en el expediente la fecha cierta en que lo supieron para comenzar a contar a partir de allí el término de la prescripción. Lo que sí es irrefutable es que el conocimiento no pudo darse

el 4 de julio de 1.986 porque la sociedad ni siquiera existía en ese momento".

Segundo cargo.- Violación del artículo 2535 del Código Civil, pues solo a partir del 4 de agosto de 1.986, fecha en que se firmó la escritura pública de compra-venta y, en consecuencia, se adquirió la tenencia de los inmuebles, es posible comenzar a contar el tiempo dentro del cual se debió ejercer la acción de lanzamiento.

Tercer cargo.- Violación del artículo 1o. del Decreto 992 de 1.930, por las mismas razones expuestas como concepto de la violación del artículo 2535 del C. C., y, además, por cuanto la Sociedad Inversiones Cospique Ltda. ejercitó la acción de lanzamiento dentro de los 30 días siguientes a la obtención de la tenencia y el simultáneo conocimiento de la ocupación de hecho.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 13 del Decreto 992 de 1.930, en concordancia con el artículo 306 del C. de P. C., pues tan sólo antes de practicarse el lanzamiento los ocupantes de los inmuebles tenían la oportunidad para exhibir el título o la prueba que justificara la ocupación, y tal era el momento de haber alegado la excepción de prescripción de la acción. Si así no lo hicieron, el Alcalde, por más que la hubiese observado, no podía reconocerla oficiosamente.

Quinto cargo.- Violación de los artículos 26 y 28 de la Constitución Política, pues no existe prueba de los hechos en los cuales se quiere fundamentar su responsabilidad disciplinaria.

Sexto cargo.- Violación del artículo 2o., literal h) del Acuerdo No. 1 de 1.985 emanado del Concejo Municipal de Cartagena, pues al Secretario de gobierno de dicho municipio correspondía tramitar el proceso que dió origen a la sanción disciplinaria impuesta. "Si el Dr. Rojas no tramitaba el expediente ¿cómo podía tener oportunidad procesal para pronunciarse dentro del juicio de lanzamiento. . .?.

e.- **Las razones de la defensa.**

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión , la parte demandada expresa, en síntesis los siguientes argumentos (fls. 37 a 40 y 74 a 76):

El actor construye teoría sobre la violación de los artículos 2535 del C. C. , 1o. y 13 del Decreto 929 de 1.930 y 306 del C. de P. C. sobre la negación indefinida de la inexistencia del conocimiento de la ocupación de hecho de los inmuebles objeto de la acción de lanzamiento, la cual lo lleva a deducir la inexistencia de un documento (promesa de compra-venta) y, finalmente a la inexistencia de la persona jurídica denominada Inversiones Cospique Ltda.

".... aunque gramaticalmente se pueda entrever la existencia de un hecho

concreto, resulta jurídicamente una negativa indefinida que como tal es de imposible demostración "(art. 177 inciso 2o. C. de P. C.), y ante la inexistencia del necesario respaldo probatorio (art. 177, inciso 1o. ibídem), resulta innecesario analizar las normas cuya violación se aduce.

En relación con la supuesta violación de los artículos 26 y 28 de la Constitución Política, solo cabe manifestar que el actor fue sancionado disciplinariamente luego de ejercer su derecho de la defensa y, obviamente, luego de no haber desvirtuado los cargos ni los hechos en que éstos se fundaron.

Finalmente, no es esta la oportunidad procesal para alegar que el responsable era el Secretario de gobierno y no el Alcalde.

f.- **La actuación surtida**

De conformidad con las norma previstas en el C. C. A., al proceso de le dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto visible a folio 29 se admitió la demanda y se dispuso darle trámite correspondiente.

Mediante providencia de 26 de agosto de 1.988 (fl. 43) se abrió a pruebas el proceso y se decretaron como tales las solicitadas por las partes.

Dentro del término del traslado para alegar de conclusión, tan sólo hizo uso de este derecho la parte demandada.

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera, en síntesis, lo siguiente (fls. 93 a 98):

De los antecedentes administrativos que dieron origen a la sanción impuesta, resulta que son dos los cargos que la Procuraduría General de la Nación formuló a la parte actora:

a) El lanzamiento que se decretó había sido objeto de proceso, conforme a la Resolución No. 202 de diciembre 26 de 1.983 y mediante la cual se resolvió suspender la diligencia al haberse aceptado las oposiciones.

b) La acción administrativa de lanzamiento se encontraba prescrita.

Frente al primero de los citados cargos se constata en el expediente administrativo que al llevarse a cabo la diligencia de lanzamiento ordenada

mediante la Resolución No. 202 de 26 de diciembre de 1.983, emanada de la Alcaldía Municipal de Cartagena, se aceptaron las oposiciones presentadas y se dejó en libertad a los interesados para acudir a la justicia ordinaria. Ello implica que ".... se trataba de un evento de los que ostentan **la fuerza obligatoria de la cosa juzgada** y que como tal, producía efectos para el futuro pero respetando las situaciones jurídicamente consolidadas, ante su inaplicabilidad hacia las que se presentaren hacia el futuro; .... " (subrayas de la Fiscalía).

En cuanto al segundo de los cargos formulados a la actora por la Procuraduría General de la Nación se tiene que la querella policiva intentada por la Sociedad "International Petroleum (Colombia)" desde diciembre de 1.983, fue desatada jurídicamente en enero de 1.984. Como quiera que en el caso bajo estudio la acción de lanzamiento se refirió a los mismos inmuebles y por los mismos hechos, ésta se encontraba prescrita frente a los hechos realizados en la diligencia de septiembre de 1.986, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 992 de 1.930.

Por lo anterior la Fiscalía considera que no deben prosperar las súplicas del actor.

CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Tal como se desprende claramente de los términos de la demanda, el aspecto central de este proceso radica en determinar si al momento de instaurarse la querella que dió lugar a que el Alcalde Mayor de Cartagena de Indias expidiera la Resolución No. 209 de septiembre 15 de 1.986 que decretó el lanzamiento de las personas que ocupaban los inmuebles de propiedad de la Sociedad Inversiones Cospique Ltda., la acción policiva de lanzamiento por ocupación de hecho se encontraba prescrita o no y si, como consecuencia de lo anterior, la expedición de dicha Resolución implicó la configuración de una falta disciplinaria por parte de la citada autoridad.

En relación con el primer aspecto, es decir, el que tiene que ver con la posible prescripción de la acción policiva de lanzamiento, al cual se refieren los cargos primero a cargo, la Sala considera que se trata de una discusión de carácter civil, por cuanto está de por medio un litigio entre particulares y la aplicación de normas de derecho privado sobre respeto de la propiedad privada, y para cuya solución existen instrumentos propios, ajenos a la jurisdicción contencioso administrativa.

Si bien la Sala reconoce que para la Procuraduría era necesario el análisis de esta situación jurídica propia del derecho privado para efectos de establecer las circunstancias fundamentales que podrían dar lugar a la configuración de una falta disciplinaria en cabeza del Alcalde Mayor de Cartagena, no es menos cierto que de la motivación de la decisión demandada y de los aspectos planteados

por el funcionario investigado resulta una serie de situaciones controvertibles, que no fueron suficientemente dilucidadas por el organismo sancionador.

Así, analizadas las razones expuesta por la parte actora tanto en la demanda como en el escrito de descargos presentado ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa (fls. 167 a 171 Cuad. Antecedentes Administrativos), en memorial de apelación de la Resolución No. 054 de 1.987, mediante el cual se le sancionó con multa equivalente a cinco (5) días del sueldo que devengaba en la época de los hechos materia de investigación (fls. 212 a 216 Cuad. Antecedentes Adm.), así como en las pruebas del proceso, la Sala encuentra lo siguiente:

Si bien en la Escritura Pública No. 1111 del 4 de agosto de 1.986, Notaría 26 del Círculo de Bogotá (fls. 45 a 70), mediante la cual la sociedad querellante adquirió los terrenos objeto de la medida policiva, se da cuenta de que con tal instrumento se da cumplimiento a la promesa de compraventa suscrita el 4 de julio de 1.986 y que es de conocimiento de la compradora que dichos inmuebles están ocupados por varias personas en calidad de invasoras, no lo es menos que el suscribir una promesa de compra-venta no transfiere por ese solo hecho al promitente comprador derecho sobre el bien prometido, diferente del consistente en que le sea efectivamente vendido en los términos de la promesa, más aún en el caso que se estudia, en donde de conformidad con la cláusula séptima de la escritura, la entrega física de los inmuebles" se hizo en la fecha de su suscripción.

Estando entonces establecida la acción policiva de lanzamiento en favor del tenedor de un inmueble, sería necesario dilucidar si tan solo con la adquisición de la tenencia del mismo se radica en su cabeza la protección de los derechos que en su favor otorga el Decreto 992 de 1.930 y sí, consecuentemente con ello, sólo a partir de dicha tenencia habrá de entenderse el sentido real del término de prescripción de la acción que consagra tal Decreto en su artículo 15, pues de nada serviría al promitente comprador tener conocimiento de la ocupación de hecho del inmueble que promete comprar, si no ha nacido para él el derecho de accionar conforme lo indica la norma, es decir, si no se ha transferido al menos su tenencia.

A este respecto, si l solución fuera la anterior, a pesar de que la sociedad querellante tenía conocimiento de la ocupación de hecho con anterioridad a la fecha del 4 de agosto de 1.986, de acuerdo con las pruebas del proceso sólo hasta la fecha habría adquirido la posibilidad legal de hacer uso de la acción policiva mencionada, por la cual apenas a partir de esa fecha, habría comenzado a correr para ella el término de prescripción. Y si, como se afirma en el acto demandado, a folio 8 del Cdno. Principal, la demanda o querella fue presentada el día 4 de septiembre de 1.986, ello querría decir que en ese momento no se había presentado el fenómeno de la prescripción.

A no ser que pueda considerarse que el nuevo tenedor no goza de esa acción

por garantizar ésta simplemente una perturbación objetiva , en cuyo caso la prescripción no solo correría contra el tenedor actual al momento de producirse la perturbación, sino contra los tenedores futuros, los cuales encontrarían ya prescrita la acción.

Pero independientemente de la duda anterior, que como ya se expresó constituye una discusión fundamentalmente de derecho privado, la Sala encuentra que la imputación hecha al actor adolece de algunos elementos necesarios para configurar una falta disciplinaria.

En efecto, la simple violación de una norma legal no constituye por sí misma una falta disciplinaria . Dicha violación conllevará la ilegalidad del acto expedido, pero no necesariamente implica una conducta del funcionario sometida a sanción. Para que se configure la falta disciplinaria, se requiere de una parte, la tipificación de la conducta como falta y, de otra, la demostración de la culpabilidad en que hubiere incurrido el funcionario al realizar esa conducta.

Así, para efectos de la tipicidad, la conducta del funcionario, además de violar una norma legal a que estaba sometido, como se pretendía en el caso de autos, deberá encasillarse dentro de una conducta tipificada como falta en las normas legales que regulan el régimen disciplinario a que está sometido el funcionario investigado, sin que pueda considerarse suficiente para este efecto las referencias que se hicieron en el escrito de cargos a "la Ley 25 de 1.974 y su Decreto Reglamentario", al artículo 20 de la constitución y al artículo 328 del Código de Régimen Político y Municipal, así como tampoco a las normas del Decreto 992 de 1.930, al artículo 104 del Código de Policía , al artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, ni al artículo 32 del Decreto 1333 de 1.986, ya que ninguna de estas normas tipifica por sí misma una falta disciplinaria.

Estrechamente ligado a lo anterior se encuentra el elemento de la culpabilidad, que se traduce en el factor subjetivo de intención o culpa con los cuales se actúa al realizar la conducta enjuiciada y que ha llevado a la doctrina e expresar que "la falta susceptible de sanción disciplinaria es todo acto u omisión del funcionario, **intencional o culposo**, que viole los deberes funcionales" (SAYAGUES LASO, Enrique. **Tratado de Derecho Administrativo.** Montevideo, 1.963, T. I., pág. 326).

Frente a los elementos anteriores, la Sala observa que tanto el pliego de cargos como los actos a través de los cuales se impusieron las sanciones en primera y en segunda instancia, se refieren exclusivamente a la violación de las normas sobre cosa juzgada y prescripción, que habrían sido violadas por el funcionario acusado, sin que de ninguna manera es conducta se tipificara desde el punto de vista de las faltas disciplinarias ni desde el punto de vista de la intención o culpa con las cuales hubiera actuado el inculpado.

Por lo anterior, la Sala considera que a través del acto impugnado se violó

el principio del debido proceso, garantizado en los artículos 26 y 28 de la Constitución Política, a los cuales se refiere el quinto cargo de la demanda, de acuerdo con cuyos ordenamientos "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa,. . . .observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", y que "aún en tiempo de guerra nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido al hecho y determinándose la pena correspondiente".

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala declarará la nulidad de la frase de la parte resolutiva del acto demandado, que reclama el actor y que a la letra expresa: ". . . .la sanción a la amonestación escrita con orden de anotación en su hoja de vida".

No se accederá a declarar la nulidad del numeral 2, de la parte motiva de la providencia impugnada, en razón a que los considerandos de un acto administrativo tan solo constituyen las razones que explican los fines y el respaldo legal y jurídico del mismo, es decir, su motivación, a la cual solo cabe acudir para de su análisis deducir, a manera de ejemplo, la falsa motivación de la providencia.

Sobre la petición, en el sentido de "Que se haga desaparecer, en tal forma que sea como si nunca hubiere existido , la anotación de su hoja de vida de la amonestación escrita de que habla la providencia de la Procuraduría. . . .", se considera que el restablecimiento del derecho en cuanto a ella respecta se logrará ordenando en el fallo que copia del mismo se agregue a su hoja de vida y se envíe a las dependencias correspondientes, lo cual implica que la sanción impuesta mediante el acto impugnado desaparezca de la vida jurídica.

En cuanto a que se declare que el actor ". . . . no ha infringido disposición legal ninguna" y que ". . . . es absolutamente inocente de la acusación que se formuló contra él", son peticiones respecto de las cuales no corresponde pronunciarse a esta jurisdicción. La Sala estima que la declaratoria de nulidad de la frase atrás expresada y la orden de agregar copia del fallo a la hoja de vida son suficientes para que el actor obtenga el restablecimiento del derecho buscado a través de la acción ejercida.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado , Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.- Declárase la nulidad de la frase ". . . .la sanción a la de amonestación escrita con orden de anotación en su hoja de vida", contenida en el ordinal primero de la parte resolutiva de la providencia de 22 de diciembre de

1.987, emanada de la Procuraduría General de la Nación, mediante la cual sancionó al doctor MANUEL DOMINGO ROJAS SALCEDO, en su calidad de Alcalde Mayor de Cartagena de Indias.

Segundo.- Ordénase a la Procuraduría General de la Nación agregar a la hoja de vida del doctor Manuel Domingo Rojas Salgado copia de esta sentencia, así como enviar copia de ella a la División de Registro y Control de la Viceprocuraduría General y a las demás dependencias que sea del caso, para que se hagan las anotaciones correspondientes.

Tercero.- Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto.- En firme esta providencia archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

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

Ernesto Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

JUEGOS PERMITIDOS / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO / ACCION DE REPARACION DIRECTA

La licencia de funcionamiento sujeta a una condición, puesta en conocimiento del interesado, implica que no se está en presencia de una omisión de la administración o una falta de cumplimiento de lo decidido por el superior jerárquico, que, eventualmente, compromete la responsabilidad extracontractual del ente territorial, ya que es claro que lo que se está es exigiendo el cumplimiento de la condición previa señalada en el acto que revocó la decisión del inferior, y de otro lado, no es un acto administrativo definitivo que esté resolviendo sobre el fondo del asunto, pues en ningún momento está negando la concesión de la licencia de funcionamiento o el cumplimiento de la decisión del superior. Se trata, entonces, de un acto de ejecución no susceptible de ser controvertido ante esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1470. Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Actor: ELEAZAR DE JESUS AGUDELO Y OTRO

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la referencia, por la cual se declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda promovida por los actores en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, en orden a obtener la declaratoria de responsabilidad del municipio de Pamplona por los actos administrativos expedidos y las omisiones

"ejecutadas", y, como consecuencia la condena de pago del valor de los perjuicios materiales por concepto de daño emergente y lucro cesante, desde la fecha en que el daño se produjo "hasta la fijación de la indemnización en la cuantía que se demuestre en el curso del proceso, o subsidiariamente, en el quantum que resulte de la liquidación posterior a la sentencia genérica conforme al art. 308 del C. de P. C.", y del valor de 1.000 gramos oro en la fecha del fallo, como compensación del daño moral ocasionado.

I. FUNDAMENTOS FACTICOS

Se sintetizan así:

1o. La Alcaldía del Municipio de Pamplona, mediante las resoluciones 328 y 329 del 2 de mayo de 1985, concedió permiso al señor Jaime Iván Osuna para el funcionamiento del juego "Lotería de Precisión", que funcionaría en los establecimientos de comercio denominados "Salón Regio" y "Café Oriental", de dicha ciudad, por el término de un año contado a partir de la fecha de las mismas resoluciones, previo el pago del impuesto en la Tesorería Municipal.

2o. Mediante Resolución 390 de mayo 2 de 198, la alcaldía municipal de Pamplona dispuso negar al señor Jaime Iván Osuna, la solicitud de ampliación del horario de funcionamiento del precitado juego, y cancelar en forma definitiva la licencia de funcionamiento por encontrarse caducada y no hallarse el titular de la misma a paz y salvo con el municipio.

3o. Interpuesto recurso de apelación contra dicha resolución, la Gobernación del Departamento de Norte de Santander, mediante providencia de diciembre primero de 1986, revocó la decisión de la alcaldía de Pamplona, dispuso que la "Lotería de Precisión", tendrá para su funcionamiento el mismo horario de los establecimientos comerciales, mencionados en la parte considerativa de la providencia, y que la "Lotería de Precisión" deberá pagar previamente todos los impuestos determinados por la Administración Municipal.

4o. Mediante escrito de febrero 10 de 1987, el señor Jaime Iván Osuna solicitó a la Alcaldía de Pamplona se diera cumplimiento a lo decidido por el señor Gobernador del Departamento Norte de Santander, ampliando el horario del juego y autorizando su funcionamiento, solicitud reiterada por el actor el día 20 del mismo mes y año.

5o. La parte actora considera que con la expedición del acto administrativo -resolución 390- de mayo 2 de 1986, y por el no cumplimiento de lo resuelto por la Gobernación del Departamento en la providencia de diciembre del mismo año, se ha generado responsabilidad extracontractual por la que debe responder la administración municipal de Pamplona.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Considera el juzgador de primer grado que se está en presencia de un acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo con efectos negativos, en relación con la solicitud formulada por la parte actora a la Alcaldía de Pamplona, no decidida oportunamente, y que, en tales condiciones, ha debido ejercerse la acción de restablecimiento del derecho y no la de reparación directa y cumplimiento, razón por la cual declara probada la acción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado de la parte actora al interponer el recurso de apelación expresa que, habiéndose surtido la actuación administrativa en forma favorable a los intereses de sus representados, le era imperativo a la administración municipal acatar la providencia del ad-quem, y que al actuar en sentido contrario, es decir absteniéndose de cumplir lo decidido por el Gobernador del Departamento, incurrió en una abierta y flagrante omisión de funciones, en una manifiesta falla del servicio público, lo que conlleva una responsabilidad estatal por la cual debe responder.

Que, por ello, la acción estuvo bien encaminada, y que utilizar la señalada en el artículo 85 del C. C. A., resultaría ilógico por cuanto ya por vía administrativa se había obtenido un pronunciamiento favorable en relación con lo que disponía el acto revocado.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Octavo de la Corporación solicita se modifique la sentencia apelada en el sentido de declarar la ineptitud adjetiva de la demanda, por cuanto al no producirse una respuesta expresa en relación con la solicitud formulada por la parte actora a la alcaldía de Pamplona, se dió un acto ficto o presunto con efectos negativos resultante de la figura del silencio administrativo, y en tales condiciones ha debido invocarse éste para ejercitar contra dicho acto ficto la acción de restablecimiento del derecho, lo que, al no haberse hecho, conlleva a la ineptitud adjetiva y no sustantiva, de la demanda, por error en la escogencia de la acción.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el recurso impetrado, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1a. La Sala no comparte el criterio expuesto por el a-quo, acogido por el

señor Agente del Ministerio Público ante esta Corporación, para declarar el primero la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda y, el segundo para solicitar que se modifique la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineptitud adjetiva de la demanda.

En efecto: es claro que habiéndose producido un acto administrativo de cancelación de una licencia de funcionamiento de un juego permitido por la ley y habiéndose interpuesto y decidido oportunamente por la Gobernación de Norte de Santander, el recurso de apelación que ejercitara la persona que se consideró afectada con aquella decisión, lo que seguía era la ejecución o cumplimiento de la decisión del superior por parte del funcionario inferior, concediéndose por la alcaldía de Pamplona la licencia de funcionamiento previo el pago de "todos los impuestos determinados por la Administración Municipal", como se expresó en la providencia de diciembre 1o. de 1986 de la precitada Gobernación. Por manera que la solicitud elevada a la alcaldía de Pamplona para que se diera cumplimiento a la decisión del señor Gobernador del Departamento, no abría paso a una nueva actuación administrativa y también, eventualmente, a otra vía gubernativa, dentro de la cual se produjera nuevo acto administrativo, de carácter ficto o presunto, que hubiera necesidad de demandar a través de la acción de restablecimiento del derecho, hoy de nulidad con restablecimiento del derecho, como se sostiene en la sentencia apelada.

Es evidente, entonces, que el no cumplimiento por parte del inferior de la decisión del superior, originaba la acción de reparación directa y cumplimiento, hoy de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del C. C. A., que fue la ejercitada por la parte actora.

2a. Pero como el señor apoderado de la parte demandada alega, y de ello existe plena prueba en el proceso (fls. 101 a 103 del expediente), que al actor no se le ha negado licencia de funcionamiento, sino que simplemente la administración municipal encontró que el señor Jaime Iván Osuna no estaba a paz y salvo con el Municipio, por todo concepto, ya que revisados los libros de la Tesorería Municipal, Industria y Comercio, dicha persona es deudor por este concepto, por el período comprendido entre el 1o. de enero y el 15 de septiembre de 1985, fecha en la cual el mencionado señor manifestó que cerraba el juego por cuanto el horario no le convenía, razón por la cual se le comunicó por oficio No. 01 de febrero 12 de 1987, que cuando cancelara el impuesto adeudado se le reconsideraría su petición, como lo había decidido la Junta de Hacienda del Municipio, respecto de lo cual la parte actora ha alegado que no debe nada, pero que si adeudara suma alguna al fisco municipal, ella debía cobrarse por las vías legales, la Sala debe pronunciarse sobre ese aspecto para llegar a una conclusión.

Como se ha visto, la Alcaldía de pamplona canceló en forma definitiva la licencia de funcionamiento por encontrarse caducada y no hallarse el titular de ella a paz y salvo con el municipio; sin embargo, la Gobernación del Departamen-

to al revocar la decisión del subalterno dice en los considerandos de su proveído que se canceló la licencia "sin dar explicación o motivar el por qué de esta determinación", y por ello, seguramente, dispuso que la "Lotería de Precisión" seguiría funcionando, pero debiéndose pagar, previamente, todos los impuestos determinados por la Administración Municipal de Pamplona, y en obedecimiento a ello, que por lo demás es obligación de ley, dicha administración le hizo saber al actor que la licencia sería considerada tan pronto pagara esos impuestos.

Esa decisión de la Administración, puesta en conocimiento del interesado mediante el oficio 01 de febrero 12 de 1987, de un lado, implica que no se está en presencia de una omisión de la administración demandada o una falta de cumplimiento de lo decidido por el Gobernador del Departamento, que, eventualmente, comprometa la responsabilidad extracontractual del ente territorial, ya que es claro que lo que se está es exigiendo el cumplimiento de la condición previa señalada en el acto que revocó la decisión del inferior, y de otro lado, no es un acto administrativo definitivo que esté resolviendo sobre el fondo del asunto, pues en ningún momento está negando la concesión de la licencia de funcionamiento o el cumplimiento de la decisión del superior.

Se trata, entonces, de un acto de ejecución no susceptible de ser controvertido ante esta jurisdicción, lo que lleva a la Sala a no compartir, por este otro aspecto, los planteamientos tanto del a-quo como del señor fiscal colaborador sobre la necesidad de impugnar el acto ficto o presunto resultante del silencio administrativo con efectos negativos, el cual por lo mismo, no se ha producido.

Ahora bien; que el titular de la licencia de funcionamiento deba o no el impuesto de industria y comercio -que según la Tesorería Municipal es el mismo impuesto de funcionamiento de juegos permitidos creado por el Concejo Municipal de Pamplona mediante Acuerdo 12 de 1985, anulado por el Tribunal Administrativo en sentencia de septiembre diez de 1986- cuya cuantía hace constar la Tesorería de Pamplona en dos ocasiones probatorias, es cuestión que no puede dilucidad esta Sección, pues no solo carece de competencia para decidir sobre el particular, sino que no aparece, por lo demás, prueba en el proceso del acto administrativo de liquidación, que de existir debía habérsele notificado personalmente al afectado, para que interpusiera los recursos gubernativos y las acciones contecioso-administrativas de ley.

Debe, entonces, la Sala limitarse, para llegar a una conclusión, a constatar que no se está en presencia de un hecho u omisión de las autoridades del municipio demandado que comprometa su responsabilidad extracontractual, pues simplemente se exigió el cumplimiento de la condición para pagar previamente unos impuestos para expedir la licencia de funcionamiento, lo que debió haberse hecho para que a ello se procediera, sin perjuicio de que pagados ellos, si no se debían realmente, se ejercitara la acción de nulidad con restablecimiento del derecho para obtener la devolución de lo indebidamente pagado.

En consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Fiscal y en desacuerdo con él,

FALLA:

1o. REVOCASE la sentencia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, con fecha 28 de septiembre de 1988.

2o. En su lugar, se DENIEGAN las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

PROYECTO DE ACUERDO / ACTO COMPLEJO / PROCESO DE REVISION / ACUMULACION DE PROCESOS - Improcedencia

Aceptando en gracia de discusión que el proyecto de Acuerdo y la sanción ejecutiva constituyan en todo, es decir, un acto administrativo complejo, no podría aceptarse la improcedencia de la acción de nulidad, contra el proyecto, por cuanto según la jurisprudencia de esta Corporación, cuando se trata de actos de esa naturaleza deben acusarse la totalidad de las manifestaciones de voluntad administrativa que se produjeron durante el proceso de formación, salvo aquellas que hubieren desaparecido por razón de los recursos gubernativos ordinarios. Entonces, antes de la sanción ejecutiva, o antes de que se decida sobre las objeciones por quien corresponda, Concejo o Concejo y Tribunal, el acto no es acusable ante esta jurisdicción. Siendo los procedimientos diferentes, habría imposibilidad jurídica para acumular los dos procesos, el especial de revisión y el ordinario de nulidad, contra el mismo acto o actos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1718. Recurso de apelación contra el auto de 12 de marzo de 1991, dictado por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del juicio de nulidad de los Acuerdos 026, 027 y 028 de 1990, proferidos por el Concejo Municipal de Honda. Actor MUNICIPIO DE HONDA (Carlos A. Arce Atuesta).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado especial del Municipio de Honda (Tolima), contra la providencia de la referencia por la cual se rechazó la demanda de nulidad formulada contra "los Proyectos de

Acuerdos Nos. 026, 027 y 028 del 23 de noviembre de 1990, emitidos por el Concejo Municipal de dicha localidad" y, en consecuencia, se ordena devolver los anexos a la parte actora.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El a-quo, mediante proveído de 6 de febrero del presente año, dispuso que la parte demandante corrigiera la demanda de nulidad promovida contra los proyectos de Acuerdo acusados, en el sentido de allegar copia o fotocopia autenticada de la sanción del Alcalde a los citados proyectos, y, como dicha parte después de no obtener la reposición de dicha providencia, no cumplió con el requerimiento, dentro del término que se le concedió de acuerdo con el art. 143 del C. C. A., según constancia secretarial, produjo la providencia recurrida por la cual se rechazó la demanda.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado de la entidad territorial demandante, lo fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) Se propuso la nulidad de "tres proyectos de acuerdo aprobados -(?)- en los tres debates reglamentarios por el Concejo Municipal de Honda, cuya sanción ejecutiva fue denegada por el Jefe de la Administración local, funcionario que los objetó infructuosamente y los remitió al Tribunal para su revisión jurídica".

b) En la causa petendi se dedicó un capítulo especial a estudiar "la procedencia de la acción contra actos **no definitivos** que apenas sí son intermedios, preparatorios o de trámite, puesto que los acuerdos de los concejos son actos complejos en los cuales, para su perfeccionamiento, intervienen diversos órganos de la administración" (subrayado fuera de texto).

Y en estas condiciones no podía el señor ponente para qué exigir al libelista la presentación de las constancias de sanción ejecutiva de los acuerdos, "**porque por ser actos inexistentes**, existía una imposibilidad capital absoluta para su aportación" (subrayado fuera de texto).

c) "Sinembargo, señores magistrados, lo insólito se trató de remediar con el recurso de reposición que no acogió el señor magistrado sustanciador, con el resultado de que la sala plena, haciendo abstracción total de los planteamientos de la demanda y de las razones que modestamente se expresaron en el memorial de reposición, aplicó con rigidez digna de mejor causa el segundo inciso de artículo 143 del C. C. A. . . . . ".

"No se detuvo el Tribunal a analizar, así fuera someramente, que no había nada que corregir al libelo, que éste era de admitir o rechazar, según el caso, por el aspecto de la procedencia o improcedencia de la acción contra actos imperfectos

o -mejor- no perfeccionados, por carecer de la sanción ejecutiva, etc., etc.- Y es de advertir que si el señor Alcalde optó por demandar los proyectos de acuerdo que él mismo remitió al Tribunal en cumplimiento de una función, por la cuerda de la acción de nulidad, lo hizo con pleno derecho por las siguientes razones:

En la acción pública de nulidad sí tiene cabida la figura de la suspensión provisional. En cambio no en la actuación de revisión que procede por demanda del alcalde o del gobernador.

Mientras en aquella existe la posibilidad de una segunda instancia, la acción de revisión es anodina y está llamada a desaparecer, porque lo que no se puede recurrir tampoco es posible enmendar".

III. LA DECISION

Para decidir, se considera:

1.- La legislación, la jurisprudencia y la doctrina nacional, han sido uniformes y reiteradas en preceptuar y sostener que las denominadas "acción de nulidad" y de "nulidad y restablecimiento del derecho" -antes de restablecimiento del derecho e inicialmente de plena jurisdicción-, por regla general, sólo proceden contra los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos que ponen término a una actuación administrativa o a la denominada vía gubernativa que se abre ante la interposición de los recursos administrativos ordinarios. Excepcionalmente, esa misma legislación, jurisprudencia y doctrina nacional, admiten las acciones contenciosas de nulidad o anulación contra los actos administrativos preparatorios o de trámite, cuando en razón de ellos, que más bien deberían denominarse "autos", se pone fin a una actuación administrativa por ser imposible la continuación de ésta.

2.- Podría sostenerse, entonces, que, en casos como el presente, de acuerdo con lo anterior es procedente demandar, mediante el ejercicio de una acción de nulidad, los proyectos de Acuerdo proferidos por un concejo Municipal y objetados por el Alcalde, y que, en tal evento pueden acumularse en el Tribunal Administrativo respectivo los dos procesos que cursen para decidirlos mediante una sola providencia: el proceso de nulidad y el proceso de revisión que se inicia en virtud de las objeciones planteadas por el Alcalde, en atención a que el proyecto de Acuerdo, una vez aprobado por el Concejo, pone término a la actuación administrativa, y la sanción ejecutiva que le debe impartir al Alcalde para que el proyecto se convierta en acto administrativo, sólo es otra manifestación de voluntad que con las del Concejo Municipal integran el denominado "acto administrativo complejo".

Las siguientes consideraciones deben llevar a la conclusión contraria:

a) Sobre la naturaleza jurídica de acto administrativo complejo, del

Acuerdo de un Concejo Municipal, entendido por tal aquel que requiere la intervención de dos o más órganos, conjunta o sucesivamente, de la misma autoridad o de varias, según Sayagués Laso, o aquel que requiere varias actuaciones jurídicas **para su expedición,** como aquellos que están sujetos a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos o autoridades, o que requieren varias aprobaciones, según Libardo Rodríguez R., no existe uniformidad en la doctrina. Y no la existe sencillamente por cuanto lo que acontece con los Acuerdos, es que la sanción ejecutiva por parte del alcalde municipal, que convierte el proyecto en acto administrativo definitivo, corresponde al ejercicio del denominado poder o control de tutela que ejerce el poder central sobre el órgano principal del ente territorial o descentralizado, consecuencia de la centralización política que rige a la República de Colombia, que implica que el órgano que lo ha expedido, teniendo en cuenta las objeciones del alcalde reexamine su decisión desde el punto de vista constitucional y legal, y del de conveniencia, y no corresponde a **una intervención, a una actuación jurídica** -salvo la iniciativa gubernamental que podría considerarse como tal-, **para su expedición.** Pudiera decirse, que es el **pase,** la vía libre que da el alcalde -aun cuando ya no como agente del poder central, que lo dejó de ser al establecerse su elección popular-, en nombre del poder central, para que la decisión, que hasta entonces no es definitiva, sea obligatoria y ejecutable.

b) Empero, aceptando en gracia de discusión que el proyecto de Acuerdo y la sanción ejecutiva constituyan un todo, es decir, un acto administrativo complejo, tampoco podría aceptarse la improcedencia de la acción de nulidad contra el proyecto, por cuanto según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, cuando se trata de actos de esa naturaleza deben acusarse la totalidad de las manifestaciones de voluntad administrativa que se produjeron durante el proceso de su formación, salvo aquellas que hubieren desaparecido por razón de los recursos gubernativos ordinarios.

c) Por otra parte, según el artículo 125 del C. de R. M. (Decreto-ley 1333 de 1986), "Si el alcalde no cumpliere el deber de objetar los **proyectos** de acuerdo -es decir, si los sanciona, observa la Sala-, o si las objeciones fueren declaradas infundadas por el concejo- se refiere la norma a las formuladas por razones de conveniencia, pues es claro que las formuladas por razones de constitucionalidad o legalidad tienen un procedimiento especial que desemboca en el Tribunal Administrativo del Departamento-, el acto es acusable por cualquiera de las autoridades o de las personas que pueden hacerlo".

Ello quiere decir, ni más ni menos, que antes de la sanción ejecutiva, o antes de que se decida sobre las objeciones por quien corresponda, Concejo o Concejo y Tribunal, el acto no es acusable ante esta jurisdicción.

d) Finalmente, uno es el procedimiento, de naturaleza especial, que consagra la ley (artículos 114, y 121 del C. R. M.) para tramitar las objeciones del alcalde formuladas contra el proyecto de Acuerdo por razones de orden constitu-

cional o legal, no aceptadas por el Concejo, y otro, de carácter ordinario, el que establece la ley (artículos 206 y ss. del C. C. A.) para tramitar la acción de nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho que se instaure por cualquier autoridad o por cualquier persona contra actos administrativos, generales o individuales, y, siendo los procedimientos diferentes, habría la imposibilidad jurídica para acumular los dos procesos, el especial de revisión y el ordinario de nulidad, contra el mismo acto o actos, por cuanto el artículo 157 del C. P. C., establece como uno de los requisitos para la procedencia de esa acumulación, el que los dos procesos sean de igual procedimiento; además, la sentencia o decisión adoptada por el Tribunal en relación con el proceso especial de revisión, carece de recurso alguno, como el de apelación ante esta Corporación, al paso que la dictada en el ordinario de nulidad, es susceptible de tal recurso cuando el municipio es capital de Departamento o su presupuesto anual ordinario es superior a la cifra señalada en el Ley procesal administrativa.

Por otra parte, no debe dejar la Sala de observar que la existencia de la posibilidad de que se produzca el decreto de suspensión provisional en el procedimiento ordinario y la inexistencia de la misma medida precautelativa en el procedimiento especial de revisión de acuerdos u ordenanzas objetados, tiene su razón o fundamento en la circunstancia de que este último es un procedimiento abreviado en el cual la decisión, normalmente, debe producirse dentro de un plazo de cuarenta a cincuenta o sesenta días hábiles, que se dilatarían si procediera el decreto de suspensión provisional y existiera, por consiguiente, la posibilidad de su impugnación mediante los recursos ordinarios de reposición, apelación o súplica, a lo cual cabe agregar que no tendría objeto la medida precautelativa, ya que mientras las objeciones por inconstitucionalidad o ilegalidad no sean decididas definitivamente por el Tribunal, el proyecto de Acuerdo no es obligatorio ni ejecutable por autoridad alguna.

Por las anteriores consideraciones, el recurso no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo contencioso Administrativo,

RESUELVE:

CONFIRMASE el auto de doce (12) de marzo del presente año, dictado por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael

Ariza Muñoz, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DEMANDA - Interpretación / **PARTES** - Designación / **LEGITIMACION POR PASIVA**

Si bien es cierto que el escrito de demanda presentado no cumplió con la exigencia de indicar como parte demandada a la persona moral con personería jurídica -la Nación- y con capacidad para ser parte en el proceso, y tampoco con el de estimar razonadamente la cuantía de la acción, no es menos cierto que, en cumplimiento de los preceptuado en el inciso 2 del art. 143 del C. C. A., debió señalarse o indicarse esos defectos "simplemente formales" y subsanables por la parte actora, y concederle el plazo de ley para que los corrigiera, con la advertencia que de no hacerlo o realizarlo extemporáneamente se produciría el auto de rechazo del escrito o memoria.

Consejo de Estado,- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D. E., veintisiete (27) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente No. 1725. Recurso de apelación contra el auto de 25 de octubre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del juicio de nulidad de las resoluciones 017 y 106 de 1990, dictadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Actor: SOCIEDAD COLOMBINA S.A. y otra.

Se decide el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de la referencia, en cuanto por ella se inadmitió la demanda promovida por las sociedades COLOMBINA S.A. y PROTABACO S.A., por cuanto "el demandado carece de capacidad para ser parte", ya que la acción incoada se dirige expresamente contra "LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO",

organismo adscrito al Ministerio de Desarrollo Económico que carece de personería jurídica.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Al interponer el recurso, el señor apoderado de las personas jurídicas demandantes, lo sustenta en las siguientes consideraciones:

1a. La demanda no fue dirigida directamente contra la Superintendencia de Industria y Comercio, porque la parte pertinente de aquella dice: "Parte demandada, los actos administrativos que se impugnan en esta demanda fueron expedidos por la Superintendencia de Industria y Comercio. El actual Superintendente es la doctora Fidelia Villamizar de Pérez y puede ser notificada en la Carrera 13 No. 27-00, Piso 10."

2a. El texto original manuscrito de la demanda agregaba esta frase: "Por consiguiente, es parte demandada la Nación (Ministerio de Desarrollo) representada por la señora Superintendente de Industria y Comercio". Desafortunadamente la procesadora y la impresora omitieron esta frase.

3a. Comprendo perfectamente que esta explicación no subsana la omisión, pero sí corrobora mi tesis de que la norma aplicable en este caso es el inciso segundo del artículo 143 del C. C. A., y que, por consiguiente, el auto de 25 de octubre de 1990 debe ser revocado y en su lugar debe aceptarse la corrección que en este escrito hago y debe admitirse la demanda, porque según el espíritu de la norma y la sana hermenéutica, cuando la demanda tiene algún defecto, no puede ser inadmitida sin haber dado al demandante oportunidad para corregirla.

Por ello, solicita el apelante que, teniendo en cuenta la corrección anotada anteriormente, se revoque el auto y se disponga la admisión de la demanda.

II. LA DECISION

Para decidir, se **considera:**

a) La Sala es competente para conocer del recurso interpuesto pues se trata de una acción de nulidad con restablecimiento del derecho por cuantía, siendo ésta, según las resoluciones sancionatorias, superior a $1.120.000.oo, señalados en el numeral 9o. del art. 132 del C. C. A., en concordancia con el art. 265 ib., en la forma como quedó después de su subrogación por el art. 4o. del decreto ley 597 de 1988.

b) El artículo 137 del C. C. A., consagra los requisitos que debe contener toda demanda que se dirija a esta jurisdicción, entre los cuales se encuentra el relativo a la "designación de las partes y de sus representantes", y los artículos

139, 140 y 141 ib. los anexos de la demanda, tales como la copia autenticada del acto acusado, con sus constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso, el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título, la prueba de la existencia de las personas jurídicas distintas a las de derecho público, el comprobante de consignación de la suma controvertida si se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas, la copia autenticada del texto legal cuando se trata de normas jurídicas que no tengan alcance nacional, etc.

c) Es claro, por otra parte, que cuando se demanda a una persona no natural, es decir, a una moral o jurídica, ella debe tener capacidad para ser parte, en razón de poseer la correspondiente personería jurídica, personería que, en tratándose de entidades públicas, no la tienen los ministerios, ni los departamentos administrativos, ni las superintendencias, organismos del orden nacional, sino la Nación de la cual forman parte como integrantes de la rama ejecutiva del poder público.

Por consiguiente, cuando el acto demandado, o el hecho que compromete la responsabilidad estatal, o el contrato administrativo o asimilable a él, proviene o ha sido celebrado por funcionario de un ministerio, de departamento administrativo o de una superintendencia, la demanda debe ser dirigida expresamente contra la Nación, que es la que posee la personería jurídica y, por ende, la capacidad para ser parte en el juicio contencioso, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación.

d) Pero igualmente es cierto que el juez tiene el control sobre la demanda y un poder de interpretación de ella, y que, en ejercicio de esos poderes, tiene no sólo la facultad de inadmitirla o aplazar su admisión cuando el escrito que la contiene presenta defectos subsanales por la parte actora, tales como, por ejemplo, el no señalamiento de los hechos que dieron origen a la contención, las disposiciones que se consideran violadas o sus fundamentos de derecho, la cuantía de las pretensiones, la indicación como parte demandada de persona que no tiene personería jurídica, etc., señalando los defectos y concediendo al demandante el término de ley para su corrección, con la advertencia de que de no hacerlo o hacerlo extemporáneamente se producirá su rechazo in limine, sino, igualmente, como lo dijo recientemente la Sección, la de interpretarla, y en tal virtud, tener como parte demandada a la personal moral a la cual pertenezca o de la cual forma parte el órgano, autoridad o funcionario que expidió el acto administrativo, realizó o ejecutó el hecho que eventualmente comprometa la responsabilidad estatal o celebró el contrato administrativo acusado o que dió origen a la contención, que posea la correspondiente personería jurídica, pues al fin y al cabo, la misión fundamental del juez es la de administrar justicia decidiendo el fondo de la controversia, para lo cual debe utilizar todos los poderes

que le confiere el ordenamiento legal, inclusive el de decretar pruebas de oficio y adoptar las medidas necesarias en orden a evitar nulidades y providencias inhibitorias, que tan mala imagen le dan a la administración de justicia.

e) En tales condiciones, si bien es cierto que el escrito de demanda presentado por el señor apoderado de las sociedades demandantes, no cumplió con la exigencia de indicar como parte demandada a la personal moral con personería jurídica -la Nación- y con capacidad para ser parte en el proceso, como lo señala el a-quo, y tampoco con el de estimar razonadamente la cuantía de la acción, necesaria para determinar la competencia del Tribunal, en primera o en única instancia, como lo exige el precitado art. 137 del C. C. A., a lo cual no se refirió el a-quo, por cuanto probablemente consideró que no era del caso hacerlo ante lo observado en cuanto a la capacidad para ser parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, no es menos cierto que, en cumplimiento de los preceptuado en el inciso segundo del art. 143 del C. C. A., debió señalar o indicar esos defectos "simplemente formales" y subsanables por la parte actora, y concederle el plazo de ley para que los corrigiera, con la advertencia que de no hacerlo o realizarlo extemporáneamente se produciría el auto de rechazo del escrito o memoria.

En consecuencia, el recurso de apelación está llamado a prosperar y deberá revocarse la providencia recurrida, para en su lugar, aplazar la admisión de la demanda y ordenar a la actora la corrección de su libelo de demanda, conforme a lo expresado y en el término para que tal efecto se le otorgará.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE:

REVOCAR la providencia apelada de 25 de octubre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso de la referencia, y, en su lugar, disponer la corrección de la demanda presentada por las sociedades Colombina S. A. y Protabaco S. A., por las razones anotadas en la parte motiva de este proveído.

Concédese a la demandante un término de cinco (5) días, contados a partir de la notificación de la providencia por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ordene dar cumplimiento a lo dispuesto por esta Corporación, para que proceda a la corrección de la demanda, con la advertencia de que de no hacerlo, se procederá a dictar el auto de rechazo.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y

aprobada por la Sala en su sesión de fecha 27 de junio de 1991.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Ramírez Arcila.

Víctor M. Villaquirán, Secretario

SEGURO POR DAÑOS / POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites / **INTERVENCION DEL ESTADO** - Inexistencia /**PODER DE POLICIA.**

Los artículos que crean la obligación del seguro de accidentes lo establecen como una condición para que el propietario del automotor pueda obtener la licencia de tránsito, es decir, la habilitación del Estado para circular. El tránsito o circulación no es una actividad económica no así la trata la Constitución o la ley. Para nuestro orden interno y para los derechos internos de todos los países del mundo, las normas de tránsito son reglas de policía destinadas a garantizar la vida y seguridad de las personas. Las normas de tránsito no son de intervención en la economía, sino de Policía. Su estudio se ha hecho por la Sala en relación con las limitaciones de las normas que dice reglamentar, encontrándolas por esta Corporación contrarias a las ley , y a la Constitución.

DECRETASE LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto Reglamentario No. 0104 de enero 5 de 1.990, dictado por el señor Presidente de la República en uso de las facultades del artículo 120-3 de la Constitución Nacional, en la parte que reza "(. . .) así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este Decreto y en la respectiva póliza de seguros".

DECRETASE LA NULIDAD de la letra b) del numeral 1o. del artículo 2o. del Decreto 0104 de enero 5 de 1.990, introducida como modificatoria del artículo 6o. del Decreto 2544 de 1.987, cuyo texto dispone: "b) Gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente de tránsito, cubierto por el seguro, que ingresa al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por

laCompañía aseguradora directamente al establecimiento hospitalario o clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuenta de cobro por dicho concepto. El establecimiento hospitalario o clínica abrirá, con las sumas recibidas por éste concepto, una cuenta especial destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias. Esta cuenta será manejada siguiendo las orientaciones que el Ministerio de Salud les señale al establecimiento, y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. La compañía aseguradora y los establecimientos hospitalarios y clínicos enviarán trimestralmente a la División de Control de Accidente y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud o la dependencia que haga sus veces, una comunicación escrita, en la cual se indiquen las sumas pagadas por este concepto y los demás datos que establezca la mencionada reglamentación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E. veintiocho (28) de junio de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Carlos Ramírez Arcila.*

Referencia: Expediente No. 1420. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actor: UNION DE ASEGURADORES DE COLOMBIA "FASECOLDA".

La Unión de Aseguradores de Colombia, FASECOLDA, por conducto de apoderado y mediante demanda presentada ante la Secretaría del Consejo de Estado, impetró la siguiente petición:

"Obro con fundamento en la acción de nulidad consagrada por el artículo 84 del C. C. A. (Decreto 01 de 1.984, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1.989), y respetuosamente pido que, mediante las ritualidades prescritas por el Título XXIV del C. C. A., (Decreto 01 de 1.984), modificado por el Decreto 2304 de 1.989, con audiencia del señor agente del Ministerio Público, el Honorable Consejo de Estado, declare la nulidad de las siguientes partes del Decreto reglamentario 104 de 1.990:

"A. Parcialmente , en la parte que se subraya, del artículo 1o. cuyo texto dispone:

""**Artículo 1o.**- El Artículo 4o. del Decreto 2544 de 1.987 quedará así:

"Artículo **4o.**- El seguro sobre el cual versa este Decreto, tiene por objeto cubrir la muerte, los daños corporales físicos causados a las personas y los gastos que deban sufragar por atención médica quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria, originados en accidente producidos por vehículos automotores asegurados, **así como también los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias de los estableci-**

mientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este Decreto y en la respectiva póliza de seguros.

"Quedan excluídos de esta cobertura los siniestros ocurridos fuera del territorio nacional o en competencia automovilísticas deportivas, realizadas en vías que no sean de uso público".

"B. El artículo **2o.** del mencionado Decreto 104 de 1.990 en la fracción correspondiente a la letra b) del numeral 1, introducida como modificatoria del artículo **6o.** del Decreto 2544 de 1.987, cuyo texto dispone:

""**Artículo 2o.** El artículo **6o.** del decreto 2544 de 1.987 quedará así:

"Artículo **6o.** En las condiciones generales de la póliza se incluirán las siguientes coberturas:

"1-. . . . .

"a). . . . .

"b) Gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente por cada persona lesionada en el accidente de tránsito, cubierto por el seguro , que ingresa al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por la Compañía aseguradora directamente al establecimiento hospitalario y clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuenta de cobro por dicho concepto. El establecimiento hospitalario o clínica abrirá, con las sumas recibidas por este concepto, una cuenta especial destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias. Esta cuenta será manejada siguiendo las orientaciones que el Ministerio de Salud le señale al establecimiento, y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. La Compañía aseguradora y los establecimientos hospitalarios y clínicos enviarán trimestralmente a la División de Control de Accidentes y de Salud Ocupacional del Ministerio de Salud o de la dependencia que haga sus veces, una comunicación escrita, en la cual se indiquen las sumas pagadas por este concepto y los demás datos que establezca la mencionada reglamentación".

En algunos de los apartes de los Hechos fundamentales de la acción se afirma en la demanda:

"1. La Ley 33 de 1.986 estableció el seguro por daños causados a las personas

en accidentes de tránsito con carácter obligatorio y con acción directa del perjudicado contra la aseguradora, en los siguientes términos:

""**Artículo 15.** El artículo 259 del decreto Ley 1344 de 1.970, será el siguiente:

""**Artículo 259-** El seguro por daños a las personas causados en accidentes de tránsito será obligatorio y el perjudicado tendrá acción directa contra el asegurador.

""**Artículo 116-** El artículo 260 del Decreto Ley 1344 de 1.970 será el siguiente:

""**Artículo 260-** Las Compañías de Seguros establecidas en el país y que tengan autorización para operar en el ramo de automóviles, están obligadas a otorgar el seguro establecido en el artículo anterior".

"2. En uso de la potestad reglamentaria que le confiere el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República expidió el Decreto No. 2544 de 1.987, "por el cual se reglamentan los artículos 115 y 116 de la Ley 33 de 1.986 (Artículo 259 y 260 del Decreto Ley 1344 de 1.970), y 3o. de la Ley 16 de 1.979".

"Dicho Decreto prescribe, en todo ceñido a la ley reglamentada, la obligatoriedad del seguro contra los daños corporales que se causen a las personas en accidentes de tránsito, la definición de automotores, el otorgamiento obligatorio de dicho seguro por las aseguradoras establecidas en el país que tengan autorización para operar en el ramo de automóviles, el objeto del seguro, la cobertura y sus cuantías y el pago de la indemnizaciones.

"3. En relación con los acápites correspondientes al Objeto del seguro y Cobertura y Cuantías, e decreto 2544 de 1.987 prescribía:

""**Artículo 4o.** El seguro sobre el cual versa este Decreto, tiene por objeto cubrir la muerte o los daños corporales o físicos causados a las personas y los gastos que se deben sufragar por atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria o funeraria, originados en accidentes producidos por vehículos automotores asegurados, en las condiciones y dentro de límites indicados este decreto y en la respectiva póliza de seguro.

""Quedan excluídos de esta cobertura los siniestros ocurridos fuera del territorio nacional o en competencias automovilísticas deportivas, realizadas en vías que no sean de uso público".

""**Artículo 6o.-** En las condiciones Generales de la Póliza, se incluirán las

siguientes coberturas:

""1) Gastos médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios por lesiones con una indemnización máxima de trescientas (300) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

""2) Incapacidad permanente, entendiéndose por tal la prevista en los artículos 209 a 211 del Código Sustantivo del Trabajo, con un indemnización máxima de ciento ochenta (180) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente , a la cual se le aplicarán los porcentajes contenidos en las tablas respectivas.

""3) Muerte de la víctima como consecuencia del accidente, siempre y cuando ocurra dentro del año siguiente a las fecha de éste, en cuantía equivalente a seiscientas (600) veces el salario mínimo legal diario vigente en el momento del accidente.

""4) Gastos funerarios, si la muerte ocurriere como consecuencia del accidente dentro del lapso señalado en el literal anterior, con una indemnización máxima de ciento cincuenta (150) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente.

""**Parágrafo-** El valor de estas coberturas se entiende fijado para cada víctima y así se aplicará con prescindencia del número de víctimas resultantes de un mismo accidente".

"El artículo 5o. del mencionado Decreto 2544, el cual no ha sido modificado por el Decreto 104, reitera el carácter indemnizatorio de esta clase de seguro, al prescribir que "En el seguro de que trata este Decreto todo pago indemnizatorio se efectuará tan sólo con la demostración del accidente y de sus consecuencias dañosas para la víctima".

"Por otra parte, el artículo 7o. del mismo Decreto, que también rige en la actualidad, preceptúa, de conformidad con la Ley, que la víctima y sus causahabientes -como titulares del derecho- reclamarán a las Compañías aseguradoras, la indemnización, las que deberán pagarla dentro de los 30 días hábiles siguientes a la entrega de la reclamación con las pruebas del accidente, de los daños corporales, de su cuantía y de la calidad de causahabiente, en su caso. Agrega la norma en su parágrafo que los establecimientos hospitalarios o clínicos o las entidades de seguridad o previsión social, podrán exigir el pago a las compañías aseguradoras, en virtud de convenios que éstas celebren con aquellos, o por razón de la cesión que efectúen las víctimas, de su derecho.

"Por otra parte, el Decreto 1063 de 1.988 en su artículo 1o. le otorgó las

entidades adscritas al Sistema Nacional de Salud, o sea a los hospitales públicos incluídas las clínicas de seguridad y/o previsión social, la facultad de exigir directamente los pagos a las compañías de seguros, por concepto de las indemnizaciones correspondientes a los costos médicos de las víctimas de los accidentes de tránsito, independientemente de la cesión de los derechos por éstas, o de convenio celebrado entre dichos establecimientos adscritos al sistema nacional de salud y las aseguradoras.

"Sin embargo, las relaciones de los establecimientos hospitalarios o clínicos de cualquier clase con la Compañías aseguradoras se refieren a la remuneración por los servicios que aquéllos prestan a las víctimas de los accidentes, pero ello no quiere decir que dichos establecimientos sean parte del contrato de seguro, ni que sean tomadores, ni beneficiarios.

"4. En uso de la misma potestad reglamentaria (ordinal 3o. del artículo 120 de la C. N.), el Presidente de la República expidió el Decreto 104 del 5 de enero de 1.990, "Por el cual se modifican los artículos 4o., 6o., y 11 del Decreto 2544 de 1.987, referente al seguro obligatorio de daños causados a las personas en accidentes de tránsito". En el acusado Decreto 104 de este año, el ejecutivo excede las facultades invocadas, propias de la potestad reglamentaria, al establecer en el artículo 1o. modificatorio del artículo 4o. del decreto 2544 (Véase letra A del petitum) la obligación de cubrir un nuevo "riesgo", que ni contemplaba el Decreto modificado, ni la ley reglamentada o sea la Ley 33 de 1.986, consistente, según el artículo 2o. ibídem, en el pago de los "gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, por cada persona lesionada en el accidente de tránsito, cubierta por el seguro, que ingrese al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por la compañía aseguradora directamente al establecimiento hospitalario o clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuenta de cobro por dicho concepto".

"El Decreto acusado en el literal b) del numeral 1 del artículo 2o. que se transcribe íntegramente en el petitum, (Cap. II, B), ordena que con las sumas recibidas, los establecimientos hospitalarios o clínicas deberán abrir una cuenta especial, destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, cuenta que será manejada siguiendo las orientaciones del Ministerio de Salud y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el gobierno nacional. Finalmente establece la obligación a cargo de las aseguradoras y de los establecimientos de enviar trimestralmente a la División de Control de Accidentes y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, una comunicación escrita con la indicación de las sumas pagadas por tal concepto y los demás datos que establezca la

mencionada reglamentación.

"5. . . . . ".

Dentro del concepto de violación de normas, se expuso:

". . . . . .

"La ley reglamentada -con meridiana claridad- estableció y definió el seguro obligatorio para personas por accidente de tránsito , como un Seguro de Daños.

"Por lo anterior, esta modalidad del seguro se somete a los preceptos explicados, con la advertencia de que las clínicas y hospitales no son parte del contrato y que, en el caso de los privados, su derecho a reclamar directamente a las aseguradoras proviene, bien de un convenio con ésta, bien de la cesión de derechos hecha por los beneficiarios o causahabientes; y en el caso de la públicas, que son los adscritos al sistema nacional de salud, el derecho a reclamar directamente de las aseguradoras le es atribuído por el artículo 1o. del Decreto 1063 de 1.988.

"Por la supremacía jerárquica de las normas legales contenidas en el código de comercio, el Presidente de la República debió someterse a todas las disposiciones mencionadas, cuando ejerció su potestad reglamentaria mediante el decreto cuya nulidad parcial se demanda.

"2. **Concreción Violatoria de la Normatividad Superior.**

"2.1. La extensión de la indemnización del seguro a los establecimientos hospitalarios y clínicos para mejorar los servicios de atención médica de urgencia, constituye una desfiguración , a todas luces ilegal, que desquicia de raíz los principios de este seguro de daños a personas por accidentes de tránsito, principios que han sido consagrados por la Ley mercantil en las normas que se vienen examinando. En efecto, el mejoramientos de tales servicios no es un riesgo, o en todo caso no es un riesgo asegurable, porque el siniestro que se trata de amparar es un hecho cierto, no sólamente futuro sino pretérito, puesto que la deficiencia de tales servicios es una realidad notoria que desde hace muchos años viene afectando la comunidad. Aquí aparece quebrantado el artículo 1054, según el cual los hechos ciertos, salvo la muerte, no constituyen riesgos y son por tanto extraños al contrato de seguros. Igualmente es violado el artículo 1045-2 que incluye entre los elementos esenciales del contrato de seguros la existencia de un "riesgo asegurable".

"2.2.. Se vulnera así mismo el artículo 1073 , porque de existir riesgo, este

ya se habría realizado, es decir que se habría tornado en siniestro, (artículo 1072) con anterioridad a la celebración del contrato de seguro, puesto que la deficiencia de los servicios médicos de urgencia es un hecho notorio de público conocimiento que se viene consumando en el país desde hace muchos años; en consecuencia aparece igualmente transgredido el artículo 1073 **in fine** conforme al cual si el siniestro se inicia antes y continúa después, de que los riesgos hayan principiado a correr por cuenta del asegurador, este no será responsable por el siniestro".

"....."

Bajo el acápite **"Exceso y abuso de la Potestad Reglamentaria,** se expresa en algunos apartes:

"....."

"La violación de los principios jurídicos anotados conducen a la transgresión de la ley reglamentada, al quebranto de otras normas de superior jerarquía, y, en ambos casos, a la infracción directa del numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional. Con modalidades distintas, según el caso, por exceso, abuso o indebida atribución de funciones.

"En el caso sub-examine, mediante el Decreto 104 enjuiciado, resulta flagrante, ostensible y directamente violada, la Ley 33 de 1.986 en los art. 115 y 116; y además se ha transgredido la Constitución en los arts. 2o., 19, 43, 55, 76, 120-3 y 206, y el art. 12 de la Ley 153 de 1.987, por las siguientes razones:

"El epígrafe de a ley dice: "Por la cual se modifica el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones".

"No es discutible la necesidad de la reglamentación de la ley porque esta no reguló íntegramente la materia, pero el Presidente extralimitó (sic) sus funciones y se atribuyó otras propias del Congreso de la República , en la parte demandada del decreto reglamentario.

"4.3. En efecto, de la materia, la letra, la intención y contenido intrínseco y finalista de los artículos 115 y 116 de la Ley, no se deduce el propósito o finalidad de recaudar rentas o recursos destinados a fortalecer financieramente el sistema público de salud, en lo relativo al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia. Debe destacarse de plano que el pago o "indemnización" por gastos destinados para este objeto, constituye un parte de la cobertura o amparo por concepto de gastos efectivamente causados por servicios médicos, quirúrgicos, farmacéuticos y hospitalarios". (fls. 35 y 36).

Suspensión provisional: Con la demanda se solicitó esta medida cautelar y la Sala al considerarla viable la decretó. En su fundamentación se expuso:

"Los esquemas disposicionales sometidos a confrontación delimitan como objeto de su respectivo contenido preceptual: "El seguro por daños a las personas, causados en accidentes de tránsito. . . . " como se evidencia de los artículos 115 y 116 de la precitada Ley 33 de 1.986, cuando el mandamiento decretal cuestionado, es decir, el 104 de 1.990 en sus precisiones jurídico-positivas 1 y 2 literal b) introducen como elemento de materia puntualizada y renglón de obligatoria cobertura". . .los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica, quirúrgica, farmacéutica, hospitalaria y funeraria. . . ." y comprendida en esta ". . . . . gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, con suma equivalente cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente. . . . . ".

"Resulta por modo que, si la finalística constitucional enmarcada en el artículo 120-3 de la Constitución Nacional se traduce en la atribución presidencial de ejercicio de la potestad reglamentaria ". . . expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes. . . . . ", los instrumentos de ejecución necesariamente han de gravitar sobre el propósito explícito, el contenido, ratio materiae y su característica definidora, por lo que todo elemento heteróclito, fuera de orden o extraño a los lineamientos preanotados, lo contradice y vulnera, deviniendo en extralimitación contra legem; y ello cabalmente a juicio de la Sala acontece en el caso sub-análisis, cuando a la específica télesis de normar un seguro por daños a las personas, con causa de accidente de tránsito, se introduce como objeto, un elemento ajeno y antitético como lo es el mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias. Extraño, por cuanto la especificidad de lo previsto es el artículo 115 de la Ley 33 de 1.986 impide su inclusión secundum legem; y antitético por cuanto los citados gastos de mejoramiento suponen, por imperativo lógico, una finalidad reluctante a la indemnización por el daño normado como núcleo del seguro ordenado por la ley.

"En el mismo sentido de padecimiento a la Ley 33 de 1.986, ha de atribuirse a lo reglado en el artículo 2o. letra b) del ordenamiento enjuiciado, al prescribir como comprendido dentro de la cobertura de la póliza, los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente, por su relación causal consustancial y directa con lo previsto en el artículo primero del estatuto reglamentario cuestionado.

"En este orden de ideas, el cuestionamiento a las prescripciones del Decreto 0104 de enero de 1.990, que en su prefacio se refiere a los artículos 4o., 6o.

y 11 del Decreto 2544 de 1.987, en modo alguno despinta o excluye el quebranto al mandamiento legal de rango mayor, esto es a la Ley 33 de 1.986, porque las reglas disposicionales modificadas por el premencionado decreto 0104, consultaban con exactitud de ceñimiento, la prementada ley, por lo que las variaciones modificatorias estatuídas, núcleo del ruego de la medida precaucional, devienen a fortiori, en forma palmar, en contradicción con la previsión legal invocada, determinando entonces la prosperidad de la suspensión provisional. . . . . " (folios 55 a 57).

Notificado el anterior proveído al señor Ministro de Salud, éste por intermedio de apoderado solicitó reposición de la respectiva providencia con fundamento en que por razón de lo dispuesto por el artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970 y al decir en su inciso final que "El Gobierno reglamentará la naturaleza, cuantía y prestación del seguro y la vigencia de esta disposición", "se encierra un mandato de intervención en la industria aseguradora, en relación con la necesidad de organizar un seguro que cubra la responsabilidad civil por daños a terceros, a cargos de todas aquellas personas que obtengan licencia de tránsito para su propio vehículo. . . . . " (fl. 67).

"En el caso que se estudia, -afirma el distinguido apoderado-, la capacidad normativa del Gobierno se deriva directamente de la Constitución Política, artículo 32 y del mandato legal contenido en el artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970, sin que pueda pretenderse en el Código de comercio, por que de lo que se trata es de establecer un ordenamientos jurídico específico, con una finalidad de servicio público y dentro de las obligaciones del Estado que consagra el artículo 16 de la constitución, para proteger la vida e integridad de los ciudadanos, en este caso frente a los riesgos de actividad peligrosa como lo es la del tránsito automotor. . " (fl. 68).

". . . . . .

"En un seguro social obligatorio como este, la prima la pagan los dueños del vehículo como mecanismo para financiar la obligación del Estado, de asistir a las personas y garantizar que éstas efectivamente reciban en los casos necesarios, la atención médica y hospitalaria y eventualmente, la indemnización en caso de muerte.

"En el caso de los seguros obligatorios, las compañías de seguros son simples intermediarias para que se preste el servicio público y la prima es un mero mecanismo para financiar este servicio y pagar a las compañías de seguros su intermediación. Lo que no se puede admitir es que la no prestación del servicio a los damnificados, por no existir los elementos materiales ni la infraestructura médica y hospitalaria necesaria, se traduzca en un enriquecimiento de las compañías privadas de seguros. . . . . ". (folio 69).

"..........

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, queda claro que el Gobierno tiene amplias facultades para determinar la organización de este seguro obligatorio, en consideración a su naturaleza y finalidad, con facultades derivadas, como lo son, del poder de intervención a que se refiere el artículo 32 de la constitución Política y el artículo 96 del Decreto 1344 de 1.970 y no, como simple facultad reglamentaria en ejercicio del artículo 120, numeral 3 ibídem. Para el efecto, es irrelevante el que se haya mencionado dicha facultad al expedir el decreto acusado, por cuanto que la norma que gobierna la capacidad de definir la naturaleza de este seguro obligatorio, proviene, como ya se explicó, del artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970, que conforma con las disposiciones de la Ley 33 de 1.986 el Código Nacional de Tránsito Terrestre, del cual forman parte los artículos 115, 116 y 117 de esta última ley. En este caso, el juez administrativo jurídico para poder calificar la violación alegada. . . . ." (folios 70 y 71).

También se dijo en el mismo escrito que la acción ejercitada no era la publica de nulidad.

Los argumentos de la entidad demandada fueron replicados por la parte actora mediante escrito que obra a folios 74 a 82.

El recurso de reposición fue resuelto negativamente por la Sala por auto de agosto diecisiete de mil novecientos noventa y de cuyo contenido se hará referencia más adelante.

ALEGATOS DE INSTANCIA

En sus respectivos alegatos los dos apoderados se reafirmaron en sus conceptos ya expuestos (folios 106 a 121).

Por su parte el Agente del Ministerio Público concluye:

"Así se dijo: "Todo aquello que lógica y necesariamente **está contenido** en la Ley debe desarrollar de manera detallada y comprensiva el decreto reglamentario". Pero nada más que eso. Porque la potestad reglamentaria debe respetar -según se deduce de lo resaltado anteriormente la letra y el espíritu de la Ley y limitarse únicamente a establecer las **medidas necesarias** para el cumplimiento del mandato legislativo.

"En el presente proceso cotejadas "prima facie" las normas contenidas en los artículos 115 y 116 de la Ley 33 de 1.986 con los artículos 1o. y 2o. partes pertinentes del estatuto demandado se verifica como mientras las unas mandan la simple obligatoriedad del seguro "por daños a las personas

causados en accidente de tránsito" las otras disponen la obligatoriedad de "los gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos. . . . . " . . . con un suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal diario vigente al momento del accidente".

Descuella o mejor resalta lo peregrino, extraño o impropio -como que no corresponden- de las normas últimamente anotadas, las reglamentarias, de la norma presuntamente reglamentada. Quiere decir, se da en efecto desbordamiento de esa potestad reglamentaria por no haber habi (sic) ceñimiento idóneo a la regla superior, siendo como es que en el Estado de derecho la preocupación central de este es la contención del poder y su subordinación al derecho en salvaguardia primordial de los intereses de los administrados, del vínculo en materia y en jerarquía jurídica entre la norma reglamentaria y la reglamentada.

"Se consideran pues bien encaminadas las pretensiones del actor como que aquellas deben culminar con la abrogación de los artículos aquí demandados". (fls. 128-129).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

La nulidad que se pretende mediante la demanda que dió origen al presente proceso, corresponde a algunos apartes de los artículos 1o. y 2o. del decreto 104 de 1.990, modificatorios de los artículos 4o. y 6o. del decreto 2544 de 1.987 reglamentario de la Ley 33 de 1.986.

En el Decreto 104 de 1.990 se contienen prescripciones no contenidas ni en el decreto modificado ni en la ley reglamentada; esta la razón para que con la admisión de la demanda se haya decretado la suspensión provisional. Los argumentos para fundamentar esta medida cautelar fueron ratificados por la Sala al resolver la reposición que contra el auto admisorio se interpuso.

En la providencia denegatoria del recurso, luego de las transcripciones de rigor y de comentarios a las mismas, se anota:

"Estas reflexiones llevaron a la Sala a la conclusión de ser suficiente la palmaria violación de esas dos normas superiores para suspender, provisionalmente, los acápites pertinentes del acto bajo juicio, en armonía con lo prescrito por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto 2304 de 1.989, que consagra, su procedencia, en acción de nulidad de los efectos de los actos administrativos para lo cual "basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma.

"Ahora bien, habiendo sido determinante para decretar la suspensión

provisional cuya revocatoria se solicita, la visible violación de norma constitucional que consagra la facultad reglamentaria y aún más, encabezándose el decreto demandado con la invocación de esa facultad, el recurrente en su prolija exposición sobre la noción del seguro obligatorio no desvirtúa en manera alguna las razones tanto de demandante como de la providencia, llevando la discusión a otro plano cual es el del "poder de intervención a que se refiere el artículo 32 de la constitución Política y el artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970". Para el peticionario, el Presidente no se valió de la "simple facultad reglamentaria en ejercicio del artículo 120, numeral 3 ibídem. Para el efecto, es irrelevante el que se haya mencionado dicha facultad al expedir el decreto acusado, por cuanto que la norma que gobierna la capacidad para definir la naturaleza de este seguro obligatorio, proviene , como ya se explicó , del artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970".

"Sostiene el recurrente en su esquema de fondo para cuestionar las razones aducidas en el decreto de suspensión provisional que:

"1o.- Los mandatos suspendidos del Decreto 104 de 1.990 no son de la naturaleza reglamentaria de que habla el artículo 120 del Código Político, sino que corresponden a aquellas normas de intervención en la economía que fundan su base en el artículo 32 constitucional.

"2o.- Las disposiciones acusadas son un desarrollo del artículo 96 del Decreto-Ley 1344 de 1.970 completado por la Ley 33 de 1.986 (arts. 115, 116 y 117), que establecen el seguro obligatorio como mecanismo de intervención del Estado en la economía en beneficio de la comunidad, según una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sent. 29 de Enero de 1.987) que en el texto se cita. Por lo tanto, el Decreto aunque haya invocado la potestad reglamentaria como fundamento de su naturaleza, en realidad se trata de una disposición que posee una fuerza jurídica diferente, por lo cual no puede afirmarse que al expedirse excede las limitaciones de dicha facultad reglamentaria.

"La Sala no estima que esa sea una argumentación con el valor suficiente para despintar los cargos de la suspensión provisional, ni son razones de recibo en el debate propio y para los límites de la medida cautelar subestudio, de estos motivos:

"1o.- La intervención de Estado en la economía tiene un régimen constitucional que ha venido desarrollándose con fuerza desde la Reforma de 1.936, en la cual la atribución de intervenir se asignaba directamente a la ley. En la Reforma de 1.945 la técnica jurídica de la intervención se modificó para indicar que era una facultad propia del Presidente de la República que se ejercía previa habilitación por parte de la Ley, que además señalaba la

materia, los fines y la oportunidad de dicha intervención. La jurisprudencia estimó que la Ley era de aquellas relacionadas con el numeral 11 del artículo 76 de la Constitución Política y los decretos tendrían el control de la Corte Suprema de Justicia.

"La ley quedó impedida de intervenir directamente con el uso de los llamados resortes de influencia para lograr que los agentes de la economía orientaran sus actividades con la racionalidad que el mismo artículo 32 lo indicaba. De ahí que, en esa reforma de 1.945, se prohibió intervenir mediante facultades extraordinarias.

" En 1.968 el régimen de la intervención también en razón del surgimiento en la carta de numerosos mecanismos para que operara esa tarea del Estado contemporáneo. La intervención del Estado se hará entonces por leyes como las de presupuesto; las de planes y programas; las leyes cuadro, que señalan los criterios legislativos básicos para que el reglamento los convierta en disposiciones obligatorias, etc. Pero la Constitución mantiene el régimen de los artículos 32 y 76, num. 11. En su desarrollo se expidió la Ley 15 de 1.959 que gobierna la intervención del Estado en el transporte.

"Todas esas disposiciones fundamentales, cuando tratan el tema de la intervención, la jurisprudencia y la doctrina, definen esa importante tarea del Estado, como el empleo de los mecanismos jurídicos en el proceso productivo para lograr su racionalidad y el adecuado uso de los recursos humanos y de capital a fin de obtener las mejores metas productivas y de rentabilidad. Es aceptado que esos propósitos son armónicos con el bien común, el desarrollo, el bienestar de la comunidad y, como dice el artículo 32, el mejoramiento de las clases proletarias.

"Sin embargo, el artículo 96 del Decreto Extraordinario 1344 de 1.970 y la Ley 33 de 1.986 no se refieren en nada a la citada intervención porque esas disposiciones son de policía administrativa destinadas a regular otro aspecto de la vida social de la comunidad y una atribución del individuo: la libertad de locomoción. Por esto, el artículo 1o. del Decreto 1344 de 1.970 dice:

""Las normas del presente Código rigen en todo el territorio nacional y regulan la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que están abiertas al público.

""El tránsito terrestre de personas, animales, y vehículos por las vías de uso público es libre, pero está sujeto a la intervención y reglamentación de las autoridades, para garantía de la seguridad y comodidad de los habitantes".

"Los artículos que crean la obligación del seguro de accidentes lo establecen

como un condición para que el propietario del automotor pueda obtener la licencia de tránsito, es decir, la habilitación del Estado para circular. El tránsito o circulación no es un actividad económica ni así la trata la Constitución (art. 75 num 24) o la Ley. Para nuestro orden jurídico y para los derechos internos de todos los países del mundo, las normas de tránsito son reglas de policía destinadas a garantizar la vida y seguridad de las personas. Su fin es el de limitar y regular el ejercicio de la libertad de locomoción y no la de establecer condiciones al proceso productivo, como si lo hacen las normas de transporte (Decreto 1393 de 1.970) que gobiernan una actividad económica destinada a la movilización de las personas y a la distribución de las mercancías.

"Es incongruente, pues, el argumento del recurrente porque las normas de tránsito (art. 76, num. 24 de la C. N.) no son de intervención en la economía (arts. 32 y 76 num.11 de la C. N.) sino de Policía. Es decir, que el Decreto cuyas normas fueron suspendidas es reglamentario y apoyado, como su texto lo invoca, en el art. 120 de la Constitución. Por esto es que su estudio se ha hecho por la Sala en relación con las limitaciones de las normas que dice reglamentar, encontrándolas por esta Corporación contrarias a la ley, a la Constitución de manera ostensible.

"De otra parte, el memorialista anota como impropiedad la consideración en la destinación para el mejoramiento o creación de los elementos indispensables para la atención médica y hospitalaria, como impuesto a cargo de las compañías aseguradoras, proposición argumental que la Sala estima ajeno al enjuiciamiento que se propone en torno a la medida precautoria recurrida, por cuanto en realidad el proveído que la acoge en parte alguna de su texto sustentatorio lo tiene como base para su declaratoria.

"Por lo que dice relación a la naturaleza de la acción ejercitada que en el escrito del recursos se califica como de restablecimiento del derecho, la Sala, dentro de los límites severos de la medida que ahora se enjuicia, no puede compartir lo precisado en razón a que el ordenamiento decretal presenta los carácteres de una normatividad abstracta, impersonal que, por la circunstancia de comprender forzosamente bajo su ámbito sujetos de derecho como que el objeto esencial de ella es la regulación de conductas, no permite reducirla siempre a la tutela de situaciones concretas, subjetivas y particulares. Y menos aún, inferir el motivo o fin, igualmente concreto y particular, por la circunstancia de ejercitar la acción de nulidad dentro del lapso propio de la acción de restablecimiento del derecho. Carece la Sala de elementos de juicio, que le permitan real y jurídicamente señalar como titular de una acción de restablecimiento del derecho a la entidad actora". (fls. 88 a 93).

Con lo anterior, puede decirse que está expuesto todo lo necesario para

decidir la demanda pues a través del proceso no se han presentado circunstancias que hagan varias a l Sala del criterio esbozado líminarmente.

El apoderado de la parte demandada a lo largo de sus intervenciones insiste en la idea de que en el presente caso no se trata propiamente de un acto reglamentario sino de una intervención relacionada con el artículo 32 de la Constitución Política con fuerza legislativa (fl.67).

Sin embargo y no obstante el esfuerzo dialéctico empleado en tal demostración, es un hecho cierto que en el encabezamiento del Decreto 104 de 1.990, expresamente se dijo actuar el Presidente "en uso de las facultades que le confiere el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política". norma esta que precisamente consagra la institución reglamentaria.

Por lo expuesto, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado, oído el concepto del señor 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.- DECRETASE la nulidad del artículo 1o. del Decreto Reglamentario No. 0104 de enero 5 de 1.990, dictado por el señor Presidente de la República en uso de las facultades del artículo 120-3 de la Constitución Nacional, en la parte que reza:

> ". . . . . así como también los gastos de mejoramiento de los servicio de atención médica de urgencia de los establecimientos hospitalarios y clínicos, todo de acuerdo con las condiciones y dentro de los límites indicados en este Decreto y en la respectiva póliza de seguros".

Segundo.- DECRETASE la nulidad de la letra b) del numeral 1o. del artículo 2o. del Decreto 0104 de enero 5 de 1.990, introducida como modificatoria del art. 6o. del Decreto 2544 de 1.987, cuyo texto dispone:

> "b) Gastos de mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencia, con una suma equivalente a cien (100) veces el salario mínimo legal vigente al momento del accidente por cada personas lesionada en el accidente de tránsito, cubierto por el seguro, que ingresa al establecimiento hospitalario o clínico por causa de las lesiones sufridas en el accidente. Esta suma será pagada por la Compañía aseguradora directamente al establecimiento hospitalario o clínico dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha en que éste le presente la cuanta de cobro por dicho concepto. El establecimiento hospitalario o clínico abrirá, con las sumas recibidas por este concepto, una cuenta especial destinada únicamente al mejoramiento de los servicios de atención médica de urgencias, Esta cuenta será maneja-

da siguiendo las orientaciones que el Ministerio de Salud le señale al establecimiento , y de acuerdo con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. La compañía aseguradora y los establecimientos hospitalarios y clínicos enviarán trimestralmente a la División de Control de accidentes y Salud Ocupacional del Ministerio de Salud o la dependencia que haga sus veces, una comunicación escrita, en la cual se indiquen las sumas pagadas por este concepto y los demás datos que establezca la mencionada reglamentación".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el veintisiete de junio de mil novecientos noventa y uno.

Carlos Ramírez Arcila, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SECCION

SEGUNDA

MINISTERIO DE TRABAJO / HUELGA - Ilegalidad / **PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD**

La facultad que la ley otorga al patrono para "despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado" en el paro, se presenta allí como la consecuencia inmediata o necesaria de la declaración de ilegalidad, vale decir, no son fenómenos aislados y autónomos. La ley se muestra en este caso imperativa, imponiendo a la autoridad administrativa que declara la ilegalidad, la obligación consiguiente de autorizar los despidos. Es la propia ley la que faculta al patrono para adoptar aquella medida. La función del Ministerio se circunscribe a declarar ese derecho patronal. No le es permitido al funcionario administrativo que declara la ilegalidad de un cese de actividades el aplicar solamente el número 1 del artículo 450 C.S.T., fraccionándola y contrariando el principio de la inescindibilidad, que es de la esencia de los preceptos jurídicos: su competencia es reglada y no discrecional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., tres (3) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1576 Reconstrucción única instancia Actor: RODRIGUEZ & GOMPF. S. A. "ROGOSA"

La Sociedad Rodríguez & Gompf. S. A. "ROGOSA", en demanda que en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho presentó ante esta Corporación, impetra la nulidad del artículo 2o. de la Resolución No. 858 de 17 de

Marzo de 1983 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por la cual se dispuso que la empresa no podía ejercer la facultad de despedir a los trabajadores que intervinieron en el cese de actividades realizado por éstos en 1982, el cual fué declarado ilegal mediante el artículo 1o. de la misma Resolución.

Asimismo, solicitó se le restableciera en el derecho disponiendo que "es facultad de patrono, en este caso de RODRIGUEZ & GOMPF. S.A. "ROGOSA", terminar con justa causa los contratos de los trabajadores a quienes se probare o hubiere probado el hecho de haber organizado, promovido, fomentado o estimulado en cualquier forma el cese ilegal de actividades" (Fol. 2).

Como hechos y omisiones fundamentales de la acción se expusieron los siguientes:

"1.- El día 1o. de febrero de 1982, un grupo minoritario de trabajadores de la Empresa RODRIGUEZ & GOMPF. S.A. 'ROGOSA', sin fundamento jurídico alguno, instaló carpas en las puertas de entrada a la empresa, prestó turnos periódicos de vigilancia para impedir el ingreso de los demás trabajadores a las instalaciones de la misma e incitó a otros para asumir similar conducta.

2.- El cese de actividades así promovido interrumpió en forma total las actividades de la empresa y causó serio perjuicio a ésta y a los compañeros de trabajo.

3.- El hecho fue oficialmente acreditado por el Ministerio de trabajo y Seguridad Social a través de los Inspectores enviados por la Sección de Relaciones Colectivas de Trabajo de la División Departamental de Cundinamarca; en actas que acreditan el cese de actividades durante el término anotado.

4.- La empresa por su parte, con memoriales de fecha 3, 9 y 17 de febrero de 1982,
radicados en el Ministerio de Trabajo con los números 2858, 3592 y 4745, respectivamente, solicitó en forma reiterada y oportuna a la señora Ministra de Trabajo, la pronta intervención de dicho Ministerio para restablecer el orden.

5.- Por otra parte, la misma señora Ministra, doctora Maristella Sanin de Aldana, en sendas reuniones celebradas en su despacho el día 9 de febrero de 1982, advirtió verbalmente a los representantes de la empresa y del Sindicato acerca de la evidente ilegalidad del paro.

6.- Por ello, la empresa jamás ofreció fórmulas conciliatorias y no adoptó conducta distinta que la de acogerse a los efectos previstos en las normas

vigentes frente a la violenta ilegalidad de la falta cometida por el grupo de trabajadores.

7.-Es un hecho notorio el perjuicio que se causa a una empresa a la cual se le suspende la actividad productiva durante 20 días. Ello indudablemente hace más ilegal la falta y permite establecer con mayor evidencia la seriedad de lo aquí expuesto.

8.- Los mismos trabajadores causantes del paro, se vieron precisados a ponerle fin, el día 20 de febrero de 1982, sin que en ello obrara causa distinta a la simple aceptación de su imprudencia y de la gravedad de su falta.

9.- Aproximadamente un año después, el 17 de Marzo de 1983, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dicta la Resolución 858, reconoce la ilegalidad del hecho, pero en el artículo 2o. niega al patrono el derecho de aplicar el criterio de justa causa legal, aduciendo no sólo presuntos acuerdos o fórmulas 'conciliatorias', sino también la misma tardanza del Ministerio en dar pronta respuesta a la respetuosa petición de la empresa." (Fols. 2 a 4).

En el libelo se citaron como disposiciones violadas, aparte de los artículos 16, 30 y 45 de la Constitución, los artículos 60 numerales -5o. y 7o.-, 450 -numeral 2o.- y 451 y 488 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, así como los Decretos 2164 de 1959, artículo 1o., y 2004 de 1977, artículos 1o. y 3o., en concordancia con el decreto 2131 de 1976 (Fol. 4).

Del concepto de violación cabe destacar los siguientes apartes:

"3. Acogiéndonos a los principios de la sana hermenéutica, sin desatender el tenor literal so pretexto de consultar el espíritu y considerando que donde la ley no distingue al interprete no le es dado distinguir, se puede observar en los anteriores preceptos que el C.S.T. y el Decreto Reglamentario aludido, en modo alguno, eliminan la facultad del patrono para despedir con justa causa a aquellos trabajadores que intervinieron en el paro ilegal y lo promovieron activamente.

4. En efecto, si bien el Ministerio de Trabajo está autorizado por el Decreto 2164 de 1959 para determinar algunos casos y circunstancias que permitan limitar el derecho patronal antes mencionado, no es menos cierto que tal autorización, en modo alguno y por ningún motivo puede interpretarse como una facultad para eliminar de plano un derecho consagrado expresamente, en las normas en mención.

Bien lo dice el precepto antes citado: se trata de proteger a quienes no hayan asistido al trabajo por causas 'ajenas a su voluntad' pero pretender eliminar

de plano la falta cometida por aquellos que intencionalmente promovieron y causaron la suspensión intempestiva del trabajo, es exceder el claro sentido de la norma, modificándola sin tener competencia para ello.

En efecto, si según al artículo 2o. de la Constitución Nacional los funcionarios públicos son responsables no sólo por la infracción de la Constitución y de las leyes, sino por extralimitación de funciones, no existe norma laboral alguna que permita o faculte al Ministerio de Trabajo para eliminar, mediante Resolución Administrativa, la justa causa a que den lugar los ceses de actividades laborales injusta e intencionalmente promovidos.

5. La Resolución No. 858, cuyo artículo Segundo es objeto del presente recurso, reconoce en el artículo Primero que es ilegal la suspensión de actividades que la realizaron algunos trabajadores de la Empresa RODRIGUEZ & GOMPF S.A. 'ROGOSA', desde el 1o. de febrero de 1982, hasta el día 20 del mismo mes y año.

6. Tal Providencia Administrativa solamente se dictó un año después del hecho, no obstante que, como ya se dijo, la empresa el día 3 de febrero de 1982 radicó la petición respectiva, ratificada posteriormente mediante memoriales presentados el 9 y el 17 de febrero de 1982.

7. En consecuencia, por razones imputables única y exclusivamente al mismo Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, solamente se resolvió la petición de la empresa después de un año de la ocurrencia del hecho.

. . .

El cese de actividades en RODRIGUEZ & GOMPF S.A. 'ROGOSA', se produjo entre el 1o. y el 20 de febrero de 1982, período durante el cual es un hecho público y notorio que subsistía el Estado de Sitio decretado por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 2131 de 1976.

Por tanto, como es sabido que por mandato constitucional expresamente adoptado en el artículo 121 C. N., los decretos expedidos en uso de las facultades del Estado de Sitio suspenden la vigencia de las normas que fueren contrarias, no puede siquiera invocarse el artículo 450 C.S.T., numeral 2o., ni el Decreto 2164 de 1959, para eliminar la facultad patronal de terminar los contratos de trabajo, pues según el precitado D. L. 2004 de 1977, el cese de actividades en Estado de Sitio, por sí, constituye la justa causa potestativa del Patrono, sin requerir previo procedimiento alguno ante la autoridad administrativa.

En otras palabras, el Ministerio no está autorizado para calificar la facultad patronal de despedir a los trabajadores que incurrieron en la ilegal conducta en cuestión, pues ésta tuvo lugar durante el Estado de Sitio y un

Decreto Ley Especial configuró esta falta durante este período como justa causa calificable por el Patrono y aplicable en cualquier tiempo sin requerir, intervención Ministerial alguna y, mucho menos, cuando ésta ha tenido lugar para eliminar por medio de una Resolución el derecho consagrado al Patrono en una norma de superior jerarquía, vigente en la fecha en que ocurrió el hecho violando así un derecho adquirido.

9. Además, en la parte motiva de la Resolución No. 858 en comento, el Ministerio de Trabajo fundamentó la decisión contenida en el artículo Segundo de dicha resolución pretendiendo establecer una especie de prescripción atípica y original para curar la ilegalidad de una conducta de hecho por el transcurso de tiempo cuando ésta mora ha sido culpa exclusiva de la misma administración.

Pensar lo contrario, es aceptar que la mora del Ministerio de Trabajo para resolver, elimina la ilegalidad que el mismo Ministerio de Trabajo reconoce, le autoriza para exceder las facultades previstas en el artículo 450 C.S.T., y en el Decreto Reglamentario 2164 de 1959, y para violar abiertamente el derecho adquirido por virtud del Decreto Ley 2004 de 1977, concordante con el Decreto 2131 de 1976, reformando normas de superior jerarquía y sentando un peligroso precedente por virtud del cual la mora de la administración es suficiente para cohonestar situaciones de hecho, reconocidas como ilegales y propiciadas por minorías anárquicas." (Fols. 4 a 7).

Destruido el expediente en noviembre de 1985, se le reconstruyó mediante el procedimiento establecido por el decreto 3825 de 1985 y el proceso quedó para fallo, a lo cual se procede, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado y previas las siguientes:

CONSIDERACIONES :

Muestran los autos que efectivamente, a partir del 1o. de febrero de 1982, se produjo un cese de actividades en la empresa demandante, verificado, día a día, por Inspectores del Ministerio del Trabajo hasta el 23 del mismo mes (Fols. 22-34); que la Empresa, el mismo día de iniciación del paro, obtuvo la intervención del Ministerio del Trabajo para "determinar la existencia de un cese de actividades producido sin razón legal alguna y la perturbación grave de las actividades laborales de la empresa con el objeto de que se levanten las medidas arbitrarias que impiden la actividad normal" (Fols. 19-21) y luego, el 3 de febrero, solicitó al Ministerio "declarar la ilegalidad del paro colectivo de trabajo promovido por los trabajadores sindicalizados" (Fols. 135-137), solicitud que luego se reiteró el 9 y el 17 del mismo mes (Fols. 126,148).

Ahora bien, la Resolución 00858, por la cual se declaró ilegal el cese de actividades, sólo vino a proferirse el 17 de Marzo de 1983, más de un año después.

En su parte resolutiva dispuso:

> **"Artículo Primero.-** Declarar ilegal la suspensión de actividades que realizaron algunos trabajadores de la empresa RODRIGUEZ & GOMPF S.A. 'ROGOSA'.
>
> **Artículo Segundo.-** La empresa no podrá ejercer la facultad de despedir a los trabajadores que intervinieron en el cese, por las razones aludidas en la parte motiva de la presente Resolución." (Fols. 15-18).

Como se ha visto, la entidad accionante enjuicia solamente el artículo segundo, invocando, junto con preceptos constitucionales, las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo contenidas en los artículos 60, 450, 451 y 488 del C. S. T., y los decretos 2164 de 1959, 2004 de 1977 y 2131 de 1976.

Aparte del artículo 60, que consagra prohibiciones a los trabajadores, convine recordar el texto de los artículos 450 -numeral 2- y 451 de la citada codificación, que más directamente se refieren a la situación planteada.

> "ART. 450.- CASOS DE ILEGALIDAD Y SANCIONES.
>
> . . .
>
> 2. Declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, el patrono queda en libertad de despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en él, y respecto a los trabajadores amparados por el fuero, el despido no requerirá calificación judicial. En la misma providencia en que se decrete la ilegalidad se hará tal declaración y se suspenderá por un término de dos (2) a seis (6) meses la personería jurídica del sindicato que haya promovido o apoyado la suspensión o paro del trabajo, y aún podrá decretarse su disolución, a juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación."
>
> ART. 451.- DECLARATORIA DE ILEGALIDAD.-
>
> 1. La ilegalidad de una suspensión o paro colectivo del trabajo será declarada administrativamente por el Ministerio del Trabajo. La providencia respectiva deberá cumplirse inmediatamente, y contra ella sólo procederán las acciones pertinentes ante el Consejo de Estado.
>
> 2. La reanudación de actividades no será óbice para que el Ministerio haga la declaración de ilegalidad correspondiente.
>
> 3. En la calificación de suspensiones colectivas de trabajo por las causales c) y d) del artículo anterior no se toman en cuenta las irregularidades

adjetivas de trámite en que se haya podido incurrir."

Como fácilmente se advierte, la facultad que la ley otorga al patrono para "despedir por tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado" en el paro, se presenta allí como la consecuencia inmediata o necesaria de la declaración de ilegalidad, vale decir, no son dos fenómenos aislados y autónomos. La ley se muestra en este caso imperativa, imponiendo a la autoridad administrativa que declara la ilegalidad, la obligación consiguiente de autorizar los despidos. Más aún, ni siquiera se trata de una autorización: es la propia ley la que faculta -no el Ministerio- al patrono para adoptar aquella medida. La función del Ministerio se circunscribe a declarar ese derecho patronal.

Por decreto reglamentario, se atemperó más tarde el rigor de la disposición, a fin de que, al amparo de la misma, no se dieran posibles abusos o se cometieran injusticias con aquellos trabajadores que hubiesen hecho "cesación pacífica del trabajo pero determinada por las circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro." (Decreto 2164 de 1959, art. 1o.).

Siendo ello así, como lo es en efecto, no le es permitido al funcionario administrativo que declara la ilegalidad de un cese de actividades con fundamente del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, el aplicar solamente el numeral 1o. de la norma, fraccionándola y contrariando el principio de la **inescindibilidad** que es de la esencia de los preceptos jurídicos; su competencia, en efecto, es reglada y no discrecional.

Por otra parte, claramente se ve que todos los argumentos que trae la Resolución enjuiciada para sustentar la decisión adoptada en el artículo segundo, son razones de conveniencia.

Como se lee en la citada resolución, el Ministerio del Trabajo, tras hacer notar que "paso a paso se redujeron las diferencias que se ocasionaron en el conflicto en forma tal que fué posible el restablecimiento de la normalidad laboral en la empresa" y que " de un buen tiempo a esta parte, la empresa ROGOSA vive un clima de tranquilidad laboral que este Ministerio está en la obligación de proteger y preservar", concluye que, atendidas esas circunstancias, "el pronunciamiento sobre ilegalidad, qué no se encuentra sometido a un término legal, no podía producirse a contrapelo de las reiteradas declaraciones de buena voluntad de las partes en conflicto, en lo atinente al propósito de solucionarlo a través del entendimiento directo, ni con prescindencia de los logros que en este sentido había alcanzado la tarea mediadora del Ministerio".

Estos escarceos son el preámbulo de la siguiente conclusión:

"Lo anterior explica, el que después de transcurrido un período de tiempo

y sólo con el fin de desatar una solicitud formulada a la administración, este Ministerio entra ahora a pronunciarse sobre el particular, lo cual, a su turno, implica el que la decisión a adoptar consulte el sentido de la **conveniencia** y la **oportunidad**, en cuanto concierne a la conservación de la paz laboral, actualmente existente en la empresa.

Es así como la decisión que se adopte debe ser consecuente, por una parte, con los hechos que dieron lugar a la solicitud, pero, por la otra, con la situación laboral que hoy presenta la empresa, en orden a que ella no se vea alterada ahora con la autorización para efectuar unos despidos cuya causa ha sido rebasada por la normalización de actividades y las expresiones de ánimo conciliatorio de las partes. Por lo tanto, pese a que se debe declarar la ilegalidad del cese, no es del caso acceder a la autorización para que la empresa imponga las sanciones previstas por el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo." (Fols. 15-18).

Piensa la Sala que ni el legislador puede tener en mente, al legislar, que las reglas de derecho se expiden para que se apliquen o se dejen de aplicar o se apliquen parcialmente según la **conveniencia del caso** o las **circunstnacias de los tiempos,** ni puede el funcionario encargado de dar eficacia a la ley disponer, a su arbitrio, del texto legal con esa misma mentalidad.

Realizándose el supuesto jurídico de una norma, las autoridades están en el deber de darle la consecuencia que en ella se prevé, tratándose de disposiciones imperativas.

Cabe recordar que el Ministerio, pese a haberse solicitado su intervención al tercer día del paro, sólo vino a pronunciarse más de un año después, en marzo 17 de 1993, momento en que sus alegaciones de conveniencia y oportunidad no pueden ser válidamente estimadas respecto de una situación ocurrida un año antes. Por lo demás, esa **falta de oportunidad** es imputable única y exclusivamente al propio Ministerio.

Otras razones que también son atendibles alega la parte actora como soporte de su pretensión.

En efecto, por decreto 2131 de octubre 7 de 1976, se declaró turbado el orden público y en estado de sitio el territorio nacional, y por decreto 2004 del 26 de agosto de 1977 se dispuso en su artículo 1o.:

"Mientras subsista el actual estado de sitio, quienes organicen, dirijan, promueva, fomenten o estimulen en cualquier forma el cese total o parcial, continuo o escalonado, de las actividades normales de carácter laboral o de cualquier otro orden, incurrirán en arresto inconmutable de treinta (30) a ciento ochenta (180) días, que impondrán los Gobernadores, Intendentes,

Comisarios y Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, por medio de resolución motivada".

Y en el artículo 3o.:

"Constituirá justa causa de terminación de los contratos de trabajo el haber sido sancionado conforme al presente decreto o el haber participado en los ceses de actividades en él previstos".

El estado de sitio se levantó mediante decreto 1674 de junio 9 de 1982, con efectos a partir del día 20 siguiente. Así que aquellas disposiciones estaban vigentes cuando ocurrió el cese de actividades.

Como puede verse en los apartes de la demanda que se transcribieron, la parte actora invoca también la citada norma del decreto 2004 censurado el acto acusado en cuanto "no puede ni siquiera invocarse el artículo 450 del C.S.T., numeral 2o., ni el decreto 2164 de 1959, para eliminar la facultad patronal de terminar los contratos de trabajo, pues según el precitado D.L 2004 de 1977, el cese de actividades en estado de sitio, por sí, constituye la justa causa potestativa del patrono, sin requerir previo procedimiento alguno ante la autoridad administrativa." (Fol. 6).

No está consagrada en nuestra legislación la "epiqueya" que autorice dejar de aplicar una disposición legal vigente por razones de conveniencia o equidad. Es, por tanto censurable la conducta de la autoridad administrativa que, en primer término, cumple tardíamente una función de la mayor trascendencia social y, luego, alega su propia mora para disponer que, por no ser ya oportuna no procede la sanción prevista en la norma. Lo que ha hecho el Ministerio de Trabajo es, pura y simplemente, derogar, sin facultad para ello, una norma legal.

Es el caso, por lo tanto, de anular el acto acusado, tal como se solicita en la demanda.

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

FALLA:

Declárase nulo el artículo segundo de la Resolución No. 0858 de marzo 17 de 1983, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

En consecuencia, por razón de la declaración del artículo 1o. de la citada Resolución, la empresa está facultada para despedir a los trabajadores respon-

sables del cesè de actividades, en los términos del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo y normas concordantes.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 13 de Marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Salvó el voto, *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* con salvedad de voto, *Diego Younes Moreno,* con salvamento de voto, *Antonio Barrera Carbonel,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO DE TRABAJO / HUELGA - ILEGALIDAD / PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD (Salvamento de voto)

No hay duda de que el Ministerio evaluó las circunstancias especiales que rodearon el asunto concreto y las apreció en aras del interés general y de bien común, justificando plenamente la medida adoptada para la satisfacción de las necesidades públicas. De la lectura del numeral 2 del artículo 450 del C.S.T., se observa cómo se dan varias opciones, las que se dejan al juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación. No es que el juez administrativo juzgue por oportunidad o por conveniencia, lo que sería absurdo sino que al juzgar el acto ha de apreciarse el mérito, la oportunidad, la conveniencia que motivaron a la administración a pronunciarse en uno u otro sentido.

Salvamento de Voto.- De los Consejeros Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna y Dioego Younes en la sentencia discutida y aprobada en sesión del día trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991) y fechada a tres (3) de abril del mismo año.

Referencia; Expediente No. 1576 RESOLUCIONES MINISTERIALES. (Reconstrucción -única instancia-). Actor: Rodríguez & Gompf S.A. - ROGOSA

Expresamos a continuación los criterios jurídicos que nos han llevado a apartarnos, muy respetuosamente, de las consideraciones y de lo decidido por la ilustrada mayoría, al declarar nulo el artículo segundo de la Resolución No. 0858 de marzo 17 de 1983, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y al indicar,que en consecuencia, por razón de la declaración del artículo primero de la citada resolución, la empresa demandante está facultada para "despedir a los trabajadores responsables del cese de actividades, en los términos

del artículo número 450 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas concordantes." Ellos son:

1.- Las atribuciones de competencia que los artículos 450 y 451 del mencionado código confieren al Ministerio del Ramo, aunque en verdad, como lo apunta la providencia de que se disiente, tienen una base o fundamente de naturaleza reglada, no ha de olvidarse que no hay en el obrar público de la administración actuaciones categóricamente desprovistas del elemento discrecional, así como tampoco las hay despojadas de cierta reglamentación inclusive en aquellas que se distinguen por las notas de sensatez y de buen juicio con que el legislador la ha revestido para adoptar sus manifestaciones de voluntad, sino que, antes bien en ambas concurren aspectos de una y otra.

La discrecionalidad, para el profesor Sayagués Lasso, "es la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa". Afirma que "cualquiera sea el detallismo conque el legislador regula la actividad de la administración, no es dable prever de antemano todas las contingencias posibles y, por lo tanto, ha de existir necesariamente un margen de libre apreciación en los órganos administrativos." ("Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, Pág. 406 - 1963). Y otros autores, como José Miguel de la Cuetara, sostienen, al referirse a las potestades administrativas, que aún en los actos reglados, cabe un margen muy estrecho, desde luego de discrecionalidad. Ese margen de discrecionalidad, tratándose de materias eminentemente sociales como las contempladas en el acto acusado en el sub-lite, entendemos que permite las mejores decisiones laborales dentro del marco de la ley.

2.- La legalidad administrativa no sólo está compuesta de razones jurídicas, sino también de razones políticas, es decir, de razones de mérito, de oportunidad y de conveniencia. Como explica Dromi. "lo que especifica lo jurídico del poder de control es la naturaleza del objeto sometido a control y no una pretendida prefiguración normativa de "**supuestos de control**". Tampoco basta estar a la sola naturaleza del criterio sobre el cual se basa el control, ya que de aceptarse tal proposición solamente sería control jurídico el usualmente denominado de **legitimidad** y carecería de dicho carácter el que no asumiera esa tipificación, vgr. el llamado de **mérito u oportunidad" El objeto del control jurídico es la actividad humana,** el comportamiento humano productor de efectos jurídicos emanados de los órganos de la administración imputables o atribuibles a la persona pública que ejerce función administrativa." ("Prerrogativas y Garantías Administrativas", 2a. parte, pág. 35-1979-).

3.- Si en el caso in examine, el órgano competente -el Ministerio de Trabajo- hizo notar que "paso a paso se redujeron las diferencias que ocasionaron el conflicto en forma tal que fue posible el restablecimiento de la normatividad laboral en la empresa" y que "de buen tiempo a esta parte, la empresa ROGOSA vive un clima de tranquilidad laboral que este Ministerio está en la obligación de

proteger y preservar" como motivación para denegar a la empresa la facultad de despedir a los trabajadores que intervinieron en el cese de actividades porque ello iría contra "las reiteradas declaraciones de buena voluntad de las partes en conflicto, en lo atinente al propósito de solucionarlo a través del entendimiento directo", no obstante que declaró ilegal la suspensión de actividades habida meses atrás, no hay duda, piensan los suscritos consejeros, que el Ministerio evaluó las circunstancias especiales que rodearon el asunto concreto y las apreció en aras del interés general y del bien común, justificando plenamente la medida adoptada para la satisfacción de las necesidades públicas.

4.- No participamos los suscritos de la consideración que trae el fallo en lo que atañe a la inescindibilidad de la norma inserta en el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal manera que aplicando el numeral 1o., ineludiblemente haya que aplicar el 2o. De la lectura cuidadosa del mencionado numeral 2o. se observa cómo se dan varias opciones, las que se dejan al juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación. Nosotros entendemos como un rasgo significativo dentro de la evolución del derecho administrativo la posibilidad de que la jurisdicción del ramo, someter a su control un acto administrativo, se examinen también los elementos de oportunidad o mérito que ha tenido en cuenta la administración para pronunciarse en uno u otro sentido, y que no escapan de los mismos los llamados actos reglados, al reflejar el momento de su dictación. No es que el juez administrativo juzgue por oportunidad o por conveniencia, lo que sería absurdo, sino que al juzgar el acto ha de apreciarse el mérito, la oportunidad, la conveniencia que movieron a la administración a pronunciarse en uno u otro sentido.

De allí, pues, que es nuestra opinión las peticiones de la parte actora han debido ser denegadas.

Cordialmente,

Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Fecha: **ut supra.**

FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO - Naturaleza Jurídica / **ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL / VIA GUBERNATIVA** - Agotamiento / **RECURSO DE REPOSICION**

El Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño es persona jurídica con el carácter de establecimiento público. En procesos iniciados en vigencia del Decreto 01/84, la Sala sostuvo el criterio de que frente a la petición inicial sólo operaba el agotamiento de la vía gubernativa mediante la interposición de los recursos legales, aclarando que, por ser la parte demandada un ente del orden territorial, habría que demostrar que contra su decisión solamente procedía el recurso de reposición. Rectificación Jurisprudencial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E. cuatro (4) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker*

Referencia: Expediente No. 4775 Consulta Sentencia Actora: MARGARITA VELASQUEZ MENDOZA.

Proveniente del Tribunal Administrativo de Nariño ha venido a esta Corporación, en grado de consulta, la sentencia de 11 de octubre de 1989, proferida dentro del proceso promovido por la señora MARGARITA VELASQUEZ MENDOZA.

ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho contemplada en

el C. C. A., la señora Margarita Velásquez Mendoza presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño, a fin de que se hicieran los siguientes pronunciamientos principales:

> "Primero: Que es nulo el acto tácito en virtud del cual el FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO, niega por silencio administrativo el reconocimiento, liquidación y pago del auxilio de cesantía parcial solicitado por la señora MARGARITA VELASQUEZ MENDOZA.
>
> Segundo: Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO a reconocer y pagar a mi mandante, el auxilio de cesantía parcial con base en el último sueldo actualizado que perciba en el momento de ejecutoriarse la sentencia." (Fl. 1).

Fundamenta la actora su petición en los hechos que se compendian a continuación.

1. La demandante presta sus servicios en el Magisterio del Departamento de Nariño desde el año de 1955.

2. Mediante Decreto No. 526 del 7 de agosto de 1986 se creó el Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa; asumiendo igualmente las obligaciones adquiridas judicial y extrajudicialmente por el Departamento de Nariño.

3. Por las razones anteriores la demandante solicitó al Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño se profiera la Resolución respectiva para el reconocimiento y pago de su cesantía parcial, solicitud que fué radicada bajo el No. 1043.

4. Por el tiempo de servicio de la demandante y el salario percibido, el valor de esta prestación es aproximadamente de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS SIETE PESOS.

5. Desde la fecha en que la demandante presentó la solicitud, ha transcurrido un término mayor de noventa días sin que se haya resuelto la petición. (Fl. 2).

LA SENTENCIA CONSULTADA

El tribunal accedió a las súplicas de la demanda, declaró la nulidad del presunto acto tácito, ordenó que la entidad demandada pagara la cesantía

parcial solicitada y dispuso que la sentencia se cumpliera en el término previsto en el artículo 176 del C.C.A.

Con respecto al agotamiento de la vía gubernativa, dijo el A QUO:

"Esta Corporación considera que la demandante podía acudir ante esta jurisdicción porque previamente agotó la vía gubernativa, pues transcurrido un plazo superior a los tres meses sin que la entidad demandada se pronunciara sobre sus peticiones, corrieron los términos para interponer el recurso de reposición que no es obligatorio (C.C.A., artículo 51), y por tanto operándose en este caso el fenómeno del silencio administrativo negativo, estatuído en el artículo 40 del C.C.A.

El recurso de apelación, no es procedente porque la dirección y administración está atribuida a la Junta Directiva y al Gerente de la Entidad demandada y este último no tiene superior jerárquico, como se desprende del artículo primero del Decreto Número 526 de 1986, de agosto 7, Estatuto Orgánico del Fondo Prestacional, el cual expresa: "Conviértese el Fondo Prestacional del Magisterio y Trabajadores y Empleados de la Educación de Nariño, creado por Ordenanza 01 de septiembre 22 de 1981, en un establecimiento público, adscrito a la Gobernación de Nariño, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, que en adelante se denominara FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO". (Fl.22).

Igual afirmación hace el Tribunal en otros lugares del fallo consultado (Fls.24-25-27),de lo cual concluye:

"No hizo uso del recurso de reposición que es el único que procede y que además es facultativo, en razón a que los actos administrativos expedidos por la entidad demandada no tienen superior jerárquico ante quien se surta la apelación y el estatuto Orgánico de la misma Entidad no le atribuye a despacho alguno el conocimiento de este recurso. Por tal razón, es procedente concluir que se produjo el fenómeno del silencio administrativo que posibilita la estimación favorable de las súplicas de la demanda, de manera contraria a lo que prevé el máximo tribunal administrativo del país en la providencia últimamente citada, en la cual no se tiene en cuenta la situación particularmente jurídica del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, en la forma como se la contempla en este asunto." (Fl.29).

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Hace notar el tribunal, citando un fallo de esta sección, que se configura el fenómeno del silencio administrativo que posibilita la estimación de las súplicas de la demanda, "de manera contraria a lo que prevé el Máximo Tribunal Administrativo del país en la providencia últimamente citada, en la cual no se tiene en cuenta la actuación particularmente jurídica del Fondo Prestacional del Magisterio y Empleados de la Educación de Nariño, en la forma como se la contempla en este asunto". (Fl.29).

Cierto es que en casos anteriores de procesos iniciados en vigencia del Decreto 01 de 1984, la Sala sostuvo el criterio de que, frente a la petición inicial, sólo operaba el agotamiento de la vía gubernativa mediante la interposición de los recursos legales, aclarando que, por ser la parte demandada un ente del orden territorial, habría que demostrar que contra su decisión solamente procedía el recurso de reposición. Tal criterio tiene sentido en cuanto la presunción del conocimiento de la ley se aplica sólo a la del orden nacional: una ordenanza o un acuerdo o un decreto de carácter local no están amparados por la presunción en referencia.

En el **sub lite**, por la transcripción que hace el A QUO del artículo 1o. del decreto 526 de 1986 coincidente con la afirmación contenida en el hecho 2o. de la demanda, se puede ver que ciertamente citado el fondo es persona jurídica con el carácter de establecimiento público.

De otro lado, tal como lo hace notar el A-QUO, están acreditados los hechos que son base de la pretensión y los presupuestos de la acción, "de manera que encuentran respaldo probatorio los hechos en que se funda la demanda", razón por la cual es procedente proveer en forma favorable a la accionante.

La Sala comparte sin restricciones el criterio expuesto por el tribunal en esta sentencia y rectifica su posición anterior con fundamento a la explicación del AQUO sobre la naturaleza jurídica de la entidad enjuiciada.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de octubre (11) de mil novecientos ochenta y nueve (1989), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el

día 13 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

HUELGA - Ilegalidad / **QUORUM**

No estando la mayoría de los trabajadores de la sociedad Coopers Colombia S.A., afiliada a Sintraquim, este Sindicato así se hubiera reunido en Asamblea General con el Quórum deliberatorio exigido por la ley (la mitad más uno de sus afiliados), no podía validamente votar la huelga de los trabajadores de dicha sociedad, por cuanto la cifra de sus afiliados pertenecientes a esta empresa representan una minoría en relación con el total de las personas que en ella laboran. No existiendo en la empresa ningún sindicato que integrara la mayoría de sus trabajadores, la posibilidad o alternativa de declarar la huelga o solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, correspondía a la mayoría de los trabajadores de la empresa.

DÉCLARASE LA NULIDAD de las Resoluciones Nos. 04471/85 (24 de Diciembre) y 01787/86 (23 de Mayo) expedidas por el Ministerio de Trabajo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Bogotá, D. E., cinco (5) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente No. 2245 Resoluciones Ministeriales Actor: Sociedad Coopers Colombia S.A.

La Sociedad Coopers Colombia S. A., antes Wellcome Colombia S. A., en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, hoy denominada de nulidad y restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., en demanda presentada ante esta Corporación solicita que se le declare la nulidad de la resoluciones Nos. 04471 del 24 de Diciembre de 1985 y 01787 de 23

de Mayo de 1986, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se negó la petición de declaratoria de ilegalidad del paro o cese colectivo de trabajo cumplido por un grupo de trabajadores de la Empresa en septiembre de 1985 y, en consecuencia, se disponga que tales hechos son violatorios de normas superiores de derecho y se le autorice para cancelar los contratos de trabajo de quienes dirigieron y cumplieron el cese colectivo de actividades. (Fl. 41).

Como fundamento de las anteriores pretensiones se exponen los siguientes hechos:

1.- La Empresa Coopers Colombia S. A., a mayo de 1985, tenía a su servicios 154 trabajadores, de los cuales 24 se hallaban afiliados al Sindicato de Industria "SINTRAQUIM", Seccional del Valle del Cauca, que cuenta con un total de 170 afiliados.

2.- Este Sindicato, el 4 de Junio de 1985, presentó a la Empresa Coopers Colombia S. A. un pliego de peticiones, cuya negociación se inició el 13 del mes indicado en arreglo directo, etapa que se prolongo hasta el 26 de Julio de 1985, quedando algunos puntos pendientes de solución.

3.- Veintitrés de los veinticuatro trabajadores de la Empresa, afiliados a SINTRAQUIM, en la Asamblea efectuada el 12 de Agosto de 1985, de lo cual dieron aviso al Ministerio de Trabajo sólo con tres días de antelación a su realización y no de cinco como lo ordena la ley, aprobaron la huelga, designando al efecto un comité de huelga, hecho que fue comunicado a la Empresa el 27 de Agosto de 1985.

4.- Para la aprobación de la huelga no se tuvo en cuenta que, por tener SINTRAQUIM 170 afiliados, para sesionar validamente debían reunirse por lo menos, 86 de éllos y sólo lo hicieron los 24 de la Empresa Coopers Colombia S.A., quienes aprobaron la declaratoria del cese colectivo del trabajo.

Por manera, que tampoco se tomó en consideración, que éstos no constituían la mayoría frente al total de los 154 trabajadores que tenían la sociedad demandada. Por tanto, esa declaratoria de huelga es ilegal.

5.- La huelga se cumplió el 13 de septiembre de 1985, después de transcurridos más de 30 días de su declaración, cuando ya existía un acuerdo sobre los puntos pendientes del pliego de peticiones, acuerdo que fue propiciado por el Ministerio de Trabajo en Bogotá, aceptado por la Empresa y Sindicato y luego se convirtió en la Convención Colectiva firmada por las partes.

6.- El 5 de diciembre de 1985, con fundamento del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo, la Empresa solicitó al Ministerio mencionado declarar

ilegal el cese colectivo del Trabajo al cual se ha hecho referencia y que se efectuó entre el 13 y el 15 de septiembre de 1985, petición que fue denegada por la Resolución No. 04471 de 24 de Diciembre de 1985, no obstante que en ella se aceptan expresamente los hechos en que se fundamenta la petición.

7.- Por Resolución No. 01787 del 23 de mayo de 1986, el Ministerio de Trabajo negó la reposición de la providencia mencionada apoyándose en el criterio expuesto por el profesor Cabanellas, en el sentido de que la licitud de la huelga no se determina por el número de trabajadores que inician el paro, sino por las causas que los motivaron a realizarla, sin tener en cuenta que se había llegado a un arreglo, que al ser aceptado por las partes se convirtió en la convención colectiva que se suscribió, por lo cual en forma ilegal y en contra de la voluntad mayoritaria de los trabajadores de la Empresa, se declaró la huelga.

En el capítulo de la demanda titulado "Cita de las disposiciones legales violadas y concepto de violación", a más de transcribirse los artículos 450 y 455 del Código Sustantivo del Trabajo, se dijo lo siguiente:

> "Los hechos de que antes se da cuenta, son violatorios de los artículos 376 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 16 de la Ley 11 de 1984, que regula lo relativo a las Asambleas de los Sindicatos, en concordancia con el artículo 386 de la misma obra sobre quórum de estas Asambleas. Como quienes votaron la huelga no podían validamente representar al Sindicato de Industria "SINTRAQUIM" que fue quien aprobó y presentó el Pliego de Peticiones y designó a las personas para negociarlo, se violó, (sic) no solamente los Estatutos de esta Organización Sindical, sino la Ley 39 de 1985, artículo 9o. que subrogó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, artículos 450 y 451 numeral 2o. del código citado." (Fl. 40).

La Agencia del Ministerio Público en su vista fiscal opina que debe anularse el acto acusado y accederse a las súplicas de la demanda, apoyándose en lo siguiente:

> "El artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo señala el quórum necesario de las asambleas generales. A su vez, el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el 31 del Decreto 2351 de 1965, está reglamentado cómo se deben apreciar las decisiones de los trabajadores en eventos tan importantes como son la declaratoria de huelga o la solicitud del arbitramento. Es así, como señala las siguientes posibilidades: o bien votada por la mayoría de los trabajadores de la empresa, o por la Asamblea General del Sindicato o Sindicatos a que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores.
>
> Para obtener el quórum la Asamblea General del Sindicato o Sindicatos

debe contar en los estatutos con el establecido en el artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo, que no podrá ser inferior a la mitad más uno de los afiliados.

A su vez lo estatutos de SINTRAQUIM en el artículo 25 preceptúa (sic) que para la adopción de pliegos de peticiones, "..... y/o votación de la huelga se procederá de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo".

Para poder votar la huelga, se podía llevar a cabo por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, evento que no se realizó por la Asamblea General del Sindicato o Sindicatos, si contaban entre sus afiliados con más de la mitad de los trabajadores de la Empresa.

Consta en las pruebas traídas a los autos que el número total de trabajadores era superior a 100, luego el sindicato base, no tenía el número suficiente de afiliados por lo que no podía legalmente votar la huelga en forma separada, ni conjuntamente con otros sindicatos.

El artículo 31 del Decreto 2351 de 1961, no puede entenderse en otro sentido, dándole el alcance que le dio la administración al pretender que la huelga se podía declarar con el número con que se hizo, 24 afiliados que no representaban la mitad del total de los trabajadores que prestan servicios en la sociedad demandante.

A folios 211 y siguientes, se encuentra la nómina del personal inscrito al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química de Colombia "SINTRAQUIM" seccional del Valle. Esta da cuenta que son 170 sindicalizados (folio 126), luego para que la Asamblea que votó la huelga fuera ajustada al artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo, se necesitaba el voto de 86 afiliados. El acta del folio 111 da cuenta que la votación fué de 24 trabajadores a favor de la huelga, luego el quórum establecido en el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el Decreto 2351 de 1965 en su artículo 31, fue vulnerado en la votación que decidió la huelga en la empresa demandante, produciéndose así por parte del Ministerio, la violación del artículo 450 literal d) del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, el Ministerio ha debido acceder a las peticiones de la sociedad demandante, por cuanto en la votación de la misma no se contó con el número necesario y suficiente de trabajadores para hacerlo. Vale la pena señalar que se podía declarar la ilegalidad de la misma, a términos del artículo 451,2 del Código Sustantivo del Trabajo." (fls. 240, 241 y 242).

Agotado el trámite del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes.

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con la demanda, tres son las razones fundamentales de la impugnación del acto demandado a saber:

1.- La asistencia a la Asamblea General de la Seccional del Valle, del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química de Colombia "SINTRAQUIM", de sólo 24 de los 170 afiliados que la integraban en ese momento, cuando debió contar por lo menos con 86 afiliados para tener quórum y sesionar validamente.

2.- El hecho de que los 24 trabajadores que votaron la huelga, los cuales laboran en la Sociedad Coopers Colombia S. A., no constituyen mayoría en relación con el número total de los trabajadores que tenía la empresa en ese momento, que según se dice, era de 154. Por tanto, ellos (los 24), no podían legalmente optar por la huelga como lo hicieron.

3.- La circunstancia de que el Ministerio de Trabajo se le comunicó la realización de la aludida Asamblea Sindical, con sólo tres (3) días de antelación a su realización y la huelga se cumplió luego de los 30 días de votada, cuando la ley dispone que dicha comunicación se haga con un plazo mínimo de anticipación de cinco (5) días y que la huelga no puede efectuarse después de los 30 días siguientes a su declaratoria.

Al respecto, la Corporación observa lo siguiente:

1.- De conformidad con el documento obrante a folio 126, la Seccional del Valle del Cauca del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Química de Colombia, para el 26 de Julio de 1985, contaba con 170 afiliados, de los cuales 24 eran trabajadores de la Sociedad Wellcome Colombia S.A., transformada luego en la Sociedad Coopers Colombia S. A..

2.- Según la relación del personal activo de la mencionada sociedad, para el 13 de septiembre de 1985, laboraban en élla 118 trabajadores (fls. 165 y 166).

3.- Según el texto del acta suscrita por el Presidente y el Secretario General de la Sociedad del Valle del Cauca de "SINTRAQUIM", el 13 de agosto de 1985, a las 5.30 p.m. "se reunieron los afiliados de la base de Wellcome Colombia S.A "y contestaron a lista los 24 afiliados que conformaban dicha base, de los cuales 23 votaron por la huelga. Hubo un voto anulado (fl. 121).

Despréndese de lo anterior que la Asamblea de la mencionada Seccional de SINTRAQUIM, reunida el 13 de agosto de 1985, sesionó y actuó con 24 de los 170 afiliados que lo conformaban, cuando por disposición del artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo "Ninguna Asamblea General puede actuar

validamente sin el quórum estatutario que no será inferior de la mitad más uno de los afiliados", sin que pueda entenderse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9o. de la ley 39 de 1985, que subrogó el artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, bastaba para votar validamente la declaratoria de la huelga, que a dicha Asamblea asistieran los trabajadores comprometidos en el conflicto, que para el caso, serían los 24 de la Empresa Coopers Colombia S.A., toda vez que si la citada norma en su inciso primero prevé la realización de una asamblea de los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto, luego de la culminación de la etapa de mediación sin que se logre un acuerdo entre el patrono y los trabajadores, la cual puede optar por la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, tal potestad debe entenderse conferida en armonía con las demás leyes que regulan la materia, especialmente con lo normado en el numero 2) del artículo 3o. de la Ley 48 de 1968, que faculta al sindicato o sindicatos en que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de éstos, a la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, para tomar una de las decisiones indicadas.

Por manera, que no estando la mayoría de los trabajadores de la Sociedad coopers Colombia S. A., afiliada a SINTRAQUIM, este Sindicato así se hubiera reunido en Asamblea General con el quórum deliberatorio exigido por la ley (la mitad más uno de sus afiliados), no podía validamente votar la huelga de los trabajadores de dicha sociedad, por cuanto la cifra de sus afiliados pertenecientes a esa empresa representan una minoría en relación con el total de las personas que en élla laboran.

De suerte, que al adoptarse la decisión de declarar la huelga en la Sociedad Coopers Colombia S. A., sólo con el voto de 23 de los 24 trabajadores de la sociedad afiliados a SINTRAQUIM, no sólo se violó el artículo 386 del Código Sustantivo del Trabajo, porque en esa Asamblea no hubo quórum deliberatorio que debía conformarse por la mitad mas uno de los afiliados a SINTRAQUIM, sino el artículo 2o. de la Ley 3ra. de 1968, porque ese Sindicato no agrupaba la mayoría de los trabajadores de la Sociedad demandada, por tanto, no podía legalmente optar por la declaratoria de la huelga.

Por consiguiente, no existiendo en la empresa ningún sindicato que integrara la mayoría de sus trabajadores, la posibilidad o alternativa de declarar la huelga o la solicitud de convocatoria del Tribunal de Arbitramento, correspondía a la mayoría de los trabajadores de la empresa, los cuales, según el material probatorio obrante en el proceso, se oponían a su realización (Fls. 141 a 144. 148 a 164).

Admitir lo contrario, conllevaría a aceptar que un número cualquiera de trabajadores de la empresa, sean o no sindicalizados pero que estén comprometidos en un conflicto laboral colectivo, independientemente de su representatividad porcentual dentro de la totalidad de sus trabajadores pueda llevar a la huelga a

todo el personal, o decidir por el arbitramento obligatorio, así se de el caso, como acontece en el sub-lite, que la mayoría de éste, se halle en desacuerdo con el cese colectivo de las actividades laborales, lo cual sería un absurdo o constituiría una burla al poder decisorio que el ordenamiento jurídico otorga siempre a las mayorías.

Lo anteriormente expuesto constituye el criterio de la Sala acerca de la manera como debió votarse el cese colectivo del trabajo ocurrido en septiembre de 1985 en la empresa demandada, que no es otro que el sentido en que debe tomarse el artículo 9o. de la Ley 39 de 1985, subrogatorio del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto no debe olvidarse que la facultad de las organizaciones sindicales con capacidad para declarar y hacer efectiva una huelga u optar por el Tribunal de Arbitramento obligatorio, surge nítidamente del hecho de que dichos sindicatos tengan como afiliados la mayoría de los trabajadores de la empresa.

Si esta condición no se da, es evidente, que tales sindicatos carecen del aludido poder definitorio, el cual en ese evento, se encuentra radicado en la mayoría de los trabajadores de la empresa, como sucedió en septiembre de 1985, en relación con los trabajadores de la Sociedad Coopers Colombia S. A.

En tales condiciones, fuerza concluir que la declaratoria de huelga efectuada el 12 de septiembre de 1985, por la Asamblea de los trabajadores de la sociedad demandada afiliados a SINTRAQUIM, fue irregular por cuanto se trasgredió lo dispuesto en el ordenamiento jurídico sobre el órgano que ostenta la facultad para tomar tal decisión, radicada como se dijo, en el Sindicato o en los Sindicatos que agrupe(n) la mayoría de los trabajadores de una empresa, o en su defecto, en la mayoría absoluta de los trabajadores de la misma.

Tal ilegalidad determina la procedencia de la declaratoria de nulidad del acto administrativo por el cual el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, no accedió a la solicitud de declaratoria de ilegalidad del cese colectivo del trabajo, efectuado en septiembre de 1985, en la Empresa Coopers Colombia S. A., sin que sea válido el argumento expuesto en la Resolución 4471 de 1985, en el sentido de que la reanudación de actividades por parte de los trabajadores, para la fecha en que tal acto se expidió, constituyera óbice a tal declaratoria de ilegalidad, toda vez que el artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo, expresamente permite declarar ilegal una huelga, así los trabajadores se hayan reincorporado a sus labores.

Pero antes la Sala debe precisar su criterio acerca de los motivos de impugnación del citado acto administrativo, relacionados con el incumplimiento de la obligación instituída en el inciso 3o. del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo consistente en el deber de comunicar al Ministerio de Trabajo con 5 días de antelación, la realización de la asamblea que puede optar por la huelga

o el Tribunal de Arbitramento obligatorio.

Pues bien, en el caso sub-examine, es cierto que esa comunicación se hizo con sólo 4 días de anticipación (8 de agosto de 1985 y la Asamblea se efectuó el 12. folio 127). No obstante, ello no impidió que la representante del Ministerio asistiera a ella con el fin de fiscalizar su desarrollo, según se desprende de los documentos obrantes a folios 96 y 123. Por tanto, sería un exceso de legalismo declarar la ilegalidad de la convocatoria a una huelga por esa sóla circunstancia, porque se estaría sacrificando lo esencial por la forma, cuando realmente lo que se persigue con el aviso, es garantizar la intervención del Ministerio de Trabajo, con lo cual se pretende el desarrollo de dicha Asamblea dentro de los marcos legales, tarea que a decir del informe que presentó el funcionario que la presenció, se cumplió (fl. 123).

La Corporación anota que el artículo 445 del Código Sustantivo del Trabajo, ciertamente, dispone que la huelga debe efectuarse dentro de los 30 días siguientes a su declaración, término en el cual, por mandato del artículo 62 del Código de Régimen Político, deben entenderse suprimidos los días feriados y de vacancia por estar señalado en días, a menos que la ley respectiva expresara lo contrario, cosa que realmente no ocurre en este evento.

De modo, que si la huelga se votó el 12 de agosto de 1985 y se realizó el 13 de septiembre siguiente, de acuerdo con lo expuesto, se cumplió dentro del término legal.

Por tanto, por las dos razones últimamente comentadas no habría lugar a concluir que la declaratoria de la huelga efectuada en agosto de 1985, por 24 trabajadores de la sociedad demandada, es ilegal.

No obstante lo anterior y como se dijo ya en esta providencia, la Sala encuentra que tal declaratoria no se ajustó a derecho, en virtud de que los trabajadores que la votaron no constituían la mayoría absoluta de la totalidad de los trabajadores de esa empresa, ni la mayoría de los afiliados a SINTRAQUIM.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

1.- Declárase la nulidad de las Resoluciones Nos. 14471 de 1985 y 01787 de 1986, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante las cuales se negó la solicitud de la Sociedad Coopers Colombia S.A. de declaratoria de ilegalidad del cese colectivo del trabajo efectuado por un grupo de trabajadores de dicha Empresa entre el 13 y el 15 de septiembre de 1985.

2.- Declárase la ilegalidad de la huelga a la cual se hace referencia en el numeral anterior y, por tanto, el patrono queda en libertad de hacer uso de las facultades que le otorga el numeral 2) del Artículo 451 del Código Sustantivo del Trabajo.

Cópiese, notifíquese y Archívese el expediente.

La anterior providencia se estudió y aprobó en la sala en sesión celebrada el día 6 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FER / COMPETENCIA / INSUBSISTENCIA

Aun cuando el artículo 4o. del Decreto 102 de 1976, respecto del FER regula únicamente para la Junta Administradora la competencia para nominar a su personal y no la función de removerlo, sin que exista disposición que la atribuya a otra autoridad, debe entenderse que tal facultad nominadora conlleva implícitamente la de remover.

En el caso de los autos aun cuando el Gobernador actuó como Presidente de la Junta Administradora del FER, pues los actos acusados fueron refrendados por el delegado del FER y sin la intervención de ninguna autoridad departamental, ni en desarrollo de una función típicamente seccional, no procedió en desarrollo de una decisión de dicha junta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Doctor Diego Younes Moreno.

Referencia: Expediente No. 4269 Actor: ALFREDO JURADO MESIAS. AUTORIDADES NACIONALES.

Alfredo Jurado Mesías, en ejercicio de la acción de restablecimiento del Derecho, solicita la nulidad de los Decretos números 247 y 280 de 16 y 20 de Marzo de 1987, respectivamente, suscritos por el Gobernador de Nariño y refrendados por la Delegada del Fondo Educativo Regional -Ministerio de Educación Nacional- y por medio de los cuales se le declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Asistente Administrativo del Fondo Educativo

Regional de Nariño y en su lugar se nombró a Gloria Fanny Cerón Rosales. Solicita además, el reintegro al mismo empleo o a otro de igual o superior categoría y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, así como a la declaratoria de que no ha existido solución de continuidad entre el momento de su retiro y el de su reintegro.

Como hechos fundamentales de su petición, expresa que la nueva delegada del Fondo Educativo Regional, María Lidia Villota V., le solicito la renuncia del cargo a la cual no accedió y como consecuencia se produjo su insubsistencia.

Que el artículo 4o. literal e) del Decreto 102 de 1976 le asigna a las Juntas Administrativas de los F.E.R. y no al gobernador, la competencia para proveer y remover a los empleados del FER y como en el presente caso, el gobernador procedió sin tener esa facultad, y sin existir solicitud previa del Jefe de la Oficina Seccional de Escalafón, ni estar autorizado por la Junta Administradora del Fer tanto para nombrar a Gloria Fanny Cerón, como para removerlo y por lo tanto los decretos son ilegales por incompetencia y desviación de poder. Agrega el demandante que su remoción no tuvo por objeto el buen servicio público, sino el deseo de incorporar a su cargo a una persona con el fin de cumplir los compromisos políticos de la delegada del FER. (Fl. 10).

Como normas violadas, cita las siguientes: Artículo 3o. literal a) y 4o. literal e) del decreto 102 de 1976; 1o. del Decreto 870 de 1977; 1o. literal b) decreto 2501 de 1982; 7o. decreto 378 de 1976; 1o. 3o. y 4 del Acuerdo No. 076 de 1983 proferido por la Junta Administradora del FER y 1o. numeral 10 del decreto 1723 de 1977.

Admitida la demanda, fue contestada en forma extemporánea (Fl. 32 y 41) y surtido el término probatorio, las partes alegaron de conclusión. El representante del Ministerio de Educación Nacional en esta oportunidad procesal, manifiesta que el demandante carece de derecho para pedir y que en el término probatorio no ha logrado probar el pretendido derecho alegado en la demanda. Agrega que la Junta Administradora del FER carece de facultad nominadora y que conforme al Decreto 102 de 1976, está únicamente facultada para crear cargos y proponer la planta de personal y con apoyo en una sentencia del Tribunal de Nariño, expresa que quien tiene el poder nominador en el Fer, es el Gobernador; que el Acuerdo 073 de 11 de Agosto de 1983 de la Junta Administradora del FER es ilegal por cuanto contraría el artículo 62 de la C.N. ya que solamente al Congreso le corresponde regular las condiciones de ingreso y retiro del servicio de los funcionarios públicos. (Fl. 80).

Por su parte, el demandante manifiesta que se debe desestimar la contestación de la demanda, por cuanto el escrito respectivo, fue presentado extemporáneamente. Reitera los argumentos de la demanda y con cita de la

sentencia del 22 de Abril de 1982 de la Corte Suprema de Justicia expresa que a la Junta Administradora del FER le corresponde la provisión de sus empleados, como ocurre en el presente caso, en tanto que la provisión o remoción de los empleados docentes y administrativos que no sean del FER sino de los planteles educativos, no es de su competencia, pues así quedo plenamente establecido, una vez la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el vocablo "proveer" que trae el literal f) del artículo 4o. del Decreto 102 de 1976. (Fl. 82 a 85).

La Fiscalía 1a. del Tribunal Superior de Nariño, solicita despachar desfavorablemente las súplicas de la demanda por cuanto el actor es de libre nombramiento y remoción, la demanda se dirigió contra el FER el cual carece de personería jurídica y es apenas una mera dependencia administrativa del Ministerio de Educación Nacional. Finalmente señala que los móviles personales y partídistas que el actor expreso en la demanda, no fueron probados a plenitud y no puede afirmarse que el acto acusado haya sido expedido con abuso de poder. (Fl. 87 a 92).

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia de 18 de Febrero de 1988, accedió a las pretensiones de la demanda, con el siguiente argumento:

> "De la atenta lectura del literal e) del artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 102 del 22 de Enero de 1976, se establece que corresponde a las Juntas Administradoras de los Fondos Educativos Regionales, la provisión de los cargos creados por el Gobierno Nacional adscritos a la planta de personal de dichos fondos. La designación debe hacerse mediante acuerdos de las juntas. Esta atribución es distinta de la del literal f) del mismo artículo y decreto citados que se encuentra reglamentada por el artículo 7o. del decreto 378 de 1976. No obstante, los jefes seccionales, carecen de poder discrecional de nominación. Es decir, que a ellos corresponde hacer los nombramientos 'COMO EJECUTORES DE LAS DECISIONES DE LAS JUNTAS ADMINISTRADORAS DE LOS FONDOS EDUCATIVOS REGIONALES'.
>
> En el caso materia de estudio correspondía a la Junta Administradora del FER, dictar el correspondiente acuerdo declarando insubsistente al demandante si había razón fundada para ello. El acuerdo claro está que lo firma el Presidente (Gobernador) y el Secretario. El Gobernador, según se desprende del estudio del proceso actuó en forma unilateral, razón por la cual los actos demandados fueron irregularmente emitidos con usurpación y desviación de poder."

En el trámite de la consulta ante el Consejo de Estado, el apoderado de la Nación presentó su alegato de conclusión, solicitando se revoque la sentencia consultada en virtud de que los empleados de los FER son seleccionados por sus

Juntas Administradoras y su nombramiento lo hace el Gobernado, de acuerdo con el Decreto 878 de 1977. Agrega el apoderado que el actor no pertenecía a la Carrera Administrativa y por lo tanto no era empleado de libre nombramiento y remoción (Fls. 127 y 128).

El fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicita que la sentencia consultada sea confirmada, pues de acuerdo con el literal e) del Articulo 4o. del Decreto 102 de 1976, era a la Junta Administradora del FER de Nariño, a quien correspondía remover al actor y no al Gobernador (Fls. 130 y 131).

Para resolver se considera:

Naturaleza jurídica de la entidad demandada.

De acuerdo con los diferentes planteamientos efectuados a lo largo del proceso, la Sala considera importante señalar que el cargo de que el actor se dirigió contra el FER, organismo sin personería jurídica, carece de validez, pues el libelo expresa con toda claridad que demanda a la Nación -Ministerio de Educación Nacional- y al agregarle a continuación "Fondo Educativo Regional" no le genera ineptitud a la demanda.

Examinada la demanda, se observa que el actor ataca los actos administrativos básicamente con tres argumentos:

1) Falta de competencia del Gobernador, para declarar su insubsistencia; 2) Ausencia de autorización al Gobernador por parte de la Junta Administradora del FER para nominar y remover al actor; y 3) Móviles políticos en la producción de los actos acusados. Conforme a lo antes expuesto, la Sala procede a examinar tales argumentos en el siguiente orden:

1) Competencia para proveer y remover los cargos en los Fondos Educativos Regionales.

El tema que se debatió en el curso del proceso, está consagrado en el artículo 4o. literal e) y f) del Decreto extraordinario 102 de 1976, cuyo tenor literal es el siguiente:

"Las **Juntas administradoras** de los F.E.R. cumplirán, cada una en su respectiva entidad territorial, las funciones siguientes:

"e) Proponer al Ministro de Educación la planta de personal del Fondo, señalando las funciones de los cargos. Una vez aprobada la planta y **creados los cargos por el Gobierno, proveerlos;**

f) Proponer anualmente al Gobierno Nacional por conducto del Ministerio

de Educación, la creación de los nuevos cargos para docentes y administrativos que se requieren para el funcionamiento normal de los planteles educativos nacionales de la respectiva entidad territorial, cuya administración haya asumido el FER. **Creados los cargos por el Gobierno proveerlos;**

La Corte Suprema de Justicia mediante sentencia, de 22 de Abril de 1982, declaró inexequible la frase subrayada del literal f), "creados los cargos por el gobierno, proveerlos", por cuanto contrariaba el parágrafo único del articulo 1o. de la ley 43 de 1975, cuyo texto es el siguiente:

"**El nombramiento del personal en los planteles** que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado anteriormente, **continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función.**" (se subraya)

La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia que se cita y cuyo texto reprodujo el Tribunal de Nariño, dijo:

"resulta evidente que el gobierno, al darle atribución a los F. E. R., mediante el ordinal f) del artículo 4o. del Decreto 102 de 1976, para proveer los cargos administrativos y docentes de los planteles educativos nacionales que cree el Gobierno en las respectivas entidades territoriales, si bien no violó las disposiciones constitucionales invocadas por el actor como infringidas en relación con la descentralización administrativa territorial, sin embargo, transgredió el artículo 118, 8 relacionado con el 76-12, ambos de la Carta, por extralimitación de las facultades otorgadas en la Ley 28 de 1974, por cuanto que el propio legislador ordinario dejó en claro mediante la Ley 43 de 1975, en el parágrafo 1o. y con antelación al ejercicio de aquellas autorizaciones que "**el nombramiento de personal en los planteles que se nacionalizan por medio de esta Ley, o se hayan nacionalizado, continuará siendo hecho por los funcionarios que actualmente ejerzan dicha función.**" y no, por las Juntas Directivas de los Fondos Educativos Regionales, o F.E.R. Deja en claro la Corte que la restricción impuesta al Gobierno por mandato del parágrafo del artículo 1o. de la Ley 43 de 1975, se refiere únicamente a la facultad de modificación de la competencia para proveer o nombrar el personal de los planteles que según ella quedan nacionalizados."

2) Autorización al Gobernador como Presidente de la Junta Administradora para nombrar y remover.

No consta en los actos acusados, ni en las actas de 4 de febrero de 1986, sin número y la No. 034 de 21 de Abril de 1987 de la Junta Administradora del FER, que ésta haya autorizado la remoción del actor ni el nombramiento de

ningún funcionario del FER.

En la última acta, simplemente se hace alusión a que se declaró insubsistente al Asistente Administrativo, como un informe y un hecho cumplido, más no como una autorización de la corporación.

La parte demandada tampoco aportó el convenio, acuerdo o en general, el acto administrativo mediante el cual el FER, en desarrollo del proceso de descentralización educativa, se haya integrado a la Secretaria de Educación del Departamento de Nariño.

Al respecto, el Tribunal de Nariño dijo:

" Los funcionarios de la planta de personal del FER, son nombrados mediante **ACUERDO** expedido por la Junta Administradora previa presentación de los candidatos por parte del delegado regional. El intendente o comisario actúa como Presidente de la Junta en los términos de Decreto 102 de 1976, artículo 4o., literal e) y del Decreto 1723 de 1977, artículo 1o., numeral séptimo."

Lo transcrito, está acorde con lo prescrito en los decretos y normas citadas.

Igualmente la Sala considera importante señalar que aún cuando el artículo 4o. del Decreto 102 de 1976, respecto del FER regula únicamente para la Junta Administradora la competencia para nominar a su personal y no la función de removerlo, sin que exista disposición que la atribuya a otra autoridad, debe entenderse que tal facultad nominadora conlleva implícitamente la de remover.

A esta conclusión, llegó la Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda- en sentencia de 17 de mayo de 1989 con ponencia del Doctor Reynaldo Arciniegas, ante un precepto similar correspondiente al Sistema Nacional de Salud.

Dijo la Corporación:

"... el Jefe Seccional del Servicio de Salud **tenía competencia para nombrar y remover al personal** del servicio, como lo hizo en los actos acusados, conforme al artículo 5o. del Decreto 0350 de 1975, que señaló entre sus funciones la de "**nombrar al personal de la sede del servicio** de acuerdo con el estatuto de personal de salud."

Por lo tanto, aún cuando el Gobernador actuó como Presidente de la Junta Administradora del FER, pues los actos acusados fueron refrendados por el Delegado del FER y sin la intervención de ninguna otra autoridad departa-

mental, ni en desarrollo de una función típicamente seccional, no procedió en desarrollo de una decisión de dicha Junta y por lo tanto el cargo del demandante por este aspecto está llamado a prosperar.

Por los motivos antes expuestos, se habrá de confirmar la sentencia consultada.

En mérito de lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto fiscal,

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia de 18 de febrero de mil novecientos ochenta y ocho, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se declaró la nulidad de los Decretos 247 y 280 de 1987 proferidos por el Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional de Nariño.

SEGUNDO: En firme este fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, y notifíquese.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en Sesión realizada en la fecha. Marzo trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA / REGIMEN DISCIPLINARIO / DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO / PROCESO DISCIPLINARIO

El derecho disciplinario, tanto el que se desarrolla y lleva a cabo al interior del organismo o entidad donde labora o laboró el empleado o funcionario oficiales como el externo que es de competencia de la Procuraduría General de la Nación, responde a una finalidad diferente a la que asiste al derecho penal clásico o propiamente dicho y al derecho penal administrativo. Porque la materia del derecho disciplinario es la observancia de los deberes, obligaciones y derechos de los funcionarios o empleados y como consecuencia las faltas o conductas en que incurran en detrimento del servicio público que se le ha confiado, así como el procedimiento para investigar y determinar la ocurrencia de esas faltas y las sanciones aplicables a los infractores. Por otra parte para ser sujeto del derecho disciplinario es necesario que sea o haya sido funcionario o empleado oficial. Y, por último, las sanciones disciplinarías son correctivas, en ningún caso represivas o depurativas como lo son las del derecho penal clásico.

En el caso de autos de actividad administrativa, punitiva ha respetado el derecho de defensa, no ha violado las normas legales que la sustentan ni tampoco ha sido motivada falsamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1625 AUTORIDADES NACIONALES Actor: Jaime Rodríguez Rodríguez.

Acogiéndose a la opción prevista en el parágrafo del artículo 7o. del numeral 10o. del Decreto 3025 de 1985 y por no tener en su poder ningún documento que permitiera la reconstrucción del proceso, el señor Jaime Rodríguez Rodríguez presentó demanda ante esta corporación contra la Nación Colombiana - Contraloría General de la República - impetrando las siguientes declaraciones y condenas:

"DECLARACIONES:

1o. Declarar la nulidad del acto principal formalizando en la resolución No. 01145 de fecha marzo 5 de 1984 "Por la cual se impone una sanción disciplinaría al Doctor JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ, expedida por el Contralor General de la República.

2o. Declarar la nulidad del Acto confirmatorio y ala vez modificatorio formalizado en la Resolución No. 02897 de 23 de mayo de 1984 "Por la cual se resuelve un recurso y se modifica una resolución", expedida por el Contralor de la República.

CONDENAS:

Como consecuencia de las declaraciones anteriores, ordenar a la Contraloría General de la República que a título de restablecimiento del derecho se suprima de la hoja de vida del doctor JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ la anotación de la sanción que fué objeto y además se levante la sanción de inhabilitar a la persona mencionada para ejercer cargo público por el término de un (1) año" (fl. 15 cdno. ppal.).

Recepcionadas las pruebas solicitadas por el actor con el fin de acreditar la existencia del anterior proceso, por auto de 13 de junio de 1987 (fl. 33 cdno. ppal.), fue admitida la demanda y mediante providencia visible a folio 36 se ordenó tener como pruebas los documentos debidamente autenticados anexados con la demanda y se dispuso requerir de la Contraloría General de la Nación la remisión de copia auténtica del expediente que contiene la hoja de vida del demandante.

Los hechos fundamentales de la acción relatados en el libelo se sintetizan así

1.-Habiendo sido vinculado a las investigaciones iniciadas en las dependencias de la Auditoría Especial ante el Fondo Nacional del Ahorro, por auto de 24 de mayo de 1993, al demandante, quien se desempeñaba como Auditor Fiscal ante el Fondo mencionado, se le siguió un proceso disciplinario dentro del cual por medio del Oficio No. OCISOR-1765 de 25 de agosto de 1983, se "formuló pliego de cargos al Doctor JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ, así:

'Cometer o encubrir, excusar o permitir en cualquier forma, conductas que

atentan gravemente contra los intereses de la Contraloría o la Administración Pública en general."

La anterior conducta está tipificada en el Artículo 38, numeral 13, como se consignó." (fl. 16 cdno. ppal.).

Dentro del término legal el accionante descorrió el traslado del aludido pliego de cargos en declaración rendida ante el funcionario comisionado para adelantar la investigación, quien en el informe dirigido al Jefe de la Sección de Quejas y Reclamos, radicado con el No. OCI-SQR-INF-642 de 14 de octubre de 1983, afirmó: " 'De todo lo anterior se deduce que si bien el Doctor JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ no se le comprobó haber exigido dinero a los beneficiarios de los préstamos aprobados por la Junta Directiva del Fondo y recomendados por él, indudablemente de esa situación se aprovechó el señor Rojas, el cual conforme a los varios testimonios si (sic) los exigió, por lo cual el Doctor Rodríguez, permitió con su conducta que otras personas (sic), en este caso vinculadas a él por lazos familiares solicitara ilícitamente sumas de dinero por trámites oficiales.' " (fl. 16 cdno. ppal.).

3.- Por su parte la Jefatura de la Sección mencionada en auto de 20 de octubre del mismo año, expresó: " 'Efectivamente, de la prueba acopiada al informativo se infiere con meridiana claridad que si bien al inculpado no se le comprobó haber exigido dinero a los beneficiarios de los préstamos aprobados por la Junta Directiva del Fondo y recomendados por él, sí permitió que su lejano pariente Arturo Rojas lo hiciera.' " (fls. 16 y 17 cdno. ppal.).

4.- "En acta No. 01 de 2 de febrero de 1984 el Comite de Personal recomendó la destitución del Doctor JAIME RODRIGUEZ sin mediar motivación alguna, conforme lo prevé el Art. 58 del Decreto 937 de 1976, fundamentándose en el Art. 38, numerales 3o., 37 y 38 del Decreto 937 de 1976, es decir, cargos distintos de los formulados por la Oficina de Quejas y Reclamos en Oficio No. OCI -SOR- 1765 de agosto 25 de 1983, en los cuales baso su defensa el inculpado." (fl. 17 cdno. ppal.).

5.- La Contraloría General de la Nación fundamentándose en hechos falsos, toda vez que afirma que " 'Se comprobó que el inculpado, JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ, acepto comisiones en dinero y tuvo interés en asuntos relacionados con su cargo.' " (fl. 17 cdno. ppal.), por medio de la Resolución No. 1145 de 5 de marzo de 1984 sancionó al accionante con la destitución, acto que, en virtud del recurso de reposición interpuesto contra él, fue modificado por la Resolución No. 2987 de 23 de mayo de 1984, "en sentido de eliminar el cargo contenido en el Art. 38, numeral 3o., del Decreto 937 de 1976 (haber aceptado comisiones en dinero), pero dejó vigentes los cargos contemplados en el Art. 37, nums. 37 y 38 del mismo Decreto, cargos que nunca fueron formulados en la instancia procesal reglamentaria al Dr. JAIME RODRIGUEZ

RODRIGUEZ, razón por la cual no pudo nunca ejercer su derecho de defensa contra los precitados cargos. Así se dió por agotada la vía gubernativa." (fl. 17 cdno. ppal.).

6.- Por medio de la Resolución No. 3749 de 27 de mayo de 1983 emanado de la Contraloría General de la República, se declaró insubsistente el nombramiento del actor del cargo de Auditor Especial, nivel ejecutivo, grado 7o., Auditoría Especial ante el Fondo Nacional del Ahorro en Bogotá.

En la demanda se citaron como quebrantados los artículos 16, 20, 23, 26 y 28 de la Constitución Política y los artículos 32, 37, 38 numerales 3o., 13, 37 y 38 y artículos 52-55 y 58 del citado Decreto.

El concepto de violación de estas normas se expuso de la siguiente manera:

"**Primer Cargo:** La Contraloría General de la República por medio de las Resoluciones Nos. 01145 de 5 de marzo de 1984 y 02897 de 23 de mayo de 1984 violó en forma ostensible las disposiciones constitucionales y legales que prescriben lo relativo al derecho de defensa, por las siguientes razones: En primer término, al Dr. JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ se le formuló pliego de cargos por violación al Art. 38, núm. 12 por: 'Cometer o encubrir, excusar o permitir en cualquier forma conductas que atentan gravemente contra los intereses de la Contraloría o de la Administración Pública en general.' Con base en estos cargos el inculpado, Dr. JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ, ejerció su derecho de defensa. Eran éstos los únicos cargos que militaban en su contra en el proceso disciplinario. Los funcionarios investigadores y el Jefe de la Oficina de Quejas y Reclamos habían descartado que existieran pruebas en el informativo relativas a la exigencia de dinero por parte del Dr. RODRIGUEZ, o sea la conducta tipificada en el Art. 38, núm. 3o. del Decreto 937 de 1976. Además, nunca se formularon cargos por violación a la precitada disposición. Sin embargo, el Comité de Personal recomendó sancionar al Dr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ por violación del Art. 38, numeral 3o., 37 y 38 del Decreto 937 de 1976 que tipifican las conductas antes mencionadas. En otros términos, no ejerció su derecho de defensa contra los cargos que el Comité de Personal tomó como base para recomendar su sanción. Si por medio de la Resolución No. 02897 de 23 de mayo de 1984 en el sentido de revocar el cargo tipificado en el Art. 38, núm. 3o. del Decreto 937 de 1976, también es cierto que se dejó vigente la motivación sobre violaciones al Art. 38, nums 37 y 38 del mismo Decreto, hechos sobre los cuales nunca se formuló cargos al inculpado, por no aparecer prueba alguna en el proceso disciplinario.

El procedimiento que debió seguir el Comité de personal era el señalado en el Art. 32 del mencionado Decreto, o sea dar a conocer al inculpado el

informe de las pruebas que se hubieren allegado a la investigación y en las cuales se fundamentaban los cargos, y oírlo en declaración de descargos. Puesto que se omitió este procedimiento, se violó flagrantemente la disposición precitada, así como las normas constitucionales que garantizan la libertad física o individual y el derecho de defensa (Art. 20, 23, 26 y 28).

Segundo Cargo: El Comité de Personal, al rendir concepto ante el Sr. Contralor sobre hechos que constituyan faltas sancionables con destitución, debe hacerlo en forma motivada, conforme lo preceptúa el Art. 58 del Decreto 937 de 1976. La motivación consiste en un razonamiento investigados que estén probados en el informativo, y en la fundamentación jurídica que permita tipificar la conducta punible. En el Acta No. 1 de 2 de febrero de 1984, en la cual se atesta sobre la reunión del comité del personal y la determinación adoptada por él, no aparece esta motivación; hay una simple recomendación del Sr. Contralor para destituir al funcionario. Dado que se omitió este requisito, la violación al Art. 58 precitado salta a la vista en forma asaz ostensible.

Tercer Cargo: Como corolario de todo lo anterior, la Resolución No. 01145 de 5 de mayo de 1984, como acto principal y la 02897 de 23 de mayo de 1984, como acto confirmatorio y a la vez modificatorio, adolecen del vicio denominado "falsa motivación" por cuanto los consideramos de los mencionados actos se fundamentan en hechos no probados en el informativo, y en fundamento de derecho que de contera no tienen respaldo fáctico en la investigación adelanta contra el Dr. JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ. En el proceso disciplinario y en la instancia procesal correspondiente se formularon cargos a mi poderdante que corresponden a hechos tipificados en el Art. 38, núm. 12, del Decreto 937 de 1976 y las resoluciones acusadas dan cuenta de otros hechos tipificados en otras normas que, como se dijo antes, no aparecen aprobados en el informativo y, además, nunca fueron imputados al in culpado. Es clara, pues, la falsa motivación de estos actos y, como consecuencia de ello, la violación a las disposiciones legales y constitucionales indicadas en este libelo." (fls. 17, 18 y 19 cdno. ppal.).

Agotado al trámite correspondiente y no observándose nulidad que pueda incidir sobre la validez de la actuación, debe la Sala proferir sentencia, a la cual procede mediante las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se trata de decidir sobre la legalidad de las Resoluciones números 01145 de 5 de marzo de 1984 (fls. 3 y 4) y 2897 de 23 de mayo del mismo año, proferidas por el Contralor General de la República, mediante las cuales en su orden, se dispuso sancionar al demandante con destitución, inhabilitarlo para el ejercicio de otro cargo público por el término de un año y hacer en su hoja de vida la

respectiva anotación, y se confirmó la resolución No. 1145 de 1984, previa modificación de sus considerandos.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1.- Mediante providencia de 24 de mayo de 1983, se abrió una investigación en la dependencia de Auditoría Fiscal ante el Fondo Nacional del Ahorro, con el fin de establece la comisión de hechos irregulares en la tramitación de algunas solicitudes de crédito para adquirir vivienda. (fls. 6 a 8 Antec. Administrativos).

2.- De acuerdo con lo expresado por el funcionario Investigador en auto del 28 de julio de 1983 (fls. 82 a 103 Antec. Administrativos) "La conducta de Jaime Rodríguez Rodríguez, ex-auditor Fiscal ante el Fondo Nacional del Ahorro, al presentar para aprobación los créditos en los cuales estaba interesado Rojas, patrocinó quizá en forma indirecta, el cobro de comisiones y su benevolencia para aceptar todas las recomendaciones y reclamar las comunicaciones originales para entregarlas personalmente en Villavicencio, auspició con su conducta la intervención de Rojas." (fl. 102 Antec. Administrativos).

Asimismo asevera que:

" Para el caso del Auditor Fiscal de la Contraloría General de la República, doctor Jaime Rodríguez Rodríguez, sus actuaciones desarrolladas y probadas con varios testimonios ameritan sanción disciplinaría por parte de la Oficina de Control Interno de la Contraloría General de la República, aunque no investigación penal, porque sus intervenciones dejan mucho que desear al presionar insistentemente ciertas comunicaciones que a la larga servían para sustentar las pretensiones de Rojas" (fls. 102 Antec. Administrativos).

3.- En ejercicio de la comisión ordenada por la providencia visible a folio 1 del cuaderno de antecedentes administrativos, el doctor Luis Augusto Páez García, por auto de 19 de agosto de 1983 (fl. 104 Exp. Adm.), abrió la correspondiente investigación contra el demandante, a quien por medio del Oficio No. OCI-SOR-1765 de 25 de agosto de 1983 se le formuló pliego de cargos en los siguientes términos:

"Como conducta tipificada en el artículo 38 numeral 3 del Decreto 937 de 1976, 'Cometer o encubrir' excusar o permitir, en cualquier forma conductas que atentan gravemente contra los intereses de la Contraloría o la Administración Pública en general' amerita sanción disciplinaría; tiene usted derecho al tenor de lo dispuesto en los artículos 32 y 52 del referido decreto, a presentar descargos en forma escrita u oral, a solicitar y aportar pruebas conducentes, y para tal efecto dispone del término de cinco (5) días

hábiles, contados a partir de la fecha de recibo del presente pliego, durante el cual el expediente permanecerá a su disposición en la Secretaria de esta Sección.

Vencido el término anterior y a falta de respuesta, los cargos que se formulan serán tomados como ciertos y en consecuencia se aplicará la sanción correspondiente." (fl. 109 Exp. Adm.).

4.- Los descargos del actor aparecen en la declaración rendida el 6 de septiembre de 1983 (fls. 110 a 113 Exp. Adm.) así como la solicitud de pruebas que formuló con el fin de desvirtuar las imputaciones que e le hacían.

5.- Las pruebas recepcionadas en el trámite del proceso disciplinario se hallan a folios 120 a 192 y 195 a 200 del cuaderno de Exp. Adm..

6.- El funcionario investigador en el informe presentado al Jefe de la Sección de Quejas y Reclamos de la Contraloría General de la República (fls. 201 a 203 Exp. Adm.), expresa textualmente:

"De todo lo anterior se deduce que si bien al doctor Jaime Rodríguez Rodríguez no se le comprobó haber exigido dinero a los beneficiarios de los préstamos aprobados por al Junta Directiva del Fondo recomendamos por él, indudablemente de esa situación se aprovechó el señor Rojas por el cual, conforme a los varios testimonios sí los exigió, por lo cual el doctor Rodríguez, permitió con su conducta que otra personas (sic), en este caso vinculadas por él por lazos familiares solicitara ilícitamente sumas de dinero por trámites oficiales.

CONCLUSION Y RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso disciplinario y las razones aducidas por el inculpado, se considera que existe una irregularidad en el hecho de que el doctor Rodríguez presionara insistentemente las comunicaciones originales de los créditos para entregarlos personalmente en Villavicencio, sobre todo si se tiene en cuenta que otra persona, el señor Rojas, se aprovechaba ilícitamente de tal actividad. Sin embargo debido a su buena conducta anterior, este funcionario considera aplicarle al Doctor Jaime Rodríguez Rodríguez, el artículo 39, numeral 2, sancionándolo con una suspensión de hasta 30 días." (fl. 203 Exp. Ad.).

7.- La anterior recomendación fué acogida por el Jefe de la citada dependencia según se desprende del auto de 20 de octubre de 1983 (fl. 207 Exp. Ad.).

8.- Por su parte el Comité de Personal según se lee en el acta número 01 de 2 de febrero de 1984, al considerar el caso del demandante, dijo:

"... **JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ.** Expediente No. 3772. Auditor Especial, Nivel Ejecutivo, grado 7, Auditor Especial ante el Fondo Nacional del Ahorro - Bogotá. Se recomienda destituirlo del cargo e inhabilitarlo por el término de un (1) año para el desempeño de otro cargo público por violación del artículo 38 numerales 3, 37 y 38 del Decreto 937 de 1976 y hacer anotación en la Hoja de Vida de acuerdo con lo estipulado en el artículo 48 del Decreto 937 de 1976 por cuanto por Resolución No. 3749 del 27 de mayo de 1983 fue declarado insubsistente su nombramiento." (fl. 13 cdno. ppal.).

Con el objeto de asegurar la legalidad, moralidad, imparcialidad, responsabilidad, cooperación y eficiencia en los servicios a su cargo y para que su aplicación se logre regular la conducta de los empleados y sancionar los actos incompatibles con los objetivos señalados o con la dignidad que implica el ejercicio de las funciones públicas, el Decreto 937 de 1976 estableció el régimen disciplinario de la Contraloría General de la República, para cuyo ejercicio se requiere el adelantamiento del proceso regulado en el Capítulo IV del citado Decreto, el cual consta de varias etapas o pasos que tiene por finalidad la protección del derecho de defensa del funcionario inculpado.

Concluido el proceso, el superior jerárquico competente para imponer la sanción acogerá la más adecuada a la gravedad de la falta cometida, teniendo en cuenta situaciones eximentes de responsabilidad, atenuantes o agravantes. (arts. 53 - 55 - 56 D. 937 de 1976).

Cuando se considere necesario aplicar una sanción de suspensión mayor de diez días o de destitución, se debe obtener concepto motivado y previo de la Comisión de Personal de la Contraloría (Arts. 37 y 58).

Del estudio del material probatorio allegado al proceso surge que en el disciplinario adelantado contra el hoy actor, se cumplieron **todas** las etapas que le son propias. No obstante, en algunas de ellas hay ciertas deficiencias, anomalías e irregularidades que han de ser examinadas por la Sala para determinar si ellas tienen suficiente énfasis para alcanzar a vulnerar el derecho de defensa del demandante y para afirmar si la sanción fue o no irregularmente impuesta. Recuérdese que son precisamente esas deficiencias, anomalías o irregularidades las que dan pie al libelista para endilgar a los actos enjuiciados las causales de anulación que esgrime en su contra.

Según consta en el oficio OCI-SOR-1765 de 1983, que viene a ser el pliego de cargos, demasiado sucinto y lacónico, aunque completo al accionante de hoy se le endilgó el proceder anómalo descrito en el numeral 13 del art. 38 del decreto-ley 937 de 1976, la cual consiste en "cometer o encubrir, excusar o permitir en cualquier forma, conductas que atentan gravemente los intereses de la Contraloría o la Administración pública en general", como ya se dijo en el punto 3 de las

presente consideraciones. Y en la resolución No. 2897 de 23 de Mayo de 1984, que finalmente lo sancionó con destitución, al modificar en la parte motiva los argumentos tenidos en cuenta en la resolución No. 1145 de 5 de marzo de ese año, se le dijo que esa sanción obedece a la comisión de faltas descritas en los numerales 37 y 38 del mencionado artículo 38 y que consisten en:

> "37.- Percibir de las entidades vigiladas prestaciones en dinero. o en especie.
>
> 38.- Tener por sí o por interpuesta persona o intereses de tal naturaleza que puedan comprometer su independencia en instituciones sometidas a su control."

Y resulta indiscutible, como se deriva de la lectura del informativo previo a la formulación del pliego de cargos, que los hechos que se comprobaron durante esa etapa al funcionario en desempeño de sus atribuciones de auditor, encajan más con esas dos conductas (las de los numerales 37 y 38) que con aquella que es descrita en el numeral que se le señaló en el pliego de cargos. En otras palabras, existe una incoherencia evidente entre la conducta o falta que se le apuntó como posiblemente perpetrada por él en el pliego de cargos y las conductas o faltas que al cabo encontró la autoridad sancionadora como más concorde con la realidad o con los hechos anómalos resultantes de la Investigación, para de esa manera, con base en ellas, sancionarlo con destitución, tal como fue recomendado por el comite de personal, adicionada con la inhabilitación por el término de un año para el desempeño de otro cargo y anotación en la hoja de vida, como también recomendó la nombrada comisión de personal.

9.-Es de preguntarse entonces qué fuerza vinculativa tiene el pliego de cargos, cuya autoría -como lo establece la norma- fue de un funcionario distinto al que dicto la resolución sancionatoria. En el **sub-lite** fue el Jefe de la Sección de Quejas y Reclamos quien precisó ese pliego de cargos y fue el contralor general quien cristalizó el acto administrativo sancionatorio. Será la resolución sancionatoria consecuencia o efecto necesario de lo expresado en el pliego de cargos?

Para dar respuesta adecuada y acertada a los anteriores interrogantes es forzoso acudir a la naturaleza jurídica del derecho disciplinario en sí considerado, distinto en su filosofía al derecho penal propiamente dicho, aunque ambos participen de ciertas características comunes. Igualmente, habrá que acudir a la forma en que están definidas las conductas o faltas en el texto propio para el régimen disciplinario interno para los empleados de la Contraloría General de la República, o sea, al art. 38 del decreto-ley 937 de 1976, que fue aplicado en el caso del actor, como era obvio.

En principio para que una autoridad estadual pueda imponer una sanción, una pena, es indispensable que la persona haya incurrido en una

infracción, en una conducta, en una falta reprochada por la ley. En ese sentido, el llamado derecho administrativo disciplinario tiene un cercano parentesco, por así decirlo, con el derecho penal propiamente dicho, y, también, con lo que más recientemente ha sido denominado "derecho penal administrativo" o "derecho administrativo penal" en virtud del cual autoridades administrativas del Estado imponen sanciones -penas- a particulares por comisión de las "contravenciones administrativas."

Pero el derecho disciplinario, tanto el que se desarrolla y lleva a cabo al interior del organismo o entidad donde labora o laboró el empleado o funcionario oficiales como el externo que es de competencia de la Procuraduría General de la Nación, responde a una finalidad diferente a la que asiste el derecho penal clásico o propiamente dicho y al derecho penal administrativo o administrativo penal. Porque la materia del derecho disciplinario es la observancia de los deberes, obligaciones y derechos de los funcionarios o empleados y, como consecuencia, las faltas o conductas en que incurran en detrimento del servicio público que se le ha confiado, así como el procedimiento para investigar y determinar la ocurrencia de esas faltas y las sanciones aplicables a los infractores. Por otra parte, para ser sujeto del derecho disciplinario es necesario que se sea o se haya sido funcionario o empleado oficial. Y, por último, las sanciones disciplinarías son correctivas, en ningún caso represivas o depuratívas como lo son las del derecho penal clásico.

Ahora bien, como puede inferirse de la lectura del art. 38 del decreto-ley 937 de 1976, el mismo ofrece toda una variedad o gama de conductas irregulares descritas de una manera muy genérica, sin que en forma **tipificadora** puedan justi-preciarse, tanto que muchas de ellas podrían ser absorbidas o confundidas por otras descritas en la norma. Son violaciones de prohibiciones, incumplimientos de deberes, restricciones en el actuar, abusos de derecho, modalidades, exigencias, limitaciones más o menos amplias, etcétera. Así por ejemplo, "cometer conductas que atentan contra los intereses de la Contraloría o la Administración pública en general" (y lo mismo puede afirmarse de "encubrir", "excusar" o "permitir"), fácilmente puede ser especificada en "percibir de las entidades vigiladas prestaciones en dinero o en especie" porque al hacerlo también se comete una conducta que atenta gravemente contra los intereses de la Contraloría o de la administración pública en general, y porque "tener por sí o por interpuesta persona intereses de tal naturaleza que puedan comprometer su independencia en instituciones sometidas a su control", igualmente es "cometer una conducta que atenta gravemente contra los intereses de la Contraloría o de la administración pública en general, "Para decirlo de otra manera, la conducta del numeral 13, es genérica, y las de los arts. 37 y 38 son más específicas.

10.- Así las cosas, no puede afirmarse que el pliego de cargos tenga **per se** una fuerza vinculativa de tal magnitud que impida a la autoridad disciplinaría, en vista de las finalidades que se proponen las facultades a ella confiadas por

la ley y teniendo en cuenta la realidad táctica-procesal debidamente establecida, aplicar la normatividad que en verdad sea la aplicable, siempre y cuando, claro está, que esa falta concuerde ontológicamente con la que se indicó en el pliego de cargos. El pliego de cargos, como enseñan los teóricos, se fundamenta en un conocimiento de hechos en el grado de la probabilidad. La resolución que impone la sanción o dispone archivar el expediente, se basa en la certeza de responsabilidad o de inocencia o de que el hecho o los hechos no acaecieron.

De suerte que la resolución que pone fin al proceso disciplinario ha de obedecer o atender a la verdad, o sea, a una correspondencia entre el conocimiento y la realidad, lo que debe establecerse objetivamente con base en los hechos y en sus pruebas; la autoridad disciplinaría debe realizar un juicio intelectual sobre lo que tiene ante sí debidamente identificado y, a través de un silogismo, concluir acerca de la certeza que se derive de ese juicio valorativo y mental.

11.- No puede olvidarse tampoco que los pasos o etapas de cualquier proceso disciplinario se relacionan con el respeto al derecho de defensa, ínsito en la juridicidad punitiva.

Pese a las ya anotadas deficiencias del pliego de cargos, aparece en autos (ver cuaderno administrativo en fotocopia, folios 110 y ss.) que al señor Rodríguez se le dió plena oportunidad de rendir descargos y que todos ellos se encaminan a tratar de desvirtuar hechos atinentes a la tramitación de créditos cuyas peticiones cursaban en el Fondo Nacional de Ahorros, de manera que de su lectura se deriva que Rodríguez sabía que la conducta que se le atribuía estaba íntimamente ligada a su interés de favorecer a alguien que estaba unido por parentesco de afinidad que cobraba comisiones para gestiones correspondientes y a cobro de dádivas por esas ayudas que se endilgaban. También se le proporcionaron informaciones acerca de los documentos y pruebas que sustentaban la investigación y la oportunidad de desvirtuar esas pruebas, las que fueron evacuadas en su oportunidad, como se puede observar en ese cuaderno.

12.- Brota de lo anterior que no hubo quebranto del derecho de defensa como la demanda quiere hacer notar, porque pese a que el pliego de cargos se halla plagado de errores e igualmente lo esta la recomendación del comité de personal y hasta las resoluciones dictadas por el Contralor General, ellos no llegan a vulnerar el derecho de defensa, que es el primer cargo dirigido por el actor contra las resoluciones acusadas, e igualmente de los otros dos.

13.- Para que la falsa motivación se dé como causa de anulación de un acto administrativo es menester que sea examinada en cada caso concreto, **cual ha sido la causa** en el obrar de la administración que ha dictado el acto, dado que los órganos de la administración han de obrar en una **situación de deber** por cuanto han sido instituidos para cumplir determinados poderes **frente a la comunidad** y **frente a los administrados.** De allí que la autoridad adminis-

trativa ha de actuar, sobre todo si su manifestación de voluntad que se proyecta es **reglada** -como cuando hace uso del poder disciplinario- midiendo las circunstancias de hecho y de derecho que sean pertinentes, porque son esas circunstancias fácticas y jurídicas las que van a integrar la **motivación,** elemento esencial del acto que ha de proferirse. Si esas circunstancias fácticas o jurídicas no son verdaderas, no consultan a la verdad en todo o en parte, la motivación será falsa, y viciado el elemento "motivo", en sede jurisdiccional habrá lugar a la anulación del acto así efectuado.

Sayagués Laso ("Tratado de Derecho Administrativo:, tomo I, pags. 447, 448, - Montevideo, 1986) se vale de un ejemplo para ilustrar lo anterior: "la administración impone una sanción disciplinaría a un funcionario por una falta en que ha incurrido; la **causa** o **motivo** de la sanción, es decir, la circunstancia que justifica el acto, es la falta cometida; el **fin** del acto es asegurar el orden en la administración que resultaría comprometido si los funcionarios culpables de actos indebidos no fueran sancionados adecuadamente... Si la falta imputada al funcionario no existiera o no la hubiera cometido él, el acto punitivo sería inválido por inexistencia (falsedad) del **motivo** que lo justifica pero el **fin** sería siempre lícito, pues el jerarca actuó con la intención de asegurar el correcto funcionamiento del servicio, aunque incurriendo en error. En cambio, podría ocurrir perfectamente que el **motivo** invocado fuera exacto pues el funcionario cometió la falta, pero el **fin** perseguido por el jerarca sea ilegítimo: venganza personal o persecución política.... También puede ocurrir que sea falso el motivo invocado e ilegítimo el fin perseguido. Esta situación se daría -siempre en el ejemplo citado- si además de ser inexistente la falta imputada, mediase la intención aviesa del jerarca... Asimismo puede darse el caso de que el fin perseguido con el acto se invoque como motivo del mismo. Ello ocurriría si el jerarca expresara como razón (motivo) de la sanción disciplinaría, la enemistad personal o la animosidad política..."

En el caso **sub-lite** están demostradas las faltas en que incurrió el actor al frente de sus funciones, sólo que en el pliego de cargos se formuló una conducta como configurante de esa falta, más, al dictarse el acto definitivo, el jerarca -para usar la expresión del maestro uruguayo- ubicó la **falta** dentro de unas conductas previstas en la ley que más se amoldaba a la etiología de la falta, a la realidad de esta, más que la conducta tan genérica que escogió el funcionario investigador que redactó tan lacónicamente el pliego de cargos. Erró el Contralor General de la República; empero, ese error no configura falsa motivación como lo ha creído la demanda. Cumplió el jerarca del empleado oficial sancionado en una situación de **deber**, ejercitando determinados **poderes jurídicos** que le ha confiado la ley, cayendo en un desacierto que no llega a incidir en elementos esenciales del acto que ahora juzga.

14.- Apesar, por ende, de las anomalías que se observan, no sólo en el acto administrativo definitivo contenido en la resolución 02897 de 23 de mayo de 1984, sino también en la No. 01145 de 5 de marzo de ese año y en varias de las

etapas de la operación investigadora, la presunción de validez de ellos permanece incólume. La actividad administrativa, punitiva, ha respetado el derecho de defensa, no ha violado las normas legales que la sustentan ni tampoco ha sido motivada falsamente. Han de negarse, entonces, las peticiones del libelista en el presente asunto.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la parte actora.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sección celebrada el día 13 de marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO / ASAMBLEA GENERAL / TRABAJADOR SINDICALIZADO / TRABAJADOR NO SINDICALIZADO / CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO

Tanto los trabajadores sindicalizados como aquellos que no lo son, tienen capacidad legal para promover conflictos de trabajo y consiguientemente, la facultad de constituirse en Asamblea General para los fines indicados, luego de culminar la etapa de mediación: asamblea, que según el caso, será de trabajadores sindicalizados o de no sindicalizados. Pero nada impediría que en el evento de que simultáneamente se presentaran en una misma empresa sendos conflictos laborales planteados separadamente por trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, finalizadas las respectivas etapas de mediación, unos y otros trabajadores decidieran conjuntamente realizar la Asamblea General de que trata el artículo 9o. de la Ley 39 de 1985, pues a ambos grupos les asiste el derecho a efectuar dicha asamblea. La norma demandada, inciso 1o., artículo 1o., Decreto 477/86, desapareció de la vida jurídica al haber sido modificado el artículo 444 del C. S. del T. por el 61 de la Ley 50 de 1990.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3681. Decretos del Gobierno. Actor: ALBERTO ESCANDON VILLOTA

El ciudadano Alberto Escandón Villota, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en al Art. 84 del Código Contencioso

Administrativo, solicita la nulidad del Artículo 1o. Inciso 1o. del Decreto 477 de 11 de febrero de 1986, expedido por el señor Presidente de la República en uso de las facultades que de confieren el numeral 3 del Art. 120 de la Constitución Política, por el cual se reglamentó la Ley 39 de 1985.

Argumenta que el Presidente de la República al dictar el Artículo 1o. Inciso 1o. del Decreto 477 de 1986, excedió la potestad reglamentaria por cuanto al ejercer tal facultad no podía derogar normas no modificadas ni expresa ni tácitamente por la Ley reglamentada lo cual ocurrió toda vez mediante el artículo acusado se derogó el 62 del Decreto de 1469 de 1978.

En efecto, al indicarse en el Inciso 1o. del Decreto 477 de 1986, que la Asamblea de Trabajadores sindicalizados o no sindicalizados que hubieren promovido el conflicto puede tomar la decisión de optar por la declaratoria de huelga o por la convocatoria de un tribunal de arbitramento está permitido que un sindicato minoritario, apoyándose en dicha norma, vote validamente la huelga, violando así flagrantemente el Art. 62 del Decreto 1469 de 1976, que dispone que terminada la etapa consolidación sin que se halla llegado a un acuerdo definido sobre el pliego de peticiones elevados por un sindicato minoritario o por sindicatos minoritarios, o por los trabajadores no sindicalizados, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social convocará a una Asamblea a todos los trabajadores de una Empresa sindicalizados o no sindicalizados, para que la mayoría de ellos, en votación secreta, opten por la huelga y soliciten del Ministerio mencionado que el conflicto se someta a la decisión de un tribunal de arbitramento obligatorio.

Por lo tanto, concluye el accionante "la expedición del artículo 1o.,inciso 1o., del Decreto 477 de 1986 constituye un exceso en la facultad reglamentaria al derogar el Artículo 62 del Decreto 1469 de 1978, artículo éste no derogado por el artículo 9o. de la Ley 39 del 1985". (fl. 8).

La solicitud de suspensión provisional de la norma acusada impetrada en la demanda, fue despachada negativamente en providencia del 16 de noviembre de 1988.

En su vista de fondo la Fiscalía Quinta de la Corporación conceptúa que se debe acceder a las pretensiones del demandante y declarar la nulidad de la norma impugnada, porque en la forma en que está redactada presenta sólo dos alternativas : la relación de asambleas generales de los trabajadores afiliados a la entidad sindical o de los trabajadores afiliados y no afiliados a un sindicato reunidos conjuntamente en asamblea, como lo prescribe la Ley. Por consiguiente, sostiene el Ministerio Público, el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de la facultad constitucional otorgada por el ordinal 3o. del Artículo 120 de la Carta, al limitar la aplicación de la Ley 39 de 1985 en el 9o.

No observando causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala

a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

La norma acusada, inciso primero del Artículo 1o. del Decreto 477 de 1986, dispone:

> "Concluida la etapa de mediación, sin que las partes hubieran logrado acuerdo total sobre los puntos materia del diferendo, se realizará una asamblea general de los trabajadores afiliados a la entidad sindical a través de la cual se hubiere promovido el conflicto, o de los trabajadores no organizados si fueren éstos quienes lo plantean, a través de la presentación y trámite legal del respectivo pliego de peticiones, asamblea que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la solicitud al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de convocatoria de un tribunal de arbitramento obligatorio".

El Artículo 9o. de la Ley 39 de 1985, objeto de reglamentación por el artículo transcrito reza:

> "Concluido el término legal señalado para la etapa de Mediación sin que se hubiera logrado acuerdo total, se realizará una Asamblea General de los Trabajadores directamente comprometidos en el conflicto que deberá tomar la decisión de optar entre la declaratoria de huelga o la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento.
>
> La huelga o la solicitud de Arbitramento serán decididas, en votación secreta, por la mayoría absoluta de los trabajadores que deban integrar la asamblea".

La anterior transcripción muestra identidad de previsiones, en el sentido de que el trámite de negociación colectiva de trabajo, una vez terminada la etapa de mediación o de intervención obligatoria de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,son los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto quienes deben optar por la huelga o por la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento. La expresión "Directamente comprometidos en el conflicto"; se refiere a quienes lo hubieren promovido, bien sea los sindicalizados o los no sindicalizados. En últimas, todos los trabajadores de una empresa resultan afectados con la decisión; pero no son todos los directamente comprometidos.

La sala no comparte lo expresado en el concepto de la Agencia del Ministerio Público, conforme al cual el Presidente de la República al expedir la norma demandada excedió la facultad otorgada por el numeral 3o. del Art. 120 de la constitución Política, porque " limita la posibilidad de presentar pliego de peticiones a todos los trabajadores directamente comprometidos en el conflicto

laboral, ya que sólo la otorga a dos clases, a los afiliados a la organización o a los no organizados de suerte que" que deje por fuera a los trabajadores afiliados y no afiliados a un sindicato, reunidos en asambleas conjuntamente, tal como lo ha prescrito la Ley".

Este inciso no toca para nada con la posibilidad de presentar pliegos de peticiones. Se refiere a una etapa posterior a su presentación cuando no se ha logrado acuerdo, para autorizar, a los sindicalizados o a los no sindicalizados que hubieren promovido el conflicto precisamente con la presentación de un pliego de peticiones, a optar por la huelga o por la convocatoria del Tribunal.

De suerte que tanto los trabajadores sindicalizados como aquellos que no lo son, tienen capacidad legal para promover conflictos de trabajo y consiguientemente, la facultad de constituirse en asamblea general para los fines indicados, luego de culminar la etapa de medición; asamblea que, según el caso, será de trabajadores sindicalizados o de no sindicalizados. Pero nada impediría que, en el evento de que simultáneamente se presentaran en una misma empresa sendos conflictos laborales planteados separadamente por trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, finalizadas las respectivas etapas de mediación, unos y otros trabajadores decidirán conjuntamente realizar la Asamblea General de que trata el Artículo 9o. de la Ley 39 1985, pues a ambos grupos les asiste el derecho a efectuar dicha asamblea.

De acuerdo con lo expuesto, no es viable, lo reclama la colaboradora fiscal declarar, por tales razones, la nulidad de la norma demandada.

De otra parte, los planteamientos del actor en el sentido de que se viola la ley reglamentada al quedar derogado el Art. 62 del Decreto 1469 de 1978, pues en ésta no se hace tal derogación, carecen de fundamento, por cuanto se trata de estatutos de igual jerarquía, ambos reglamentos, prevaleciendo por tanto la forma posterior.

Finalmente es necesario advertir, que habiendo sido modificado el Art. 444 del C. S. del T.. por el 61 de la Ley 50 de 1990, el inciso 1o. del Decreto 477 de 1985 desapareció de la vida jurídica, pues la norma en comento reglamentó la materia así: "El art. 444 del C. S. del T., modificado por el Art. 9o. de la Ley 39 de 1985 quedará así:

Artículo 444 'Decisión de los trabajadores

Concluida la etapa de arreglo directo sin que las partes hubieran logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral, los trabajadores podrán optar por la declaratoria de huelga o por someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal de Arbitramento.

La huelga o la solicitud de arbitramento serán decididas dentro de los

diez (10) días hábiles siguientes a la terminación de la etapa de arreglo directo, mediante votación secreta, personal e indelegable, por la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa, o de la asamblea general de los afiliados al sindicato o sindicatos que agrupan mas de la mitad de aquellos trabajadores.

Para este efecto, si los afiliados al sindicato o sindicatos mayoritarios o los demás trabajadores de la empresa, laboran en más de un municipio, se celebrarán asambleas en cada uno de ellas, en las cuales se ejercerá la votación en la forma prevista en este artículo y, el resultado final de ésta lo constituirá la sumatoria de los votos emitidos en cada una de las asambleas.

Antes de celebrarse la asamblea, o asambleas se dará aviso a las autoridades del trabajo para que puedan presenciar y comprobar su desarrollo. Este aviso deberá darse con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles."

Las razones expuestas son suficientes para concluir que el Presidente de la República al expedir el Inciso 1o. del Art. 1o. del Decreto 477 de 1986, no excedió la potestad reglamentaria que le otorga el numeral 3 del Art. 120 de la Constitución Nacional, ni el Artículo 9o. de la Ley 39 del 1985 que pretendió reglamentar.

En resumen, mientras estuvo vigente el inciso 1o. del Art. 1o. del Decreto 477 de 1986, no quebrantó las normas invocadas en el libelo.

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:

Niégase las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de fecha veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Dolli Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA / PERIODO DE PRUEBA / INSUBSISTENCIA

Si quien ingresa a un determinado cargo en período de prueba y sin que se haya definido su situación, pasa luego a otro u otros cargos que ha aceptado desempeñar, ya no lo ampara ninguna estabilidad relativa, pues naturalmente la protección que la ley le confiere al ingresar por concurso tiene una exclusiva finalidad: la calificación de sus servicios para definir su particular situación frente a la carrera, precisamente en el empleo para el cual concurso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3225. Autoridades Nacionales Actor: JAIME GONZALEZ CASTAÑEDA

Se decide el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado, por el Fondo Nacional de Ahorro contra la sentencia de 12 de febrero de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por Jaime González Castañeda.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Jaime González Castañeda pidió al Tribunal que anulara la Resolución 00310 de 6 de Marzo de 1985, por el medio de la cual el Director General del Fondo Nacional de Ahorro declaró la insubsistencia de su nom-

bramiento en el cargo Profesional Universitario Grado 4, de la Sección Legal de Crédito de la Oficina Jurídica de esa entidad, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

En desacuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal, el Tribunal accedió a las súplicas de la demanda. Consideró el a-quo que aún cuando el demandante no fue nunca inscrito ni escalafonado en carrera administrativa, sí gozaba de relativa estabilidad por haber sido designado en período de prueba y que cuando se produjo el acto acusado no podía ser considerado como empleado de libre nombramiento y remoción, sino amparado por los beneficios de la carrera.

Inconforme con esta decisión, la parte recurrente argumenta que: "... si todo el pleito se contrae en la circunstancia de que el actor, por haber estado en período de prueba dentro de la carrera administrativa, se hizo beneficiario (sic) de los derechos inherentes a esa carrera, quiere ello decir que la sentencia iguala, en contra de toda lógica, los efectos o consecuencias del paso intermedio (el período de prueba) con los que le son propios a la etapa final (la ratificación en esa carrera)."

Finaliza diciendo que si el demandante no solicitó su inscripción en la carrera no estuvo inscrito en ella ni tenía el amparo de las normas que invoco en el libelo.

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado estima que debe confirmarse la sentencia del Tribunal en cuanto anula el acto acusado, pero es partidaria de limitar el restablecimiento del derecho hasta la fecha en que se le defina al señor Jaime González Castañeda su situación frente a la carrera administrativa.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como según la demanda la pretendida ilegalidad del acto acusado estriba en haber dispuesto la insubsistencia de un nombramiento cuyo titular gozaba de relativa estabilidad dentro de la carrera administrativa, debe la Sala dilucidar primero cuál era en verdad la situación del señor González Castañeda -frente a la carrera- el día en que se produjo su retiro del servicio. Es decir, precisa analizar fundamentalmente si el 6 de marzo de 1985 el señor Jaime González Castañeda tenía el amparo absoluto o relativo de la carrera administrativa, con la consiguiente inmovilidad, o si, por el contrario, era un empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción.

Dice la demanda -y de ello hay prueba a folio 40 de los antecedentes administrativos- que mediante Resolución 0037 de febrero 12 de 1976 el Gerente

General del Fondo Nacional de Ahorro lo nombró **en período de prueba** dentro de la Carrera Administrativa para ocupar el cargo de Revisor de Documentos Clase IX Grado 20 de la Auditoría Interna del citado organismo. Se dispuso en el mismo acto de nombramiento que el período de prueba tendría una duración de seis meses a partir de la fecha de posesión, que ocurrió el 17 de febrero de 1976 (fl. 41, antecs. adtvos.).

Con posterioridad a esa posesión aparece lo siguiente:

Que el 15 de diciembre de 1977 (fl. 62 antcs. adtvos) se posesionó en el cargo de Coordinador Auxiliar VII Grado 14 de la Subgerencia de Cesantías, Crédito y Sistemas, según incorporación a la Planta de Personal dispuesta por Resolución 01599 de 12 de diciembre de 1977, acto que no fue allegado al proceso;

Que el 30 de mayo de 1978 (fl. 74 antcs. adtivos.) se posesionó en el cargo de Supervisor Grado 12 de la Subgerencia de Cesantías, Crédito y Sistemas por incorporación a la Planta de Personal según Resolución 0728 de 23 de mayo de 1978, acto que no fue allegado al proceso;

Que el 1o. de febrero de 1980, según memorando de la Dirección General (fl. 99 antcs. adtivos.) fue trasladado, por necesidades del servicio, al Grupo de Crédito Directo de la Sección de Contabilidad devengando la misma asignación mensual que percibía en esa fecha;

Que por Resolución No. 1545 de 6 de agosto de 1980 fue nombrado mediante nombramiento ordinario en el cargo de Profesional Universitario Grado 4 de la Sección Legal de Crédito de la Oficina Jurídica (fl. 105 antcs. adtivos.), nombramiento declarado insubsistente por Resolución 00310 de 6 de marzo de 1985, acto acusado en este proceso.

Como se observa, el actor fue nombrado en período de prueba en el cargo de Revisor de Documentos Clase IX Grado 20 de la Auditoría Interna del Fondo Nacional de Ahorro, único para el cual concurso. Después fue reincorporado a la planta de personal del Fondo Nacional de Ahorro en otros empleos, encargado en dos ocasiones y finalmente designado -por nombramiento ordinario- en el cargo del cual se declaró la insubsistencia que se controvierte en este proceso.

El Tribunal acoge el planteamiento de la demanda en el sentido de que el nombramiento en período de prueba (con duración de seis meses) hecho al actor para el cargo de Revisor de Documentos Clase IX Grado 20 de la Auditoría Interna, le dió el derecho a ser inscrito en la carrera administrativa, no sólo con respecto a ese empleo sino con relación a todos los demás que desempeño hasta llegar al de Profesional Universitario Grado 4, de la Sección Legal de Crédito de la Oficina Jurídica, del cual fue desvinculado por insubsistencia.

El nombramiento en período de prueba, según reiterada jurisprudencia

del Consejo de Estado, concede estabilidad al empleado. Pero esa estabilidad es relativa pues solo tiene por objeto que durante ese lapso -que suele ser apenas de pocos meses- el empleado sea calificado con miras a obtener su escalafonamiento definitivo en la carrera administrativa.

Y tan certero será el alcance de esa medida, que si el interesado no solicita su inscripción o no adelanta las gestiones tendientes a tal fin, la Administración debe calificarlo y definir su situación frente a la carrera.

Pero si quien ingresa a un determinado cargo en período de prueba y sin que se haya definido su situación, pasa luego a otro u otros cargos que ha aceptado desempeñar, ya no lo ampara ninguna estabilidad relativa, pues naturalmente la protección que la ley le confiere al ingresar por concurso tiene una exclusiva finalidad: la calificación de sus servicios para definir su particular situación frente a la carrera, precisamente en el empleo para el cual concurso.

Los derechos del empleado en período de prueba, conforme al artículo 214 del Decreto 1950 de 1973 son dos: permanecer en el cargo por el lapso determinado en el acto de nombramiento y "obtener la oportuna calificación de sus servicios para los efectos de su escalafonamiento". Más si acepta desempeñar otro u otros cargos sucesivamente sin que haya obtenido calificación ni inscripción en el escalafón, es obvio que renunció a aquellos derechos, pues para gozar de estabilidad es indispensable obtener previamente la inscripción definitiva, que no sería posible por no estar ocupándolos ni por concurso ni en período de prueba.

Es verdad que a los autos se allegaron documentos según los cuales el Fondo Nacional de Ahorro calificó los servicios del demandante en el cargo últimamente ocupado por él, y el señor González Castañeda habría diligenciado un formulario de inscripción en carrera en ese empleo del que fue declarado insubsistente.

Pero lo cierto es, que desde el momento en que aceptó un nombramiento ordinario sin haber definido ni obtenido escalafonamiento en el cargo para el cual había concursado, se colocó en situación de libre nombramiento y remoción. Así lo comprueba la certificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil obrante a folios 74 y 75 del cuaderno principal "... no hay constancia de que el señor González Castañeda haya presentado ante el Departamento Administrativo del Servicio Civil solicitud de inscripción en Carrera Administrativa o de actualización del escalafón..."

En este orden de ideas, el acto acusado, proferido sin motivación ninguna para declarar insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, se ajusta a lo dispuesto en el D. L. 2400 de 1968, artículo 26 y en el D.R. 1950 de 1973, artículo 107; es decir, mantienen incólume la presunción de legalidad que lo

ampara y lo sentencia que lo anuló debe ser, en consecuencia, revocada.

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, en desacuerdo con el concepto de su colaborador Fiscal.

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de Febrero de 1988, dentro del proceso iniciado por Jaime González Castañeda.

En su lugar, niéganse las suplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala de sesión de 13 de Marzo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Pedro Charria Angulo, Conjuez, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites /**PENSION POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL**

El artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976 excluyó del beneficio prestacional consagrado en el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1976, a los pensionados por incapacidad permanente parcial, restringiendo por ende, el alcance del artículo 5o. de la ley, ya que mientras esta norma extiende el beneficio de la mensualidad adicional a todos los pensionados de que trata la ley, el reglamento lo limita a los pensionados de que trata el inciso 1o. del artículo 1o. que excluye las pensiones por incapacidad permanente parcial.

DECLARA LA NULIDAD de la siguiente expresión del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976 (abril 22): "el inciso primero del artículo primero de".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 2819. Decretos del Gobierno. Actor: ANTONIO JOSE GUERRERO QUINTERO

Antonio José Guerrero Quintero, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación el 16 de junio de 1987 solicitando la declaración de nulidad del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 del 22 de abril de 1976.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición del acto acusado, los artículos 120 ordinal 3o., 55 y 76 inciso 2o. de la Constitución Política (fl. 5).

Al exponer el concepto de la violación el demandante, luego de comparar los artículos 1, 3 y 5 de la Ley 4 de 1976 con el artículo 6o. censurado, manifiesta que la disposición acusada incurre en grave error cuando no comprende a todos los pensionados de que trata la Ley 4a. de 1976; que se excedió el ejercicio de la potestad reglamentaria consagrada en el artículo 12 ordinal 3o. de la Constitución Nacional al restringir el sentido de la ley; que con el acto impugnado se está desconociendo la colaboración armónica en la realización de los fines del Estado de que trata el artículo 55 de la Carta; y, finalmente, que la tarea de legislar corresponde al Congreso de la República y no al ejecutivo, por lo que se infringió igualmente el artículo 76 inciso 2o. de la Constitución Política, ya que en el caso sub-examine el referido ejecutivo no está reglamentado sino prácticamente legislando, al limitar el alcance de la Ley 4 de 1976. (fls. 3 a 7).

En el escrito demandatorio se solicitó; además, la suspensión provisional de la norma impugnada, la cual se decretó por auto de octubre 23 de 1987. (fl. 11).

Actuó como parte coadyuvante la ciudadana Adriana Rojas Rodríguez (fl. 27), quien en el correspondiente escrito expresó que, el artículo 6o. del Decreto 732 de 1976 modificó el contenido del artículo 5o. de la Ley 4a. del mismo año, al excluir del beneficio adicional a los pensionados por incapacidad permanente parcial; que los decretos reglamentarios no pueden derogar ni exceder la ley que reglamentan, pues la única finalidad de la potestad reglamentaria es la cumplida ejecución de la ley y que, por lo tanto, en el caso sub-lite, hubo violación ostensible y directa de una ley superior e incompetencia por parte del Presidente de la República, al salir del marco de acción que le establece la Constitución Política. (fls. 22 a 26).

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó en el sentido de que la norma acusada debe ser anulada.

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, señala que, en efecto, el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976 expedido por el Gobierno Nacional transgredió el artículo 120 ordinal 3o. de la Carta, toda vez que,excluyó a los pensionados por incapacidad permanente parcial señalados en la Ley 4 de 1976 (fls. 34 a 38).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES :

1.- De conformidad con el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes"; los decretos reglamentarios que expide el Jefe

de Estado, en ejercicio de la comentada facultad constitucional, tienen como finalidad proveer la ejecución de los preceptos del legislador, señalando los aspectos o detalles que éste no reguló, o haciendo claridad para facilitar la comprensión de la norma legal.

Por ende, no es viable jurídicamente que tales decretos modifiquen o adicionen la ley, ni la restrinjan o recorten en su espíritu o contenido. Si así lo hicieren estarían violando la ley reglamentada, y además, la propia Constitución Política.

2.- Ahora bien, la Ley 4 de 1976 contiene disposiciones en materia pensional para los sectores público, oficial, semioficial y privado, y en su artículo 5o. señala que "los pensionados **de que trata esta ley** o las personas a quienes de acuerdo con las normas legales vigentes se transmite el derecho recibirán cada año, dentro de la primera quincena del mes de diciembre, el valor correspondiente a una mensualidad, en forma adicional a su pensión. Esta suma será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda quince veces el salario mínimo legal mensual más alto." (se destaca).

Por su parte el artículo acusado que la reglamentó dispone:

"Los pensionados de que trata el inciso primero del artículo primero de la Ley 4 de 1976, o quienes lo sustituyan, recibirán cada año el valor correspondiente a una mensualidad de la pensión, en forma adicional a la misma. Esta suma será entregada por quien tenga a su cargo el pago de la pensión, en la primera quincena del mes de diciembre, a quienes se encuentren disfrutando de ésta en 30 de noviembre inmediatamente anterior, sin que su valor exceda a quince veces el salario mínimo legal más alto.:

De que pensionados trata el inciso primero del artículo primero de la Ley 4 de 1976? el inciso en mención reza:

"Las pensiones de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial, en todos los ordenes, y en el sector privado, así como las que paga el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, a excepción de las pensiones por incapacidad permanente parcial, se reajustarán de oficio, cada año, en la siguiente forma."

Como puede observarse este inciso se refiere a un reajuste pensional del cual quedan excluidos los pensionados por incapacidad permanente parcial, para quienes la misma Ley en su artículo 3o. previó un reajuste especial al disponer:

"Las pensiones por incapacidad permanente parcial reconocidas por el

Instituto Colombiano de Seguros Sociales; se revalorizarán en forma tal que mantengan la misma proporción que tenían en el momento de su otorgamiento con relación a la correspondiente pensión de incapacidad permanente total revalorizada."

Acorde con los textos transcritos, es evidente que el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976, excluyó del beneficio prestacional consagrado en el artículo 5o. de la Ley 4 de 1976, a los pensionados por incapacidad permanente parcial, restringiendo por ende, el alcance del artículo 5o. de la Ley, ya que mientras esta norma extiende el beneficio de la mensualidad adicional a todos los pensionados de que trata la ley, el reglamento lo limita a los pensionados de que trata el inciso primero artículo 1o., que como ya se observó, excluye "las pensiones por incapacidad permanente parcial".

La contrariedad entre la ley y el reglamento es por consiguiente manifiesta, como ab-initio se consignó en el auto que accedió a suspender provisionalmente la norma acusada en el cual se expresó

"A primera vista, la norma reglamentaria modifica y restringe la ley reglamentada, puesto que el artículo 5 de la ley 4a. de 1976 establece como beneficiarios de ese valor correspondiente a una mensualidad adicional a la pensión, no solamente a los pensionados de que trata el inciso primero de su artículo primero, o a quienes lo sustituyan, sino a todos los pensionados de que trata la misma ley, entre los que quedan excluidos los pensionados por incapacidad permanente parcial, excluidos del precepto contenido en el inciso 1o. del artículo 1o. y cobijados por el artículos 3o. de esa ley."

Consecuentemente la Sala procederá a declarar la nulidad del artículo 6o. del Decreto Reglamentario 732 de 1976, en cuanto circunscribió el goce de la mensualidad adicional a los pensionados de que trata "el inciso primero del artículo primero de" la ley.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la siguiente expresión del artículo 6o. del decreto Reglamentario 732 de abril de 1976: "el inciso primero del artículo primero de".

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veinte (20) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION - Ultimo año / **REAJUSTE PENSIONAL**

En tratándose de servidores docentes que legalmente están en posibilidad de devengar pensión, aun sin retirarse del cargo, ha surgido el interrogante de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación dado que se ha producido el retiro efectivo. Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por último año de servicios se entienda el inmediatamente anterior a dicha fecha. A la pensión liquidada en tal forma sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la Ley 4a. de 1976, sin perjuicio de que el docente solicite y obtenga, cuando se produzca en verdad su retiro, la reliquidación de su pensión, para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios. Los reajustes sólo proceden para el futuro, con el fin de actualizar las pensiones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1591. Autoridades Nacionales. Actor: CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL. Ana Raquel Guevara de Castro

La Caja Nacional de Previsión Social mediante apoderado solicitó la nulidad de la Resolución No. 6002 de 23 de Octubre de 1981, expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la cual modifica el artículo 1o. de la Resolución No. 5625 de

22 de Julio de 1980, por la cual se había reconocido una pensión de jubilación a la Señora Ana Raquel Guevara de Castro.

La acción se fundamenta en los siguientes

HECHOS:

"1.- La señora Ana Raquel Guevara de Castro presentó recurso de reposición contra la resolución No. 5265 de 1980 por no haberse tenido en cuenta para la liquidación de la pensión de Jubilación los emolumentos devengados en el último año de servicios comprendido entre junio de 1979 y mayo de 1980.

2.- La Caja Nacional de Previsión expidió la Resolución No. 6002 de octubre 23 de 1981 por la cual modificó la Resolución No. 5265 de julio 22 de 1980 en el sentido de tener en cuenta unos viáticos reconocidos mediante Resoluciones de Secretaria de Educación y los factores salariales del último año de servicios de la solicitante.

3.- El status de pensionados (sic) de la señora ANA RAQUEL GUEVARA DE CASTRO se consolidó mayo 13 de 1979.

4.- Para liquidar la pensión la Resolución que acuso, tomó como salario lo devengado por la señora ANA RAQUEL GUEVARA DE CASTRO en el período 1979 - 1980, que ascendió a la suma de $291.071.91.

5.- Al aplicar la fórmula del 75% a la doceava parte de la cifra referida, queda una cuantía de $18.191.99 (dieciocho mil ciento noventa y un pesos con noventa y nueve centavos) que reconoció como pensión efectiva a partir de mayo 13 de 1979 (Res. art. 2o.)."

Como disposiciones violadas se citan: artículo 4o. de la ley 4a. de 1966; artículo 73 del Decreto 1848 de 1969; artículo 1o. de la ley 4a. de 1976 y el artículo 52 del C. de R. P. y M.

En el concepto de la violación se argumenta que la ley 4a. de 1966 y el Decreto 1848 de 1969 ordenan que las mesadas pensionales tengan un límite del 75% del promedio de lo devengado por el servidor público durante el último año de actividad.

Pero como la pensión de la señora Guevara de Castro se hacía efectiva a partir del 13 de mayo de 1979 por ser docente y tener derecho a devengar pensión y sueldo, no ha debido tomarse para liquidarla el promedio de lo devengado entre el 1o. de junio de 1979 y el 30 de mayo de 1980, y menos aplicarle a esa suma los reajustes de la Ley 4a. de 1976.

Reconstruido el expediente mediante auto de 7 de junio de 1989 quedo

en estado de proferir sentencia, a lo cual procede la Sala mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto sub-judice consiste en dilucidar, si la liquidación de la pensión de jubilación reconocida por la Caja Nacional de Previsión a la señora Raquel Guevara de Castro se ajustó a derecho.

Las disposiciones vigentes sobre pensión de jubilación, ordenan que la prestación sea equivalente al 75% de lo devengado en el último año de servicios.

En tratándose de servidores docentes que legalmente están en posibilidad de devengar pensión, aún sin retirarse del cargo, ha surgido el interrogante de cuál debe tomarse como último año de servicio a fin de establecer el promedio de la asignación, dado que no se ha producido el retiro efectivo.

Teniendo en cuenta que la pensión se comienza a devengar desde cuando se cumplen los requisitos legales para obtenerla, es lógico que por "último año de servicios" se entienda el inmediatamente anterior a esa fecha.

Claro está que a la pensión liquidada en tal forma, sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la ley 4a. de 1976, sin perjuicio de que el docente solicite y obtenga, cuando se produzca en verdad su retiro, la reliquidación de su pensión, para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

Observa la Sala que cuando se expidió la Resolución No. 5625 de 22 de julio de 1980, la Caja obro correctamente y liquidó la prestación conforme a la ley, dado que la hizo efectiva a partir del 13 de mayo de 1979.

Ya la señora Ana Raquel Guevara de Castro se encontraba retirada del servicio el 22 de julio de 1980 y por esa razón solicito revocar la Resolución No. 5625, a fin de que se le tuviera en cuenta lo devengado entre el 1o. de junio de 1979 y el 30 de mayo de 1980, último año de servicios.

La nueva liquidación era posible, pero sin retrotraer sus efectos al 23 de mayo de 1979 como lo hizo la entidad, y sin aplicar a la suma resultante los reajustes de la ley 4a. de 1976 con retroactividad, porque éstos solo proceden para el futuro y con el fin de actualizar las pensiones; pero si éstas ya se actualizaron resulta ilegal tal reajuste.

En este orden de ideas concluye la Sala que para la fecha en que se expidió la resolución acusada era posible la reliquidación de la pensión de la señora Guevara de Castro a fin de que ésta fuera equivalente al 75% del promedio de los devengado por ella en el último año de servicio, pero solo a partir del día

en que se retiró, es decir, del 30 de mayo de 1980; y sin aplicarle a la suma resultante reajuste de la ley 4a. de 1976 que solo debía hacerse el siguiente año.

Por tanto la resolución acusada resulta nula solamente en esos dos aspectos; la fecha de efectividad de la nueva liquidación y el reajuste de la ley 4a. de 1976 ordenado, pero no en lo demás.

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

FALLA:

1.- Declárase nula la frase "a partir del 13 de mayo de 1979", contenida en el artículo 2o. de la resolución No. 6002 de 23 de octubre de 1981, expedida por el Subdirector de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión Social.

2.- Declárase nulo el artículo 3o. de la misma resolución.

3.- Niéganse las demás súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Claro Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA / DESVIACION DE PODER

Los móviles y finalidades que tuvo el Contralor al expedir el acto acusado, no se ajustaron a los previstos por la ley que concede la facultad de libre nombramiento y remoción; es decir, la insubsistencia no estuvo inspirada en el buen servicio público sino en el cumplimiento de pactos y componendas de carácter político suscritos por quienes hicieron posible que el Contralor fuera elegido como tal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3965. Autoridades Departamentales. Actor: NAPOLEON ROJAS ARIAS.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra la sentencia de 30 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento.

ANTECEDENTES:

Se solicitó en este proceso la nulidad de la Resolución No. 1107 de 22 de julio de 1985 mediante la cual el Contralor General del Departamento del Valle del Causa, declaró insubsistente el nombramiento del señor Napoleón Rojas Arias en el cargo de Director de Cuentas Municipales y Especiales.

En el escrito demandatorio se citaron como disposiciones violadas los artículos 17, 20, 187 ordinales 5 y 8 de la Constitución Política; artículos 84 inciso

3o, 85, 136, 137 y ss. del C.C.A.; artículos 239, inciso 2o. del C. de R. P. y M., y se alegó como causal de nulidad del acto, la desviación de poder, toda vez que el actor, según la demanda, fué retirado del servicio de la Contraloría por móviles eminentemente políticos, y como consecuencia de un pacto suscrito entre representantes de diversas corrientes políticas de dicho Departamento, de conformidad con el cual se procedió a repartir entre tales corrientes empleos de la planta de personal del mencionado organismo.

El Tribunal del conocimiento, accedió a las súplicas de la demanda, pues consideró que en el proceso quedó plenamente probado que la desvinculación del actor obedeció a fines políticos, por lo que se configuró la desviación de poder alegada, al utilizar el Contralor la facultad de libre nombramiento y remoción con propósitos distintos a los del buen servicio público. Además, el a-quo negó en la sentencia apelada la excepción que denominó la parte demandada como indebida representación del demandante, por cuanto el poder fue otorgado en legal forma y en ejercicio del mismo ha actuado el apoderado del señor Napoleón Rojas Arias.

En el escrito de sustanciación del recurso de apelación, se sostiene que el acto acusado fue expedido por el Contralor en ejercicio de sus competencias administrativas; que el actor no estaba inscrito en el Carrera y, por ende, era funcionario de libre nombramiento y remoción, por lo que no se configuró la desviación de poder alegada en la demanda; que la Resolución impugnada es acto complejo pues contiene dos partes, razón por la cual quedaría vigente su artículo segundo que nombró al señor Abadía Vásquez en reemplazo del demandante en caso de declararse nulo el artículo primero, proponiendo por ello la excepción denominada "ineptitud sustantiva de la demanda y la de petición de modo indebido".

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto manifiesta que la sentencia recurrida debe ser revocada y, en su lugar negar las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que los móviles políticos en el caso sub-examine no constituyen desviación de poder, por se el actor funcionario de libre nombramiento y remoción.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

Sea lo primero anotar que, como lo sostuvo el Tribunal, las excepciones propuestas por el señor apoderado del Departamento no se configuran. Además, la indebida representación solo puede alegarse por la parte afectada.

En cuanto a la ineptitud sustantiva de la demanda y la petición de modo indebido se observa: el acto de declaratorio de insubsistencia de un nombramien-

to y el de designación de otra persona para proveer el cargo no configuran un acto complejo ya que son dos decisiones independientes una de otra expedidas por la misma autoridad, en ejercicio de la facultad de remover y de nombrar libremente.

No era necesario por tanto acusarlas conjuntamente para que pudieran prosperar la súplicas de la demanda, y es responsabilidad de la Administración encontrar la forma adecuada para dar cumplimiento a las sentencias. Es procedente entonces entrar al estudio de fondo del asunto.

El planteamiento fundamental de la demanda, acogido por el Tribunal, es el de la desviación de poder.

Respecto a esta causal de anulación de los actos administrativos, ha sostenido la jurisprudencia, que quien la invoca debe probarla plenamente, para desvirtuar así la presunción de ilegalidad del acto acusado.

El Tribunal, para acceder a las súplicas impetradas dio por probada la desviación de poder con base en lo siguiente:

a) La copia de un "pacto celebrado entre varios dirigentes, liberales y conservadores, según el cual hacían un reparto burocrático en la Contraloría Departamental. Este pacto se celebró entre particulares.

b) La resolución de 15 de octubre de 1986, mediante la cual la Procuraduría General de la Nación confirmó la No. 49 de 27 de diciembre de 1985, en la que se solicita la destitución del Contralor Departamental Doctor Adolfo Dueñas Sánchez porque en desarrollo del mencionado "pacto político" suprimió varios cargos y creó otros, pero solo para favorecer al "grupo político orientado por los doctores Carlos Holmes Trujillo y Luis Fernando Londoño, perjudicando al personal de "la corriente del doctor Balcazar Monzón".

Afirmó la Procuraduría para fundamentar la sanción que el Contralor "puso el ejercicio de su función al servicio de un sector político apoyando a las gentes que lo representan".

c) Declaración del señor Fabio Lloreda Bonilla, quien ocupaba en la época en que se expidió el acto acusado, el cargo de Secretario General de la Contraloría y rindió testimonio en el sentido de afirmar que el Contralor Adolfo Dueñas Sánchez, perteneciente al grupo político del Senador Carlos Holmes Trujillo, había sido designado como consecuencia del mencionado "pacto político", que al llegar a ocupar el cargo encontraron que no existía una estructura orgánica adecuada en la Contraloría, que sobraba personal y que procuraron efectuar una reorganización administrativa; y que a las personas nombradas solo se les exigía el requisito de pertenecer a la Coalición triunfante, ya que no existía ni manual de funciones ni señalamiento de requisitos.

Del análisis de tales pruebas y especialmente del documento que en fotocopia autenticada obra a folios 11 a 13 surge para la Sala el convencimiento de que los móviles y finalidades que tuvo el Contralor al expedir el acto acusado, no se ajustaron a los previstos por la ley que concede la facultad de libre nombramiento y remoción; es decir, la insubsistencia no estuvo inspirada en el buen servicio público sino en el cumplimiento de pactos y componendas de carácter político, suscritos por quienes hicieron posible que el Contralor fuera elegido como tal.

El documento mencionado da cuenta de que, con la mayor desfachatez, un grupo de políticos decidió repartir o "distribuir la Cuota Burocrática de la Contraloría...", y en tal "distribución" entró el cargo de Director de Cuentas Municipales que ocupaba el señor Napoleón Rojas Arias.

También la Procuraduría General de la Nación en la investigación que realizó sobre estos hechos pudo constatar que el Contralor Adolfo Dueñas Sánchez se había prestado al cumplimiento de las componendas pactadas por los políticos supeditando a ellas el ejercicio de sus funciones.

Al obrar de esta manera desconoció los fines de la recta administración, encaminó el desempeño de su cargo al beneficio de unos pocos y no de la comunidad; en resumen, incurrió en desviación de poder, la cual con las pruebas relacionadas se hace evidente en el caso de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor.

Lo anterior es suficiente para que la Sala, encontrando acertada la decisión del Tribunal la confirme.

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

FALLA:

1.- Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de Agosto de 1988, dentro del proceso instaurado por el señor Napoleón Rojas Arias.

2.- Adiciónase la referida sentencia en el sentido de ordenar que de las sumas que se paguen al señor Napoleón Rojas Arias se descuente lo que éste hubiere percibido por concepto de sueldos u honorarios provenientes de entidades públicas durante el mismo lapso de tiempo señalado en el numeral tercero del fallo del Tribunal.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase

el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 10 de Abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES / CONGRESO / COMPETENCIA / ASAMBLEA / COMPETENCIA / PRIMA DE ANESTESIA

La Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué carecía de competencia para expedir los actos acusados, toda vez que el régimen prestacional tanto del nivel nacional como del regional corresponde al legislador y la escala salarial está atribuida, en el orden nacional al Congreso, y en el orden departamental a las Asambleas. En consecuencia, así pertenezca el establecimiento público al nivel nacional o al orden departamental y se considere la prima de riesgo de anestesia salario o prestación social, no podía la mencionada junta directiva ordenar su incremento, ni el Ministerio de Salud aprobarlo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., diecinueve (19) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 2906. Resoluciones Ministeriales. Actor: JAIME ENRIQUE PIMIENTA BRITO.

Jaime Enrique Pimienta Brito, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 10 de octubre de 1986 solicitando la declaración de nulidad de las Resoluciones Nos. 1637 de octubre 27 de 1981 y 13034 de noviembre 27 del mismo año proferidas, respectivamente, por la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué y el señor Ministro de Salud, mediante las cuales se incrementa la prima de "riesgos de anestesia" para los anestesiólogos que prestan sus servicios en el Hospital, y la Resolución No.

1850 de noviembre 4 de 1983 dictada por el Director General del mencionado centro hospitalario, por la cual se reajusta el valor de la misma.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de las resoluciones impugnadas, los artículos 20, 76 ordinal 9o. y 187 de la Constitución Política; los Decretos 706 de 1974, 056 y 350 de 1975, 121 de 1976 y el acuerdo 069 de 1973. como concepto de la violación el demandante expresa que los actos acusados desconocen el artículo 20 de la Carta, toda vez que los funcionarios no pueden hacer sino aquello que expresamente les permita la Ley; y que se infringió el numeral 9o. del artículo 76 y el artículo 187 de la Constitución Política, porque correspondiendo al Congreso de la República hacer las leyes y a través de ellas fijar la escala de remuneración y el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos, y a las asambleas departamentales fijas las escalas de remuneración de los empleados de la administración departamental, las resoluciones impugnadas fueron expedidas por autoridades administrativas que carecían de competencia para ello. (fls. 15 a 19).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo considera que las resoluciones acusadas deben ser declaradas nulas, pues tal como se consignó en el auto que ordenó su suspensión provisional, infringen de manera manifiesta, el artículo 76 numeral 9o., de la Constitución Política

Cumplido el trámite de Ley y no de observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Mediante la Resolución No. 1637 de octubre 27 de 1981 expedida por la Junta Directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué, se incrementa la prima de riesgos de anestesia a la cantidad de $30.000oo mensuales por anestesiólogo a partir del 1o. de noviembre del citado año.

Por resolución No. 13034 de noviembre 27 de 1981, el señor Ministerio de Salud aprueba la citada resolución No. 1637.

Por resolución No. 1850 de noviembre 4 de 1983, el Director General del referido hospital procede a reajustar el valor de dicha prima en un 22.81 %, a partir del 1o. de enero de este año.

2.- El Artículo 76 del numeral 9o. de la Carta, establece que corresponde al legislador la determinación del régimen salarial y prestacional de los servicios del Estado; ello significa que las escalas de remuneración y el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de carácter nacional, sólo pueden regularse por la Ley o por decretos con fuerza de ley.

De manera que las juntas o consejos directivos de las entidades descen-

tralizadas del orden nacional no pueden señalar el régimen salarial o prestacional de sus servidores, puesto que para ello no cuentan con autorización constitucional. Por esta razón precisamente, mediante sentencia de diciembre 13 de 1972, la Corte Suprema de Justicia declaró la inexequibilidad del Artículo 38 del decreto Extraordinario 3130 de 1968 que atribuía esta función a las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del nivel Nacional.

En orden Departamental, la función de fijar las escalas de remuneración, es decir, el régimen salarial de las distintas categorías de empleo, está asignada, a la iniciativa del gobernador (artículo 187 ordinal 5o. de la Carta); y en cuanto al régimen prestacional de los empleados departamentales, compete al legislador su regulación, con base en lo dispuesto en el ordinal 10o. del artículo 76 de la Carta, que señala al Congreso de la República la tarea de "regular los otros aspectos del servicio público...".

3.- Obran en el expediente fotocopia auténtica del acuerdo No. 069 de 1973, contentivo de los estatutos del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué, expedido por la Junta Directiva del citado centro hospitalario, según el cual este organismo es un establecimiento público creado por voluntad del Gobierno, a través del contrato celebrado entre el Ministerio de Salud Pública, el Instituto colombiano de Seguros Sociales y el Departamento del Tolima (artículo 5o.) y la resolución No. 079 de 1982 proferida por la misma Junta, que contiene igualmente normas estatutarias para el referido Hospital, según la cual éste es una entidad de salud adscrita al Sistema Nacional de Salud, que tuvo origen en el contrato firmado el 16 de Junio de 1968, adicionado el 3 de abril de 1971, por el Ministerio de Salud (Fondo Nacional Hospitalario) Departamento del Tolima (Beneficencia) el Instituto de los Seguros Sociales y el legado Nicolás Torres Guerra (artículos 1o. y 3o.).

Se trata por tanto de una Entidad Descentralizada indirecta clasificada como establecimiento público, cuya pertenencia al orden nacional o departamental se ignora, toda vez que en las referidas normas estatutarias nada se expresa al respecto. Esta circunstancia sin embargo, no obsta para concluir que la junta directiva carecía de competencia para expedir los actos acusados, toda vez que como ya se puntualizó, el régimen prestacional tanto del nivel nacional como del regional corresponde al legislador y la escala salarial está atribuida, en el orden nacional al Congreso, y en el orden departamental a las asambleas.

En consecuencia, así pertenezca al establecimiento público al nivel nacional o al orden departamental y se considere la "prima de riesgo de anestesia" salario o prestación social, no podía validamente la junta directiva del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué, ordenar su "incremento" ni el ministerio de salud aprobarlo.

4.- El artículo 10° numeral 8° del acuerdo No 069 de 1973 establece como

función del Médico Director del Hospital, la de "crear cargos, fijar asignaciones y presentarlos para la aprobación de la junta directiva". (fl.51). No obstante, tal atribución señalada a dicho funcionario, no puede servir de soporte jurídico válido para la expedición de los actos acusados, pues por ser manifiestamente contraria a disposiciones de superior categoría jurídica, como las de carácter constitucional a que se ha hecho referencia, resulta inaplicable.

El vicio de nulidad por incompetencia de las resoluciones 1637 y 13034 censuradas aparece, en consecuencia, probado, y se extiende a la resolución No 1850 de 1983 por la cual el Director General del Hospital, en obedecimiento a la resolución No 1637 de la junta, reajustó el valor de la prima a partir del 1° de Enero de 1983.

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:

Declárese la nulidad de las resoluciones números 1637 de octubre 27 de 1981 y 1850 de noviembre 4 de 1983, expedidas respectivamente, por la Junta Directiva y el Director General del Hospital Regional Federico Lleras Acosta de Ibagué, y de la resolución 13034 de noviembre 27 de 1981 del Ministro de Salud.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del 3 de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, ausente, *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD

La indemnización por incapacidad se causa en la fecha del retiro del Oficial o Suboficial incapacitado; por ello, los factores de edad e índice de incapacidades que se deben tener en cuenta para establecer su cuantía a través del reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones , son las de las fechas de retiro y no de aquéllos en que se comprobó la incapacidad; igualmente la asignación con la cual se debe liquidar la indemnización es la devengada en el momento de dicho retiro.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veintidos (22) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1797(8930). (Reconstrucción -D.e.3825/1985) RESOLUCIONES MINISTERIALES Actor:GONZALO BERMUDEZ ROSSI

Reconstruido el proceso por auto de nueve de abril de mil novecientos ochenta y siete (fl. 47) corresponde a la Sala entrar a dictar sentencia en este asunto, originando en la demanda que, a través de apoderado, presentó el señor Gonzalo Bermúdez Rossi y en la cual impetró las siguientes declaraciones:

"**PRIMERA**: Que es nula la Resolución Número 3527, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional el 29 de diciembre de 1982, en cuanto por dicha providencia apenas se reconoció a mi mandante, Mayor (r) del ejército GONZALO BERMUDEZ ROSSI, una indemnización por la incapacidad adquirida en servicio, de 16.70 meses de sus últimos haberes devengados, debiendo dejarse, igualmente sin valor ni efecto las conclusiones del Tribunal Militar Médico-Laboral de Revisión que le fue practicado el 18 de

junio de 1980, por medio de la cual la Sanidad Militar determinó que la incapacidad física que presenta es relativa y permanente, con índices lesionales de 6 y 9.

SEGUNDA: que como consecuencia de la nulidad que se decrete de las anteriores disposiciones, y para restablecerlo en sus derechos, se condene a la nación colombiana a fin de que por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, con cargo a su propio presupuesto y dentro del término improrrogable de 30 días señalado en el artículo 121 del Código Contencioso Administrativo, se reconozca y pague al Mayor (r) del Ejército GONZALO BERMUDEZ ROSSI una indemnización por la incapacidad física adquirida estando dentro del Ejército, por causa y razón del servicio, equivalente a 54 meses de los haberes que correspondan a su grado y condición, en la fecha en que el Ministerio dé cumplimiento a la sentencia que esa Honorable Sección dicte en el presente juicio.

Subsidiariamente solicito que la indemnización se ordene pagar en el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que para el efecto fijen las autoridades de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, liquidada sobre la asignación básica y primas que la ley señale para su grado de Mayor del Ejército en la fecha en que el citado Ministerio cumpla la sentencia de esa honorable Corporación.

TERCERA: Que de los valores que se ordenen pagar se descuenten los que el interesado haya recibido por el mismo concepto." (fls. 2 a 3).

Como hechos fundamentales de sus peticiones, el demandante adujo que prestó servicios militares al Ejército durante más de 26 años y se retiró el 31 de julio de 1971; que el Ministerio de Defensa por medio de Resolución No. 05631 de 30 de septiembre de 1971 le reconoció las prestaciones sociales; que la Sanidad Militar practicó las actas de Junta y Consejo Médico-laborales, sin establecer la disminución de su capacidad laboral por la incapacidad adquirida estando en servicio; que inconforme con la decisión adoptada por la Sanidad Militar, solicitó a dicho Ministerio la convocatoria de un Tribunal Médico-Laboral de Revisión, con el fin de que se fijaran los porcentajes de disminución de su capacidad laboral; que luego de un dilatado trámite administrativo se expidió la Resolución No. 3527 de diciembre 29 de 1982 por el Ministerio de Defensa Nacional; que si este organismo hubiera tenido en cuenta la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, el total del sueldo sobre el cual debió liquidarse la compensación por invalidez era el establecido por la ley en el momento de expedirse la respectiva Resolución de reconocimiento, para así resarcirle el grave perjuicio causado en sus intereses prestacionales, con motivo de la demora de reconocerle oportunamente su derecho; que con las conclusiones a que llegó el Tribunal Médico se determinó que sí sufrió lesiones graves en ejercicio de sus actividades como Oficial del Ejército y que inexplicablemente dejaron de evaluarse en el año de

1971; finalmente, que contra la Resolución expedida por el Ministerio sólo procede el recurso de reposición, que no es obligatorio interponer para considerar agotada la vía gubernativa, acorde con el Decreto 2733 de 1959 (fls. 3 a 8).

Invoca en respaldo de sus derechos las siguientes disposiciones: los artículos 17 de la Constitución Política y 9 del Código Sustantivo del Trabajo, Decreto 2733 de 1959 y el "Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal de las Fuerzas Militares, aprobado por los Decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968 y modificado por el Decreto 1836 de 1979. Artículos 1o. y 4o. del Decreto 2311 de 1971. Artículos 116, 133 y 184 del Decreto 2337 de 1971. Artículos 1o. y 4o. del Decreto 586 de 1977. Artículos 131, 149, literal b), 201 y concordantes del Decreto 612 de 1977." (fl. 8).

En el capítulo que hace relación al concepto de la violación de las normas enumeradas, afirma el demandante que, el Ministerio de Defensa Nacional no le reconoció oportunamente, sino once años después, el derecho que tenía a la pensión de invalidez, en un porcentaje inferior al que realmente poseía. Asimismo, que dicha prestación se liquidó no con la asignación correspondiente a la fecha de expedición de la Resolución impugnada, y que igualmente no se tuvo en cuenta la prima de actividad para la liquidación de la indemnización (fls. 8 a 13).

Al respecto expresa el actor:

"Conforme con los artículos 17 de la Constitución y 9o. del Código Sustantivo del Trabajo, el trabajo, he dicho siempre, es una obligación social de todo ciudadano, que goza de la especial protección del Estado. Quiere decir lo anterior que todos los derechos prestacionales consagrados en la ley deben ser otorgados a los trabajadores en forma oportuna y sin restricciones de ninguna naturaleza.

En el caso en estudio, el señor Mayor BERMUDEZ ROSSI, era militar al servicio de Colombia cuando sufrió lesiones que disminuyeron notablemente su capacidad de trabajo, por lo que el Ministerio de Defensa estaba en la obligación legal de reconocerle de oficio, las prestaciones sociales por su invalidez, por lo menos en la fecha de su retiro, julio del año de 1971 cuando la moneda tenía un mayor valor adquisitivo y nó hacerlo 11 años después en un porcentaje menor al real de su incapacidad y con base en los haberes que le correspondió devengar en esa época. Este incumplimiento de la Ley, esta injusticia, corresponde corregirlas a esa Honorable Corporación, accediendo a las súplicas de la demanda.

El Tribunal Médico-Laboral de Revisión, apoyado en el Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal de las Fuerzas Militares adoptado por el Decreto 1386 de 1979, fijó los siguientes índices de lesión que sumaron, en definitiva, un 32.14% de

disminución de la capacidad laboral del Mayor GONZALO BERMUDEZ ROSSI:

a) Por lesión de la rodilla izquierda, Numeral 1-191, Indice de lesión SEIS (6). De acuerdo con los antecedentes clínicos que demuestran que el Oficial BERMUDEZ ROSSI sufrió graves lesiones en la rodilla izquierda como consecuencia del impacto de un disparo de fusil, el índice lesional ha debido ser superior, por lo menos el de 15, señalado en el numeral 1-189 del mismo Reglamento.

b) Por la hipcacusia bilateral, le fue fijado el Numero 6-309, Indice de lesión NUEVE (9) cuando este Numeral que trata de sorderas parciales de 40 a 50 decibeles, fija un índice de lesión de ONCE (11). No obstante, de acuerdo con los antecedentes clínicos, el Oficial BERMUDEZ ROSSI presenta sordera parcial bilateral de 50 a 100 decibeles, que le da un índice de lesión de DOCE a DIECINUEVE (12 A 19), según el Numeral 6-040 del citado Reglamento.

Siendo así que la Sanidad Militar valoró la incapacidad física del Mayor BERMUDEZ ROSSI en un porcentaje definitivo muy inferior al que realmente padece, violó claras normas del Reglamento de Incapacidades e Indemnizaciones comentado.

Es más, si el Mayor BERMUDEZ ROSSI presenta lesiones en la rodilla izquierda e hipocusia bilateral, que le determinan un alto porcentaje de disminución de su capacidad de trabajo y al decir del Tribunal Médico de Revisión NO ES APTO para el servicio de su profesión de militar, es apenas justo que se le indemnice esa pérdida de su capacidad física padecida en el servicio, por causa y razón del mismo servicio, con el máximo señalado en el Reglamento de Incapacidades, o sea con el pago de 54 meses de sueldo que le corresponda devengar en la fecha en que el Ministerio de Defensa dé cumplimiento a la sentencia que se dicte o con el porcentaje que fije Medicinal del Trabajo, liquidado sobre los mismo (sic) haberes anteriores.

Conforme disposición de los Artículos 1o. del Decreto 2331 de 1971, 1o. del Decreto 586 de 1977, 182 del Decreto 2337 de 1971 y 201 del Decreto 612 de 1977, el reconocimiento de las prestaciones sociales del personal de oficiales del Ejército debe tramitarse mediante procedimiento de oficio, con la obligación del interesado de allegar los documentos que el Ministerio no está en capacidad de producir.

En el caso de estudio, era obligación del Ministerio de Defensa haber decidido de oficio lo relacionado con la indemnización del Oficial BERMUDEZ ROSSI, en forma oportuna, como se desprende del texto del Decreto 2733 de 1959. Pero a pesar de que el interesado presentó oportunamente, los documentos y exámenes sobre su estado de salud, para que mediante Resolución se le pagara el valor de la compensación por invalidez, el

Ministerio de Defensa dilató indefinidamente la expedición de dicha providencia, porque también indefinidamente se dilató la convocatoria del Tribunal Médico de Revisión. No es justo ni puede aceptarse que sólo después de 11 años de estar reclamando, la administración pública venga a reconocer una prestación en cuantía inferior a la determinada en la Ley, no sólo porque se tuvo en cuenta un porcentaje de disminución de la capacidad laboral inferior al que realmente padece mi mandante, sino porque la liquidación en dinero de las prestaciones se verificó sobre los haberes que devengó en la fecha de su retiro del servicio activo, julio de 1971, en vez de la asignación que debía corresponderle en la fecha de expedirse la Resolución demandada, para así evitarle un grave perjuicio en sus intereses económicos, porque muy distinto era el valor de la moneda en julio de 1971 al de 11 años después, diciembre de 1982.

Preceptúan los Artículos 133 del Decreto 2377 de 1971 y 149, Parágrafo 1o., del Decreto 612 de 1977, actual Estatuto de Carrera del personal de Oficiales de las Fuerzas Militares, que el Oficial que en el momento de su retiro del servicio presente una disminución de la capacidad sicofísica determinada por la Sanidad Militar, tiene derecho a que el Tesoro Público le pague por una vez, una indemnización que fluctuará entre 1 y 36 meses de sus haberes, tomando como base las partidas señaladas en los artículos 116 del Decreto 2737 y 131 del Decreto 612, de acuerdo con el índice de lesión fijado en el respectivo Reglamento, y cuando la disminución de la capacidad fuere consecuencia de hechos ocurridos en misión del servicio, la indemnización debe aumentarse en la mitad.

Estudiada la situación que presenta el Oficial BERMUDEZ ROSSI, se encuentra que él se incapacitó en forma absoluta y permanente para el desempeño de su actividad profesional de Oficial del Ejército y que por esa razón fue declarado por el Tribunal Médico de Revisión NO APTO, o sea que por la herida de la rodilla y la sordera bilateral mayor de 50 decibeles, ambas adquiridas dentro del servicio, por causa y razón del mismo, la Sanidad tenía que haberle fijado el máximo de incapacidad para que el Ministerio le pagara la indemnización correspondiente, aumentada en la mitad.

En cuanto a la forma de pago de la indemnización es preciso observar:

En la Resolución impugnada se ordenó liquidar el valor de la compensación por invalidez sobre el sueldo básico; subsidio familiar del 39%; prima de antiguedad del 22% y doceava parte de la prima de navidad, habiendo omitido la prima de actividad del 15%.

Esta forma de liquidación violó expresamente los Artículos 4o. del Decreto 2331 de 1971, 4o. del Decreto 586 de 1977, 116 del Decreto 2337 de 1971 y

131 del Decreto 612 de 1977 por cuanto, como ya dije, dentro de las partidas salariales no se tuvo en cuenta la prima de actividad del 15%, que también devengó como parte de su sueldo el señor Mayor BERMUDEZ.

La violación está en que conforme los artículos citados de los decretos 2331 y 586, las prestaciones sociales del personal del Ministerio de Defensa son reconocidas sobre el expediente de prueba formado con base en una serie de documentos, entre los cuales está el 'Certificado de los haberes percibidos por el interesado durante el último mes, sobre los cuales debe hacerse la liquidación correspondiente..'. Y conforme las disposiciones de los Decretos 2337 y 612, la prima de actividad se computa como salario para prestaciones sociales de los Militares.

Respecto al monto de los haberes sobre los cuales debe liquidarse la indemnización, si sobre los que el Oficial BERM_DEZ ROSSI devengó en el último mes de servicio, julio de 1971, o sobre los que le corresponda devengar en la fecha en que el Ministerio de Defensa dé cumplimiento a la sentencia que esa Honorable Corporación profiera en esta demanda, debo anotar:

El Mayor del Ejército se retiró del servicio activo de las Fuerzas Militares el 31 de julio de 1971, luego en esa fecha el Ministerio de Defensa, de oficio, debió pagarle el valor de la indemnización adquirida como consecuencia del ejercicio de su profesión de militar, liquidada sobre el sueldo que devengó en esa época. Pero no sucedió así. El Mayor BERMUDEZ presentó exámenes de aptitud sicofísicas para retiro y la Sanidad Militar en Actas de junta y Consejo Médico-Laborales Números 339 y 340 de 1972, determinó que no había lugar a fijar indemnización.

Como el interesado no aceptó la decisión de las Actas de Junta y Consejo Médicos, solicitó la convocatoria de una Tribunal Médico-Militar de Revisión, al estimar que las lesiones, tanto de la rodilla como de la audición, las había adquirido como consecuencia del desempeño de acciones de actividad militar.

Presentada dentro de los términos fijados la reclamación contra las Actas Médicas, el Ministerio debió despachar en forma oportuna esta petición de Oficial BERMUDEZ, pero la morosidad y falta de cuidado en el trámite del expediente, hizo que sólo después de 11 años se viniera a pagar la indemnización, pero liquidada con los haberes que devengó en julio de 1971 o sea que no sólo se retardó injustificadamente el reconocimiento sino que no hubo equidad al ordenar ese pago con una moneda totalmente envilecida." (fls. 8, 9, 10 y 11).

La Nación -Ministerio de Defensa Nacional- se hizo presente en el juicio, con el fin de oponerse a las súplicas de la demanda.

En el respectivo alegato de conclusión se afirmó lo siguiente:

" 1.- Al actor ciertamente la Sanidad Militar mediante catas de Junta y Consejo Técnico Médico Nos. 339 y 340 de 29 de marzo y 16 de mayo de 1972, llegó a la conclusión de que no había lugar a fijar indemnización, fué corregida por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía practicado a petición suya, en junio 18 de 1980, el cual según los entes nosológicos advertidos, lesión en una rodilla e hipoacusia bilateral, le determinó índices de lesión de 6 y 9 respectivamente, para una disminución de la capacidad laboral del 32.14%.

Traducida esta disminución de la capacidad laboral conformidad con la edad de 41 años para la época en que le fue practicado el Tribunal, dió como resultado una indemnización equivalente a multiplicar por 16.70, los últimos haberes devengados computables para prestaciones, y, efectivamente, mediante la resolución No. 3527 de 1982 (dic 29) se reconoció y ordenó el pago de la suma resultante de la operación aritmética respectiva.

No hay que olvidar que al tenor del Artículo 15 del Dtp. Ley 1836 de 1979, el Tribunal Médico Laboral de Revisión, es la máxima autoridad en materia Médico Militar y policía y como tal, conoce EN ULTIMA INSTANCIA DE LAS RECLAMACIONES QUE SURJAN POR RAZON DE LA CALIFICACION DE LA CAPACIDAD LABORAL. En consecuencia, el acto administrativo impugnado se halla en un todo, ajustado a derecho, toda ves que es el fiel desarrollo de lo dispuesto por el Tribunal Médico.

De manera, que la administración cumplió a cabalidad
con la función indemnizatoria, que le correspondía respecto del actor y por consiguiente, se le debe liberar del pago de cualquier suma al respecto.

Lo contrario implicaría un doble pago por un mismo concepto.

2.- Respecto del dictamen rendido por Medicina del Trabajo lo considero a todas luces extemporáneo, el transcurrir del tiempo, va minando la consistencia física de las personas y por consiguiente por una parte aparecen nuevas afecciones y por otra se agravan la ya existentes. Y la situación invalidante de una persona, se debe considerar es, al momento del retiro.

3.- De no prosperar lo antes solicitado, pido al H. magistrado tener en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 129 del Decreto 3071 de 1978 norma vigente en materia prestacional para la época de causarse el derecho, las indemnizaciones por disminución de la capacidad sicofísica, cuando el oficial o sub-oficial de las FF.MM. ya se haya retirado del servicio, se deben pagar con base en los últimos haberes devengados; no con salarios posteriores.

Es una norma legal de órden público y por consiguiente de obligatorio cumplimiento." (fls. 139, 140 y 141).

Por proveído de 28 de septiembre de 1988 (fl.142) se dió en traslado el asunto al señor Agente del Ministerio Público que emitió su vista de rigor, conceptuando:

"La presente contención consiste en dilucidar si la Resolución No. 3527 de fecha 29 de diciembre de 1982, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la cual se reconoció una indemnización e incapacidad, se ajusta a derecho.

Se considera respecto del índice de incapacidad dado por el Tribunal médico de revisión, que este fue desvirtuado a lo largo del proceso, ya que al folio 22, se encuentra una constancia del Jefe de la Sección de Medicina del trabajo, donde señala que el índice de incapacidad para la fecha del retiro del actor era del 59.5%. Por lo tanto, se le debe adecuar la indemnización al índice de lesión fijado anteriormente (folio 20), y como la incapacidad fue adquirida como consecuencia de actos ocurridos en razón del servicio, la indemnización debe ser aumentada en la mitad, a términos del artículo 129 del Decreto 3072 de 1968.

En cuanto a lo argumentado en la demanda, que la indemnización se liquide con base en el suelo que corresponde al cargo al momento de proferirse el acto, se observa:

Consta en autos (folio 57) que al actor se le reconoció y pagó una asignación mensual de retiro con efectividad a partir del 1o. de agosto de 1971 con cargo al Ministerio de Defensa Nacional, y que según afirmaciones de la demanda desde 1972, el demandante empezó a solicitar la indemnización que después de mucho papeleo solamente se le reconoció lo establecido en el acto acusado de fecha 29 de diciembre de 1982, siendo imputable esta demora a la administración y por lo mismo su liquidación debía hacerse con base en los haberes devengados once años después.

Vale la pena señalar que no se encuentra en el expediente los siguientes documentos relacionados en la demanda que hubieran podido dar certeza a este Despacho sobre si la demora en el reconocimiento de la indemnización fue imputable a la administración o al actor. La petición del demandante de fecha 22 de Julio de 1972, el auto de 14 de agosto de 1976 solicitando un certificado médico, los oficios suscritos por el demandante de fecha 18 de septiembre del mismo año, enviando certificados médicos; Oficio 6108 de 10 de Agosto de 1968 de la Jefatura del Servicio Técnico de Sanidad del Ejército por el cual se le ordenaba al demandante que debía presentarse en la Jefatura; El No. 55227, CEITE - SAN - TM - 422 de agosto

de 1978; los Oficios de 30 de Abril de 1979, 59-187 del 20 de junio de 1979, 014518 del 20 de mayo de 1980, por medio del cual se cita al actor para que se presente a examen médico; el acto del 12 de septiembre de 1980; Oficio No. 1514 - MDOJ - S 175 del 16 de septiembre de 1980. En consecuencia, ante la ausencia de estos documentos, no se puede afirmar que el retardo en el reconocimiento de la indemnización fue por culpa de la administración.

En relación con los factores que se deben computar para el pago de la indemnización de acuerdo con el artículo 129 del Decreto 3071 de 1968 considera la Fiscalía, que en el presente caso se debe agregar lo correspondiente a la prima de actividad consagrada en el artículo 63 ibidem.

En consecuencia, el acto acusado debe ser modificado en la forma como se acaba de exponer.

En los anteriores términos deja este Despacho rendido el concepto" (fls. 146 y 147).

No encuentra la Sala causal de nulidad procesal que incida en lo actuado, por lo cual, a fin de resolver.

SE CONSIDERA:

Se trata de dilucidar si, en el presente caso, acorde con lo expuesto en el escrito demandatorio, la Resolución No. 3527 de diciembre 29 de 1982 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante la cual se reconoce y ordena el pago de una indemnización por disminución de la capacidad sicofísica al mayor (r) del Ejército Gonzalo Bermúdez Rossi, no fue expedida conforme a derecho y ajustada a las disposiciones pertinentes que regulan esta prestación.

De los elementos de juicio que obran en el expediente se desprende lo siguiente:

1.- Que el Mayor (r) Gonzalo Bermúdez Rossi prestó servicios militares durante más de veintiséis (26) años, hasta el 31 de julio de 1971, fecha en la cual terminaron los tres (3) meses de alta y en la que fue retirado del servicio activo por decisión del Gobierno Nacional.

2.- Que por Resolución No. 2288 de julio 16 de 1971, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares reconoció al demandante asignación de retiro y subsidio familiar.

3.- Que dicha Resolución proferida por el comentado organismo fue aprobada en todas sus partes por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante

la Resolución 05631 de septiembre 30 de 1971, la cual además ordenó reconocer y pagar las sumas correspondientes al auxilio de cesantía y prima de navidad.

4.- Que con posterioridad a su retiro del servicio activo, el mayor (r) del Ejército Gonzalo Bermúdez Rossi solicitó al citado Ministerio la convocatoria de una Tribunal Médico-laboral de Revisión Militar y de Policía, por no encontrarse de acuerdo con las conclusiones de las actas de Junta y Consejo Técnico Médico números 339 y 340 de 1972, mediante las cuales se determinó que no había lugar a fijar indemnización.

5.- Que por Acta de junio 18 de 1980, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía, autorizado mediante Oficio No. 02037 MDIDOJ-SNG-422 de junio 28 de 1978, decidió modificar las conclusiones de las Actas a que se ha hecho mención en el punto anterior.

6.- Que como consecuencia de las modificaciones adoptadas por el Acta de junio 18 de 1980 del referido Tribunal, el Ministerio de Defensa Nacional por Resolución No. 3527 de diciembre 29 de 1982 resolvió reconocer y pagar una indemnización por disminución de la capacidad sicofísica del Mayor (r) del Ejército, Gonzalo Bermúdez Rossi.

7.- Que para el monto de la indemnización fijada en dicha Resolución se tuvo en cuenta los últimos haberes percibidos por el actos, computables para prestaciones sociales y que fueron los siguientes: Sueldo básico, subsidio familiar, prima de antiguedad y prima de navidad.

Como el actor, quien era Mayor del Ejército, fue retirado del servicio activo el 31 de julio de 1971, la Sala considera pertinente referirse a algunas de las disposiciones que, según el escrito demandatorio, se alegan como violadas, en virtud de la expedición de la Resolución 3527 de diciembre 29 de 1982 del Ministerio de Defensa Nacional

Ante todo, es preciso señalar que el Decreto 2311 de 1971 y el artículo 184 del Decreto 2337 del mismo ano, que se invocan como normas violadas, nada tienen que ver con el caso sub-examine.

De la lectura de los artículos 116 y 133 del Decreto 2337 de 1971, que derogó el Decreto 3071 de 1968, y que entró en vigencia a partir del 1o. de enero de 1972, se establece que ellos no son aplicables en el asunto debatido, como ya se anotó, el demandante fué retirado del servicio activo el 31 de julio de 1971. A la misma conclusión se llega, si se analizan los artículos 131 y 149 del Decreto 612 de 1977 y el Decreto 1836 de 1979, disposiciones expedidas mucho tiempo después del retiro del servicio del Mayor (r) Bermúdez Rossi.

Teniendo en cuenta que, para la fecha de expedición de la Resolución

impugnada, ya se habían expedido el Decreto 586 de 1977 y el artículo 201 del Decreto 612 de 1977, normas relacionadas con el trámite para el reconocimiento de prestaciones sociales del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional, es admisible su aplicación en dicho aspecto en el caso sub-lite.

El Decreto 2331 de 1971 citado por el apoderado del demandante en el concepto de la violación, para la fecha de la vigencia de la Resolución No. 3527 de 1982, ya había sido derogado por el Decreto 586 de 1977.

De lo expuesto se infiere, que el asunto debatido por el actor se limita a establecer si la Resolución acusada se expidió o no, en su aspecto de fondo, conforme a las disposiciones de los Decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968, contentivas estas disposiciones del Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones del Personal de las Fuerzas Armadas.

El Decreto 3071 de diciembre 17 de 1968, por el cual se organiza la Carrera de Oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, expedido en el ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República mediante la Ley 65 de 1967, norma posterior y de superior jerarquía a los Decretos 1378 de 1967 y 382 de 1968, que no fuera citada en el escrito demandatorio, establece en su artículo 129 que "Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo por incapacidad relativa y permanente tendrán derecho, además del auxilio de cesantía, asignación de retiro y prestaciones que les correspondan según su tiempo de servicio, a que el Tesoro Público les pague, por una sola vez, una indemnización que fluctuará entre uno (1) y treinta y seis meses de sus últimos haberes según el índice de lesión fijado por el reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones de las Fuerzas Militares.".

No obstante que el Decreto 3071 de 1968, como ya se dijo, se derogó en el año de 1971 por el Decreto 2337, era norma vigente para la época en que el Mayor (r) Gonzalo Bermúdez Rossi se encontraba en servicio activo.

Por ende, no asiste la razón al demandante, cuando afirma que la Resolución impugnada debió liquidar la correspondiente indemnización con la asignación establecida para la fecha de expedirse la Resolución acusada y no con los haberes que devengó en el momento de su retiro del servicio activo, es decir, a 31 de julio de 1971.

De ahí que la indemnización por incapacidad de que trata el artículo 129 del Decreto 3071 de 1968, se causa en la fecha del retiro del Oficial o Suboficial incapacitado; por ello, los factores de edad e índice de incapacidad que se deben tener en cuenta para establecer su cuantía a través del reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones, son las de las fechas del retiro y no aquellos en que se comprobó la incapacidad; igualmente, la asignación con la cual se debe liquidar

la indemnización es la devengada en el momento de dicho retiro.

Discrepa la Sala del concepto emitido por la Fiscal Quinta de la Corporación, en cuanto a que el índice de incapacidad para la fecha de retiro del demandante era de 59.5%, teniendo en cuenta la constancia expedida el 3 de junio de 1985 por el Médico Jefe de la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y, por lo tanto, se debe adecuar la correspondiente indemnización, pues como bien lo anota la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional-, en su alegato de mayo 23 de 1988 presentado ante esta Corporación, el Tribunal Médico-Laboral de Revisión Militar y de Policía conoce en última instancia de las reclamaciones que surjan por razón de la calificación de la capacitación laboral y porque dicho ente representa la máxima autoridad en materia médico militar y policial.

Resta analizar si para la liquidación de la indemnización a que se refiere la Resolución No. 3527 de diciembre 29 de 1982 se debió tener en cuenta la prima de actividad, como lo afirma el apoderado del demandante.

Al referirse éste en el concepto de la violación a la mencionada prima que no se tuvo en cuenta para la liquidación de la indemnización, se citan como normas violadas disposiciones no aplicables en el caso sub-lite, por no encontrarse vigentes en el momento del retiro del servicio activo del actor.

El artículo 63 del Decreto 3071 de 1968, norma que no fue invocada como violada en el escrito demandatorio, consagra la prima de actividad. Por ello, no es dable jurídicamente acceder en este último aspecto a las pretensiones del demandante, sin que se requiera analizar a fondo si para la liquidación de la indemnización de que trata el artículo 129 del último Decreto citado, se debe computar o no la prima de actividad.

Las consideraciones expuestas por la sala en el caso sub-examine, son más que suficientes para que las peticiones de la parte actora no tengan vocación de prosperidad, dado que la Resolución impugnada como ostenta la presunción de legalidad, que implica las de regularidad y de perfección, la mantiene por no haber sido destruida en sede jurisdiccional.

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

FALLA:

Deniéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior Sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 10 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites/**EMPLEADO DEL CONGRESO /VACACIONES /CONGRESO / COMPETENCIA PRESTACIONES SOCIALES / COMISION DE LA MESA/ COMPETENCIA**

El acto acusado se propuso reglamentar lo atinente a vacaciones y prima de vacaciones, sin tener competencia para ello. La facultad de reglamentar es eminentemente administrativa y radica esencialmente en el presidente de la República en su calidad de suprema autoridad en dicha materia, dado que, según el artículo 120, ordinal 3o. le corresponde "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes". En modo alguno, la comisión de la mesa directiva de la cámara o cualquier otro cuerpo u órgano similar puede ejercer esa potestad, incurriendo, al hacerlo así, en una clásica incompetencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No.3256. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: ERNESTO REY CANTOR

El ciudadano y abogado Ernesto Rey Cantor, haciendo uso de la acción descrita en el art. 84 del C.C.A., ha incoado demanda contra la Nación en la que solicita se declare la nulidad de la resolución No. C-14112 de 1987 -12 de agosto- expedida por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, mediante la cual se "dictan normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes, de conformidad con lo establecido por las

Leyes 48 de 1962, 5a. de 1969 y el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986."

I.- DEL ACTO ACUSADO

Después de extensas y prolijas consideraciones en las que cita y transcribe las disposiciones de orden legal que lo inspira, de invocar apartes de una consulta elevada al Consejo de Estado por el Ministerio de Gobierno en torno a la equivalencia entre las prestaciones de los empleados y trabajadores del orden nacional y las de los congresistas y diputados y de otras interpretaciones de las normas en que dice apoyarse, el acto acusado, cuyos efectos fueron suspendidos a petición del mismo demandante según auto de 14 de junio de mil novecientos ochenta y ocho dictado en Sala unitaria de esta Sección (fls. 55 a 59), autoriza y ordena el pago de las vacaciones y de la prima de vacaciones a los representantes con base en las dietas, gastos de representación, primas y cualquier otra asignación de que "ellos gozaren o hubieren gozado"

Además, dispone que "para los efectos de la liquidación de vacaciones y de la prima de vacaciones, los períodos de sesiones ordinarias y extraordinarias de la Cámara de Representantes en cada legislatura anual se equiparan a los doce meses de un año calendario, o proporcionalmente al tiempo servido en la Cámara en la respectiva legislatura."

También decide el acto cuestionado que "los representantes tienen derecho a 15 días hábiles de vacaciones por cada año de servicio y a una prima de vacaciones equivalente a 15 días de sueldo, teniendo en cuenta los factores a que se refiere el artículo anterior -el 1o.-, o proporcionalmente al tiempo de servicio" y que " para los efectos de las vacaciones remuneradas, no se considera interrumpido el tiempo de servicio, en los casos de suspensión de labores motivada por enfermedad, hasta 180 días, accidente de trabajo, hasta por el término de incapacidad, licencia de maternidad y goce de vacaciones remuneradas."

Dispone igualmente la resolución C-14112 que "cuando el correspondiente derecho a las vacaciones deben concederse a quien corresponda a petición del Representante interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho." Que "se prohíbe compensar las vacaciones en dinero a los Representantes, excepto en el siguiente caso: Cuando el representante quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces. En este caso, la liquidación y pago correspondiente se efectuará con base en el último salario devengado teniendo en cuenta los factores salariales a que se refiere el artículo 1o. de esta Resolución, al igual que la correspondiente prima de vacaciones."

Y por último, dice que "los representantes solicitan al Director Administrativo de la H. Cámara de Representantes la elaboración de la Resolución de

reconocimiento y pago de las vacaciones y la prima vacacional, para ser llevada a consideración de la Mesa Directiva, para su expedición y aprobación. Una vez firmada por la Mesa Directiva la Resolución será enviada al Ministerio de Gobierno o al ordenador del gasto del Congreso para su trámite legal. Las cuentas de cobro de las vacaciones se tramitarán y cancelarán por conducto de la Pagaduría de la H. Cámara de Representantes."

II.- DE LA DEMANDA

Conforme se lee en el libelo, los hechos que fundamentan su pretensión descansan en la circunstancia de haberse enterado de la expedición del acto demandado por cuanto en el diario "El Espectador", edición del 16 de diciembre de 1987, página 11A, se anunció a la opinión pública la expedición del mismo, por lo que "personalmente y por escrito" se dirigió a la Comisión de la Mesa para solicitarla expedición de copias auténticas y por duplicado de la resolución cuya declaratoria de nulidad impetra, y sólo después de muchas reiteraciones, las obtuvo. Pasa luego a ciertos comentarios en torno a la inoportunidad para que la Comisión de la Mesa haya expedido tal acto, de los que prescinde la Sala por ser observaciones subjetivas ajenas al acto en sí estimado.

A manera de fundamentos de derecho y de normas violadas, invoca los arts. 20, 63, 113 y 216 de la Constitución Política; los arts. 22, 84 137 a 139, 206 a 211 del C.C.A.; el art. 28 núm. 1 del decreto 196 de 1971; la Ley 17 de 1970; la Ley 6 de 1945; la Ley 65 de 1946; la Ley 172 de 1959; la ley 48 de 1962; el decreto 1723 de 1964; la Ley 5 de 1969; el decreto 1222 de 1986; la ley 153 de 1987 y demás normas concordantes, y el art. 8 de la ley 17 de 1970; el art. 12, literal e), de la ley 6 de 1945; el art. 2 del decreto reglamentario 1723 de 1964; el art. 8 de la ley 153 de 1987 y el art. 5 de la ley 64 de 1946, endilgando el acto de cargos, uno principal y otro subsidiario, así:

1.) Incompetencia o abuso de poder

2.) Violación directa de las ley por error de derecho por interpretación errónea, con abundante citas doctrinarias y enumeración de las facultades que tiene la Comisión de la Mesa de cada una de las cámaras de que consta el Congreso y en lo atinente a la inteligencia que cabe de las disposiciones legales y reglamentarias en que el propio acto acusado hace descansar su resolución, para concluir que, tanto en lo que hace a la primera causal (la principal) como en la segunda (la subsidiaria) hay méritos más que suficientes para que el Consejo de Estado proceda a la declaratoria de nulidad que solicita, porque, por ese acto, la comisión de la mesa ha pretendido legislar pese a que el Congreso "no lo hizo en su oportunidad al expedir las leyes en que se omitió el reconocimiento legal de las vacaciones de los congresistas. O la comisión pretende ejercer un poder reglamentario que la Constitución ni el mismo Congreso a través de la ley, le confiere."

III.- DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Acoge pues, la señora Fiscal Quinta de la Corporación la prosperidad del cargo principal expuesto por la demanda, o sea, el referente a la falta de competencia del órgano que profirió el acto cuestionado, porque entre sus funciones, al tenor del art. 8o. de la ley 17 de 1970, no se encuentra la de dictar normas sobre reconocimiento y pago de las vacaciones y primas de vacaciones de los representantes, amén de que ello es algo que, en principio, reposa en el legislador, ordinario o extraordinario (art. 76, ord. 9o. de la Carta) y que, si se tiene como materia reglamentaria, en gracia de discusión, correspondería al presidente de la república en virtud de lo preceptuado en el art. 120-3 de la Constitución. Remata en el sentido de que el acto, en estas condiciones, dictado por una autoridad que carece de atribución para expedirlo, viola las disposiciones transcritas por el demandante, y, por ende, las peticiones de la parte actora deben prosperar.

Con base, pues, en las anteriores premisas, corresponde a la Sala analizar el caso sometido a su estudio, para lo cual

SE CONSIDERA:

Despréndese de lo expuesto que el argumento central del ciudadano-demandante para que se declare nulo el acto acusado -criterio del cual participa la agencia del Ministerio Público- se apoya en la falta de competencia del órgano administrativo que lo dicto, por cuanto todo lo que se ataña a determinar las escalas de remuneración correspondiente a las distintas categorías de empleos públicos, así como lo que concierna el régimen de sus prestaciones sociales, es del resorte del legislador, según el ordinal 9o. , art. 76 de la Constitución.

Dado entonces que el acto acusado fue expedido por un órgano de una de las cámaras del Congreso -cuerpo integrante de la Rama Legislativa del Poder Público-, conviene estudiar cuáles son, en términos generales, las funciones, atribuciones o facultades de que está investido, a fin de precisar si, en efecto, al emitir la manifestación de voluntad contenida en el mismo, invadió esferas de competencia que no son de su resorte, tal como lo sostiene el libelo demandatorio y lo ratifica en su alegato de conclusión.

Sin mayores disquisiciones puede afirmarse que el Congreso -y en las cámaras que forman parte de dicho cuerpo- reposa la misión de "hacer las leyes" en razón de encarnar la Rama Legislativa del Poder Público. Sin embargo, la Carta igualmente ha hecho descansar en él ciertas tareas que, en estricto rigor, sería lógico que recayeran en órganos de otras ramas de dicho poder público. Unas de carácter jurisdiccional (art. 96), otras que corresponderían al ministerio público (art. 102, ords. 4o. y 5o.), muchas de tipo eminentemente administrativas o electorales (art. 72, 73, 98 102 (ords. 1o., 2o. y 3o.), 103 (ords. 1o., 2o., 5o., 7o.),

etc.), algunas más de rango ceremonial (arts. 70, 74 etc.), todo enmarcado dentro de procedimientos especiales indicados bien por la propia Constitución, bien por las leyes.

A la órbita administrativa pertenecen las facultades atribuidas a las comisiones de las mesas directivas de cada una de las cámaras, compuestas por los respectivos presidentes, primeros y segundos vicepresidentes y secretarios generales, y la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes fue el órgano que expidió el acto acusado, que se apoya en las previsiones del art. 7o. de la ley 48 de 1962, en el art. 4o. de la ley 5 de 1969 y el art. 56 del decreto-ley 1222 de 1986, dictado por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias otorgadas por la ley 3a. de ese año. E igualmente invoca el acto la absolución de la consulta que elevara el ministro de gobierno al Consejo de Estado a 31 de julio de 1981.

Dice el art. 7o. de la ley 48 de 1962:

"Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen."

Del siguiente tenor el es art. 4o. de la ley 5 de 1969:

"Los miembros de las corporaciones públicas a que se refiere el artículo 3o. de las presente ley, gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adiciones o reformen."

Y a continuación se transcribe el texto del art. 56 del decreto-ley 1222 de 1986:

"Los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos por la ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

PARAGRAFO 1o.- Los senadores, representantes y diputados principales que, antes de la fecha en que deban posesionarse de sus cargos, adquieran una enfermedad o sufran una lesión que los incapacite de modo temporal o permanente para desempeñarlos, tendrán derecho a las mismas prestaciones consagradas por los miembros del Congreso y diputados en ejercicio.

PARAGRAFO 2o.- Las prestaciones por muerte se causarán también cuando el senador, el representante o el diputado principales fallecieren o

hubieren fallecido después de la elección, pero antes de la fecha en que debieran haberse posesionado del cargo."

Se propuso, pues, el acto acusado, **reglamentar** lo atinente a vacaciones y prima de servicios, tal vez queriendo seguir un consejo que la Sala de Consulta y Servicio Civil dió al Gobierno, cuando dijo: "Entonces, frente a las vacaciones, se requiere de disposición legal o reglamentaria -esta última sería suficiente por cuanto el derecho ya está reconocido- que establezca la forma como ha de liquidarse y pagarse las vacaciones de los diputados. Sin embargo, mientras lo anterior sucede, y para poder hacer efectivo el derecho reconocido, se debe acudir a la aplicación analógica del artículo 3o. de la ley 5a. de 1969 en cuanto al cómputo de tiempo, tomando el término de sesiones bien ordinarias o extraordinarias de cada legislatura anual, como si los diputados hubieran servido los doce meses del año, al igual que lo que dicha norma establece para efectos del cómputo en materia de tiempo en lo que respecta a la pensión de jubilación...

Pero entendióse erradamente la recomendación. La facultad de reglamentar es eminentemente administrativa y radica esencialmente en el presidente de la república en su calidad de suprema autoridad en dicha materia, dado que, según el art. 120, ordinal 3o., le corresponde "ejercer la potestad reglamentaria expidiendo las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes." En modo alguno, por tanto, la comisión de la mesa directiva de la cámara o cualquier otro cuerpo u órgano similar, puede ejercer esa potestad, incurriendo al hacerlo así, en una clásica incompetencia.

Quepa recordar que hay incompetencia cuando un órgano o agente público emite un acto que no se encuentra en el fuero de sus atribuciones. De allí que la incompetencia sea un vicio radical del acto, porque los poderes de los órganos o agentes públicos se hallan, en un Estado de Derecho, rigurosamente atribuidos y repartidos por la Constitución y por la Ley; la noción de competencia es la base de todo derecho público, y ningún órgano o agente público puede ejercer la actividad que en el cuadro de la competencia jurídica no le haya sido otorgada. Por eso, la incompetencia constituye un medio de anulación que presenta un carácter de orden público de relievante importancia, más aún cuando consiste en la ingerencia de una autoridad en las atribuciones de la otra.

la Sala habrá entonces de acceder a las peticiones del ciudadano demandante, en concordancia con la vista fiscal.

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

FALLA:

Declárase la nulidad de la resolución número CM-14112 de 1987 -12 de

agosto- dictada por la Comisión de la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes "por la cual se dictan normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones de los Representantes, de conformidad con lo establecido por las Leyes 48 de 1962, 5a. de 1969 y el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986."

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 17 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO / REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO

De los principios generales que rigen el reglamento interno de trabajo, se establece que éste nace a la vida jurídica con la aprobación que del mismo hacen las autoridades del trabajo, el cual afecta en concreto las relaciones laborales de la empresa y sus trabajadores y que, además, integra el contrato individual de trabajo, bilateral por su naturaleza, que obliga al cumplimiento de sus estipulaciones por las partes afectadas por esta clase de convenios. Siendo el patrono o empleador una de las partes afectadas con las estipulaciones que queden establecidas, modificadas, adicionadas o derogadas en el reglamento interno de trabajo que aprueba la autoridad competente, mal podía revocarse la resolución expedida a petición de la parte actora y mediante la cual se aprobó la modificación del reglamento interno de Ecopetrol, sin su consentimiento expreso.

DECLARASE NULA la Resolución No. 02988/86 (agosto 6) expedida por el Director General del Trabajo, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 2322. Resoluciones MinisterialesActora: EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL

La Empresa Colombiana de Petróleos -ECOPETROL-, mediante apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita

la nulidad de la resolución No. 02988 de 6 de agosto de 1986 dictada por el Director General del Trabajo, "por medio de la cual se resuelve la revocatoria directa".

Se expusieron el escrito demandatorio los siguientes hechos:

"1.- La Empresa Colombiana de Petroleos, presentó para aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social un proyecto de actualización de su Reglamento Interno de Trabajo el día 12 de agosto de 1985.

2.- El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social después de prolongado estudio aprobó el nuevo Reglamento Interno de Trabajo de Ecopetrol por resolución 1568 de diciembre 17 de 1985, proferida por la División de Relaciones Individuales del Ministerio.

3.- La anterior Resolución fue notificada en debida forma tanto al representante de Ecopetrol, quien se notificó personalmente, como a la Unión Sindical Obrera, mediante la fijación de un Edicto en la Secretaria Regional del Ministerio de Trabajo de la ciudad de Barrancabermeja, lugar donde se encuentra la sede principal de la USO.

Cabe observar que los funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social optaron por este medio de notificación, después de enviar repetidos mensajes al Presidente de la Unión Sindical Obrera para que se notificara de la Resolución aprobatoria del Reglamento Interno. Ante la renuencia del Presidente de la USO, se acudió a la notificación por Edicto de conformidad con lo establecido en la ley.

4.- La Resolución 1568 de 1985 quedó plenamente ejecutoriada sin que contra ella se hubiere interpuesto ningún recurso.

5.- La Empresa Colombiana de Petróleos no tuvo conocimiento y desde luego no dió su consentimiento expreso y escrito, como titular del derecho amparado en la Resolución que aprobó la actualización del Reglamento Interno, para que se procediera a revocar la Resolución 1568 de diciembre 17 de 1985, revocada por Resolución No. 02988 de agosto 6 de 1986.

6.- Inexplicablemente el señor Director General del Ministerio de Trabajo por Resolución número 02988 de agosto 6 de 1986 revocó la Resolución 1568 de diciembre 17 de 1985, sin que se dieren las condiciones previstas en los artículos 69 y s.s. del Código Contencioso Administrativo para revocación directa de los actos administrativos y muy especialmente lo previsto en el artículo 73 del citado estatuto." (folios 73 y 74).

Respecto de las normas violadas y el concepto de la violación, la parte

demandante manifestó:

1.- Se violó por infracción directa el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo pues el Reglamento Interno de Trabajo aprobado por Resolución 1568 de diciembre 17 de 1985 no contraviene ni está en oposición a la constitución política ni a la ley; no atenta contra el interés público o social; ni con él se causó agravio injustificado y en consecuencia se aplicó sin existir los presupuestos de hechos previstos en la norma.

En efecto, cita el señor Director General del Trabajo como supuestamente violados los Artículos 26 de la Constitución Nacional, 108 numeral 18 y 173 del Código Sustantivo del Trabajo, expresando que el artículo 21 y el numeral 20 del Artículo 78 del Reglamento Interno de Trabajo se oponen a la Constitución Nacional y concretamente al Artículo 26 de la Carta, ya que según el señor Director, los Artículos en cuestión "le dan libertad y eximen de Requisitos a la Empresa para calificar algunos actos de sus trabajadores".

También afirmó que estas normas se oponen al Artículo 73 del Código Sustantivo del Trabajo". (folio 74).

Más adelante expuso:

"Como ya lo expresamos al solicitar la suspensión provisional de la Resolución 02988 de agosto 6 de 1986, la violación del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo condujo al señor Director General del Trabajo a expedir el citado acto administrativo de manera equivocada e ilegal, pues el Artículo 73 establece de manera clara y precisa, de modo que su interpretación no se presta a dudas, que cuando el acto administrativo haya creado o modificado situación jurídica de carácter particular o concreta o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Como puede observarse la Resolución está en contradicción con la ley porque negó un derecho que claramente está consagrado por ella y en consecuencia estamos en presencia de una infracción directa a la ley sustantiva.

Tanto la Jurisprudencia del Consejo como la opinión de los distinguidos tratadistas, coinciden en que la seguridad del derecho adquirido debe protegerse pues precisamente el titular de un derecho se encuentra en una situación especial, distinta de la que tienen los demás miembros de la comunidad, que justifica plenamente la prohibición de revocar directamente los actos administrativos que han creado situaciones particulares y concretas tal como reiteradamente lo ha expresado el Honorable Consejo de

Estado.

Conviene detenernos un poco en el análisis de la naturaleza jurídica del Reglamento del Trabajo; en efecto encontramos que es definido en el artículo 104 del Código Sustantivo del Trabajo, como el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio.

El artículo 107 del mismo estatuto laboral nos indica que el Reglamento hace parte del contrato individual de trabajo de cada uno de los trabajadores.

Es evidente que tratándose de un estatuto que ha entrado a formar parte de un contrato entre dos partes, mal podría decirse que no está creando situaciones particulares y concretas para los contratantes.

Desde luego que los Reglamentos deben sujetarse a la ley y precisamente por esta razón se exige la aprobación del Ministerio del Trabajo y naturalmente que contra el acto Administrativo aprobatorio proceden los recursos de reposición y apelación, pero una vez ejecutoriado y en firme no es procedente su revocación directa.

Tanto es así que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 124 trae un procedimiento de revisión de los Reglamentos, para obligar a los patronos a prestar modificaciones o reformas, cuando nuevas disposiciones lo hagan necesario, el cual prevé incluso la imposición de multas, para obligar a los patronos a efectuar las mencionadas reformas.

Es evidente que si el Ministerio tuviere la facultad de revocar directamente las Resoluciones aprobadas del Reglamento, sobraría el procedimiento de revisión contemplado en el artículo 124 del Código Sustantivo del Trabajo". (fols. 76, 77 y 78).

El apoderado judicial de la nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) en la contestación de la demanda afirmó:

"El acto administrativo demandado, ha sido acusado por el actor de infringir normas a las que debería estar sujeto, entre ellas los artículos 69 y 73 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 001 de 1984), y, además, de haber sido motivado con base en error que incurrió, al calificar la clase de acto que revocó, el funcionario que lo profirió.

La Resolución 02988 de agosto 6 de 1986 de la Dirección General del Trabajo no atenta contra el artículo 69 antes referido, puesto que ella fue dictada al comprobarse que la Resolución 1568 de diciembre 17 de 1985 de la División de Relaciones Individuales de Trabajo se encauzaba en el

numeral 1o. de la mentada norma.

La última providencia citada se oponía manifiestamente a la Constitución Nacional y a la Ley, por tal razón el Director General del Trabajo decidió revocarla.

Ella admitía que "ECOPETROL" con base en el artículo 21 del Reglamento de Trabajo que la misma aprobaba, calificara a su arbitrio o por su simple parecer lo justo o no de los retardos, ausencias o interrupciones en el trabajo. Así la empresa, ganaba terreno en la justificación de las inasistencias temporales del trabajador ya que entraba a calificarlas aceptándolas o negándolas, siendo que la mayoría de ellas, son o no son determinantes, objetivamente. En conclusión, limitaba al trabajador la justificación de sus retardos, ausencias o interrupciones en el trabajador porque en el fondo lo determinante sería lo que la empresa considerara a su juicio.

También, la providencia revocada, admitía el desconocimiento del artículo 107 numeral 18 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que el Reglamento que aprobaba no contenía las prestaciones adicionales que existían pactadas en la Convención Colectiva del Trabajo. Se requería, por disposición de la norma mentada, que ellas estuvieran plasmadas en el texto del reglamento.

La Dirección General del Trabajador al proferir la Resolución 02988 no hizo exigible la manifestación de voluntad o aquiescencia (sic) expresa y escrita en la Empresa de Petróleos "Ecopetrol", en razón a que el acto No. 1568 que se revocaba, no creaba en su favor una situación jurídica de su carácter particular y concreto ni reconocía derecho de igual categoría; tan solo le concedía una autorización para regir sus relaciones obrero-patronales internamente". (folios 86 y 87).

En escrito presentado ante esta Corporación por el apoderado de la organización sindical denominada Unión Sindical Obrera "USO" de la Empresa Colombiana de Petróleos - parte impugnadora (folio 95), se expresa que el acto es general, entre otras razones porque:

"B.- Porque por las características de los actos particulares el reglamento de trabajo no las comporta, veamos:
Los actos administrativos creadores de situaciones subjetivas tienen varias características, que deben reunirse en un conjunto para que tal acto se tipifique de esa manera. Observemos cómo el reglamento de trabajo se diferencia no por una sino por varias características de los actos creadores de situaciones particulares. Por el contrario sus características son propias de los actos administrativos creadores de situaciones generales:

a.- En los actos administrativos particulares la situación jurídica es intuite

persona: ello significa que el acto se otorga en función de una persona determinada o directamente determinable; ello significa que podría haberse variado sustancialmente el contenido del derecho o de la situación regulada en tratándose de una personal diferente, hasta el punto de ser posible que el acto administrativo no se hubiese producido.

En el sub-judice es de anotar que aparte de ajustes particulares a cada empresa los reglamentos son idénticos entre sí, es más se halla dentro de los estrictos parámetros del artículo 108 del C.S.T. (ni más allá, ni mas acá de lo regulado por esa norma).

b.- El acto administrativo creador de situaciones particulares es eminentemente temporal; quiere decir ello que se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o, por el incumplimiento de las obligaciones que impone. Por el contrario las situaciones generales persisten indefinidamente hasta que una nueva ley o reglamento las modifique. En el caso concreto el Reglamento acompaña a la Empresa, mientras esta subsista, a menos que deba modificarse por disposición legal o reglamentaria.

c.- El acto creador de situaciones particulares es inmodificable: Ello implica que una nacido a la vida jurídica, la promulgación de una disposición legal o reglamentaria no la extingue ni modifican (con la escepcionálisisma eventualidad de que pueda modificarse o desconocerse, pero siempre con la obligación de indemnizar al titular del derecho).

El reglamento interno del trabajo es modificable por expresa disposición del artículo 124 del C.S.T., cuando:

"... nuevas disposiciones legales lo hagan necesario..."

d.- Los actos administrativos creadores de situaciones particulares son renunciable unilateralmente, significa ello que el titular del derecho o la situación particular puede, sin limitación alguna renunciar a su derecho.

Esta es la base, para que si la administración quiere revocar lo debe contar con la anuencia de quien ostenta su titularidad.

El reglamento del trabajo no puede renunciarse por el patrono, su modificación corresponde autorizarla o rechazarla (sic) al Ministerio de Trabajo". (folios 95, 96 y 97).

Dijo luego la parte impugnadora:

'DE LAS EXEPCIONES (sic)

Incongruencia procesal entre la vía que se utiliza para atacar el ácto

administrativo y las peticiones y fundamentos de las mismas.

La demandante utiliza la acción de nulidad como vía para obtener la cesación en sus efectos jurídicos de la resolución No. 02988 del 6 de agosto de 1986. Sin embargo cabe anotar que para procura del propósito mencionado argumenta que el reglamento revocado había sido aprobado por el acto particular, acto administrativo creador de situaciones subjetivas solo modificable con su anuencia como titular de los derechos tutelados en el mismo.

Dentro de su propia lógica y sobre el supuesto de ser un acto administrativos de carácter particular el que se ataca se orienta todo el esfuerzo de la acusación ha demostrar en varios aspectos la supuesta vulneración de sus derechos. Sin embargo siguiendo esa misma lógica la vía utilizable debería ser la del restablecimiento del derecho y no la de nulidad.

Es cierto que jurisprudencialmente se ha reconocido la posibilidad de accionar por nulidad contratos administrativos creadores de situaciones particulares siempre que el objetivo perseguido sea la tutela general de orden jurídico. En el caso sub-judice es notorio que el propósito no es la guarda de la normatividad sino que se pretende el restablecimiento de un derecho supuestamente existente y supuestamente conculcado.

Petición jurídica incompleta.

Siguiendo los razonamientos y la lógica del actor, este no solo habría utilizado incorrectamente la vía procesal, sino que su petición sería incompleta, puesto que debería expresarse la forma como han de reemplazarse las disposiciones acusadas, proponiendo a su vez las que han de sustituirlas.

La doctrina, adoptada por esa H. Corporación, de los motivos y las finalidades establecer, que no es el carácter del acto administrativo demandado el que determina la acción sino el objeto mismo que se pretende proteger contra los efectos del acto administrativo. (Derecho Contencioso Administrativos de GONZALEZ RODRIGUEZ MIGUEL).

Agrega más adelante que cuando la nulidad declarada en proceso se derive directa y automáticamente el restablecimiento de un derecho la vía a utilizarse es la del restablecimiento de un derecho. Este objetivo es el que precisamente se persigue con la demanda instaurada sin completar la petición jurídica para esconder de esta manera la contradicción de su planteamiento.

INEXISTENCIA DE RAZON LEGAL EN LA PETICION.

Esta excepción está ampliamente fundamentada en el curso del análisis

que el actor dirige contra el acto administrativo acusado, razón por la cual remito a ello.

Por las razones de hecho y de derecho que se han expresado, muy respetuosamente solicito a los H. Magistrados rechazar las peticiones y pretensiones de la demanda sobre la base del ajuste total del acto administrativo acusado (resol. 02988 del 6 de agosto de 1986) a las exigencias legales para la existencia y eficacia de tales actos administrativos". (folios 104 y 105).

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó en el sentido de que el acto administrativo impugnado debe ser anulado.

La doctora fiscal Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de junio 16 de 1988, manifestó:

'Excepciones propuestas:

Se propusieron las siguientes en el presente proceso:

1.- La parte impugnadora, sostiene que si se atacan actos de carácter particular, la acción conducente es la del restablecimiento del derecho, y no la de nulidad.

Para resolver este punto, la Fiscalía se permite señalar que la acción que se instauró fue la nulidad, pero que de acuerdo con la teoría de los motivos y finalidades acogida por la H. Corporación en infinidad de providencias, se ha aceptado que el ejercicio de la acción de nulidad se produce un restablecimiento automático, se entiende que la instaurada fue la acción de restablecimiento del derecho y por lo tanto seguirá todas las reglas de la misma, entre otras la de caducidad.

Analizando la demanda, se llega a la conclusión que esta reúne o mejor cumple todos los requisitos de la acción contemplada en el artículos 86 a saber, interpuesta en tiempo mediante apoderado, etc. Por lo tanto, no prospera la excepción propuesta por la de petición incompleta por las mismas razones.

2.- También señala como excepción, la inexistencia de razón legal en la petición por considerar:

> "Esta excepción está ampliamente fundamentada en el curso del análisis que el actor dirige contra el acto administrativo acusado, razón por la cual remito a ello".
>
> "Por las razones de hecho y de derecho que se han expresado muy

respetuosamente solicito a los H. Magistrados rechazar las peticiones y pretensiones de la demanda sobre la base del ajuste total del acto administrativo acusado (Res. 02988 del 6 de agosto de 1986) a las exigencias legales para la existencia y eficacia de tales actos administrativos." (folio 105).

Esta figura no está consagrada como excepción, por lo tanto se rechaza de plano.

Estudiando el fondo del asunto, vale la pena hacer una distinción entre el Reglamento Interno de Trabajo y el acto probatorio del mismo.

El primero es: "El conjunto de normas que determinan las condiciones a que debe sujetarse el Patrono y sus Trabajadores en la prestación del servicio". (articulo 104 del Código Sustantivo del Trabajo).. Es un acto interno de la sociedad elaborado por el patrono, salvo lo dispuesto en la convención colectiva, fallo arbitral o acuerdo con los trabajadores (artículo 106 del Código Sustantivo del Trabajo), hace parte del Contrato Individual del Trabajador y además debe contener las disposiciones normativas del artículo 108 ibídem.

El segundo es un acto administrativo, proferido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyo objeto es aprobar, improbar o revocar el Reglamento Interno de Trabajo, en el cual se está plasmando la voluntad de la administración con el fin de producir efectos jurídicos, por lo tanto se debe tener en cuenta este último para efectos de la aplicación de la revocatoria directa, separándolo del reglamento en si, acto totalmente distinto desde todo punto de vista.

Considera la Fiscalía que la Resolución 1568 de 1985, es una acto de carácter particular en el sentido de estar creando una situación jurídica concreta respecto de la Empresa y que por lo mismo en principio necesitaría del consentimiento expreso y escrito de la misma para poder ser revocado a términos del artículo 73 del decreto antes mencionado.

Si la Asociación Sindical o el Ministerio, consideraban que la Resolución 1568 de 1985, era violatoria de la Constitución, la Ley y las Convenciones Colectivas han debido ejercitar las correspondientes acciones ante esta jurisdicción, y no solicitar la revocatoria de un acto de carácter particular, individual y concreto sin el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para tal efecto.

La Resolución acusada, hace una serie de afirmaciones relacionadas con violaciones de derechos por parte del Reglamento Interno aprobado mediante la Resolución 1568 de 1985, en el sentido de que se violaron normas

constitucionales y legales, pero estas afirmaciones y negaciones no conllevan a la fiscalía al convencimiento de que la Resolución revocada se logró por medio ilegales "en virtud de maniobras fraudulentas o de hechos que constriñen la voluntad como el cohecho y la violencia". (Providencia 23 de septiembre de 1986, sección segunda Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 2098). Ya que lo que realmente pudo suceder fué que el acto se expidió sin análisis de fondo sobre las normas modificadas del reglamento, pero jamás por hechos como los señalados anteriormente.

Como en el presente caso, no se dan los supuestos, necesarios y suficientes para la revocatoria directa de los actos, fácil es concluir que a la actora le asiste razón en su petición de nulidad con base en la violación del art. 73 del Decreto 01 de 1984" (folio 126, 127 y 128).

Llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes:

CONSIDERACIONES :

Como ya se anotó, se solicitó por la Empresa Colombiana de Petróleos - ECOPETROL-, la nulidad de la Resolución No. 02988 de 6 de agosto de 1986 proferida por el Director General del Trabajo, mediante la cual se revocó la Resolución No. 1568 de diciembre 17 de 1985 dictada por la División de Relaciones Individuales del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De conformidad con la última Resolución citada, el mencionado Ministerio a petición de Ecopetrol aprobó una modificación al Reglamento Interno de Trabajo de dicha empresa.

Según el texto del comentado acto administrativo, contra la Resolución 1568 de 1985 procedían los recursos de Reposición y Apelación.

La parte impugnadora en el presente proceso no interpuso recurso alguno pero solicitó luego la revocatoria directa de aquella resolución el 17 de junio de 1986.

El Director General del Trabajo al revocar la Resolución 1568 de 1985, consideró que para tal efecto no era necesario el consentimiento de las partes interesadas, toda vez que tal acto administrativo no era creador de su situación jurídica de carácter particular y concreto, ni reconocía un derecho de igual categoría.

La revocatoria se fundamentó en el hecho de que con la resolución 1568 de 1985, se viola el artículo 26 de la Constitución Política y los artículos 108

ordinal 18 y 173 del Código Sustantivo del Trabajo. (fols. 13 y 14).

Ahora bien, la Sala comparte los planteamientos hechos por la distinguida colaboradora Fiscal en su concepto de fondo de junio 16 de 1988, en cuanto que las excepciones propuestas por la parte impugnadora no están llamadas a prosperar, por las razones expuestas en el referido concepto.

En cuanto al aspecto de fondo que se debate en el presente proceso, como consecuencia de la acción instaurada por Ecopetrol, la Sala precisa anotar lo siguiente:

Como es de conocimiento, el reglamento interno de trabajo es un conjunto de disposiciones que establecen las reglas a que deben sujetarse el patrono y sus trabajadores en la prestación del servicio. Dichas reglas constituyen el contenido del reglamento del trabajo.

El respectivo proyecto de reglamento que debe ser presentado ante las autoridades administrativas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, lo elabora el patrono en forma unilateral, sin intervención de los trabajadores, en principio, excepto cuando por pacto, convención colectiva, fallo arbitral o acuerdo con ellos, su elaboración debe realizarse con su participación.

Si las autoridades administrativas del trabajo encuentran el proyecto de reglamento ajustado a las normas legales, lo aprueban; de lo contrario, lo objetan mediante resolución motivada, acto administrativo en el cual se ordenan las modificaciones o adiciones a que haya lugar.

Una vez se aprueba el proyecto de reglamento, éste adquiere existencia jurídica y entra a regir después de ser publicado y transcurrido determinado término.

El reglamento interno de trabajo hace parte del contrato individual de cada uno de los trabajadores de la correspondiente empresa, salvo estipulación en contrario más favorable al trabajador.

Cuando nuevas disposiciones lo hagan necesario, las autoridades del trabajo pueden ordenar que los respectivos reglamentos se modifiquen.

Resta señalar que el reglamento crea vínculos jurídicos entre los patronos -o empleadores como debe llamárseles en la actualidad según la ley 50 de 1990- y los trabajadores, que obligan a su acatamiento. El reglamento es, pues, fuente de derecho del trabajo; por consiguiente, es obligatorio adoptarlo cuando las normas laborales así lo exigen y darle a sus estipulaciones estricto cumplimiento por las partes a él involucradas.

Como se ha podido observar, de los principios generales que rigen el

reglamento interno de trabajo, se establece que este nace a la vida jurídica con la aprobación que del mismo hacen las autoridades del trabajo, el cual afecta en concreto las relaciones laborales de la empresa y sus trabajadores y que, además, integra el contrato individual del trabajo, bilateral por su naturaleza, que obliga al cumplimiento de sus estipulaciones por las partes afectadas por esta clase de convenios.

Por dichas razones, siendo el patrono o empleador de una de las partes afectadas con las estipulaciones que queden establecidas, modificadas, adicionadas o derogadas en el reglamento interno de trabajo que aprueba la autoridad competente, mal podía revocarse la resolución 1568 de 1985, expedida precisamente a petición de la parte actora y mediante la cual se aprobó la modificación del Reglamento Interno de Ecopetrol, sin su consentimiento expreso, como ocurrió en el caso sub-examine cuando el Director General del Trabajo profirió la resolución impugnada No. 02988 de agosto 6 de 1986, para dejar sin efecto jurídico aquél acto administrativo, que desde el ángulo jurídico planteado, es de carácter individual y concreto.

No entiende la Sala, cómo si la resolución revocada se notificó a Ecopetrol y a su Sindicato, y concedió los recursos de ley, ella pueda ser revocada por la administración sin el consentimiento de una de las partes afectadas, en este caso de Ecopetrol, evento en el cual de no haberse dado dicho consentimiento, el mismo Ministerio de Trabajo habría podido acusar su propio acto ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que fuera declarado nulo.

De otro lado, de una simple lectura del artículo 124 del Código Sustantivo del Trabajo, se infiere que este norma no sirve de soporte jurídico para justificar la decisión adoptada por le Director General del Trabajo, mediante la Resolución 02988 de agosto 6 de 1986, por no ser aplicable en el caso sub-lite, pues no se dan los presupuestos en ella contemplados para su cabal ejercicio.

Asiste, pues la razón a la agencia del Ministerio Público, cuando en su concepto de fondo solicita la declaración de nulidad del acto administrativo acusado.

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

FALLA:

1.- Niéganse las excepciones propuestas por la parte impugnadora.

2.- Declárase nula la resolución No. 02988 de agosto 6 de 1986, expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Cópiese, Notifíquese, y archívese.

Aprobada en la Sala del día tres (3) de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, ausente, *Luis Arturo Lizcano.* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO PRINCIPAL / ACTO CONFIRMATORIO / DEMANDA - Requisitos/ **INDIVIDUALIZACION DEL ACTO**

En la demanda se solicitó la nulidad del acto que agotó la vía gubernativa y ejecuto la sanción, no del acto que podría calificarse como principal, por ser el más importante en la actuación, debido a que en él se solicita la destitución del implicado en la investigación. La demanda adolece de ineptitud por no ajustarse a la exigencia legal de la debida individualización del acto enjuiciado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veinticinco (25) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 3003. AUTORIDADES NACIONALES Actor:LIBARDO ANTONIO PRECIADO CAMARGO.

En demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Norte de Santander, LIBARDO ANTONIO PRECIADO CAMARGO, por conducto de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C. C. A., equivocadamente denominada de Plena Jurisdicción en la demanda, solicitó a dicha Corporación de la declaratoria de nulidad "del acto administrativo de agosto 27 de 1986, de la Procuraduría General de la Nación que confirmó la Resolución No. 0193 del año en curso", mediante la cual la Procuraduría Regional de Cúcuta, le impuso sanción disciplinaria de destitución del cargo que venía ejerciendo... y resolvió:

"PRIMERO.- Confirmar la decisión del fallador de primer grado, de no aceptar los descargos rendidos por el doctor Libardo Antonio Preciado Camargo, identificado con C. C. No. 432.166 de Ubaté, en su condición de

Abogado Coordinador de Policía Judicial de Cúcuta."

"SEGUNDO. Imponer la sanción de destitución al doctor Libardo Antonio Preciado Camargo del cargo de Coordinador de Policía Judicial de Cúcuta".

A título de restablecimiento solicitó el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría y el pago de todos los salarios dejados de percibir desde la fecha de su separación del servicio hasta que ya entendiéndose para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad durante dicho lapso. (Fls 3-4).

En el proceso se constituyo como parte impugnadora la Procuraduría General de la Nación , quien por conducto de apoderado judicial se opuso a las pretensiones de la demanda.

Después de rituado el proceso y oído el concepto Fiscal, el Tribunal profirió la sentencia apelada declarando no probadas las excepciones propuestas por la parte opositoria y negado las suplicas de la demanda. (Fls. 34-45).

La Fiscalía Quinta de la Corporación en concepto de fondo solicita se confirme la sentencia apelada por considerar que no hubo violación de las normas citadas como transgredidas por cuanto el proceso disciplinario se adelantó con las formalidades de ley y garantías procesales.(Fls. 55-63)

Tramitada la instancia y al no observarse causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, la Sala procede a decir, según las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Según se advierte de los hechos de la demanda y se desprende del expediente instruido por la procuraduría Regional de Cúcuta, contra Libardo Preciado Camargo adelanto ese organismo una investigación disciplinaria que culminó en primera instancia con la expedición de la Resolución No. 0193 de agosto 6 de 1986 que dispuso lo siguiente:

"PRIMERO. No aceptar los descargos rendidos por al doctor LIBARDO PRECIADO CAMARGO, identificado con la C.C. No. 432.166 de Ubaté, en su condición de Abogado Coordinador de Policía Judicial de esta ciudad, por las razones consignadas en la parte pertinentes de esta providencia".

"SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, solicitar ala señor Procurador General de la Nación la DESTITUCION del doctor LIBARDO PRECIADO CAMARGO antes mencionado".

Contra la indicada resolución interpuso el implicado recurso de apela-

ción (fls. 222 - 230 expediente 06369). Mediante providencia de agosto 27 de 1986, el Procurador General de la Nación confirmó la decisión del inferior de no aceptar los descargos rendidos e impuso la sanción de destitución al implicado. (fls. 241-247 expediente 06369).

Se desprende de lo anterior que mediante el primer acto, originario de la Procuraduría Regional de Cúcuta, se solicitó la aplicación de una sanción y por el segundo, de la Procuraduría General de la Nación, se confirmó lo decidido por el inferior y se impuso la sanción solicitada.

La resolución acusada, de agosto 27 de 1986, es entonces, de una parte, la decisión del recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No. 0193 de agosto de 1986 y, de la otra, la ejecución de la sanción de destitución que fue impuesta mediante proceso disciplinario promovido contra el actor.

De manera que al pedir la demanda únicamente; "Que por violar normas superiores de derecho y haberse dictado con motivación material inexacta, se decrete la nulidad del acto administrativo de agosto 27 de 1986 de la Procuraduría General de la Nación que confirmó la Resolución No. 0193 del año en curso..." sólo ésta solicitando la nulidad del acto que agoto la vía gubernativa y ejecutó la sanción, no del acto que podría calificarse como principal, por ser el más importante en la actuación, debido a que en él se solicita la destitución del implicado en la investigación.

Adolece por tanto la demanda de ineptitud por no ajustarse a la exigencia legal de la debida individualización del acto enjuiciado en la forma prevenida en el artículo 138 del C.C.A.

No comparte la Sala lo expuesto por la Fiscalía en el sentido de que no era necesario demandar la Resolución No. 0193 para la prosperidad de la acción en cuanto al confirmarse ésta, la decisión implícitamente se encontraba en la segunda. Independientemente de que el acto enjuiciado confirme el primero en su totalidad, debe demandarse éste, porque es en él en el que se solicitó la destitución y por ello era el acto decisorio primigenio que al ser confirmado por el posterior quedó en firme.

Ya en oportunidad anterior esta sala se pronunció al respecto en los siguientes términos:

> "El acto original se integra con el pronunciamiento que surja con ocasión del ejercicio de los recursos, pues es obvio que la última decisión, por no ser confirmatoria de la primera, como en el caso presente, es una manifestación del superior que le da firmeza, la cual no podría adquirir fuerza sin el último pronunciamiento, en virtud de que fue recurrido. Esto conduce a pensar que una y otra decisión se integran y deben individualizarse por el actor.

Por consiguiente, puede afirmarse que el acto inicial y el que lo confirme, constituyen una unidad inseparable, no porque en el caso planteado se trate de una acto complejo, sino porque existe una voluntad de la administración unánime, sobre un mismo tema y un sólo aspecto jurídico y administrativo.

En síntesis, el actor ha debido demandar tanto la nulidad del acto original como la del que lo confirmó." (exp. 3055).

Lo razonado permite a la Sala concluir que en el sub-lite no es procedente un fallo de mérito por cuanto la demanda no se ajusta al presupuesto de exigencias o requisitos legales y en consecuencia la sentencia recurrida deberá ser revocada y en su lugar se proferirá un fallo inhibitorio.

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

FALLA :

REVOCASE la sentencia de julio 30 de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo del Norte de Santander en el proceso promovido por Libardo Antonio Preciado Camargo contra la NACION - Procuraduría General de la Nación; en su lugar, declárase INHIBIDO para un pronunciamiento de mérito.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y siete (17) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, ausente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria

CARRERA ADMINISTRATIVA/CALIFICACION DE SERVICIOS/ACTO DE TRAMITE

La calificación insatisfactoria de servicios cuya nulidad se pretende con la demanda, es una acto de trámite y no puede por lo tanto ser objeto de exámen o decisión judicial, en virtud de que se desconoce, por no haberse producido aún, el acto administrativo que le pondrá fin a la actuación administrativa en forma definitiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., abril veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 2633. Actor: LUIS FERNANDO CRUZ SABOGAL. RESOLUCIONES MINISTERIALES.

LUIS FERNANDO CRUZ SABOGAL, Jefe de la División de Programación y Control de Auditoría de la Sub-Dirección de Determinación de Impuestos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad de las siguientes actuaciones administrativas:

a) De la reconsideración a la calificación de sus servicios practicada por la Señora Aparicio Albarán, el día 11 de Marzo de 1986, cuando ya había perdido el carácter de empleado publico como Sub-Director de Determinación de Impuestos por renuncia aceptada de dicho cargo y haberle asignado las funciones de dicho empleo, al Sub-Director de Programación de Desarrollo.

b) Del oficio que sustenta la anterior determinación y dirigido por dicha persona a la Directora General de Impuestos Nacionales.

c) Del acta No. 43 de 31 de Octubre de 1986 de la Comisión de Personal

y de oficio que comunica la decisión mediante la cual la Comisión desestima los argumentos del actor sobre falta de competencia de la citada señora Mónica Aparicio A., para producir la revisión de la calificación de sus servicios.

Que en consecuencia se le restablezca en su derecho ordenando la realización de la revisión a la calificación de sus servicios.

Subsidiariamente se declare que ha operado el silencio administrativo, en virtud de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no se pronunció contra la reclamación mediante, la cual impugnó la revisión de la citada calificación de servicios, el día 17 de Octubre de 1986. Que como consecuencia de la declaratoria sobre silencio administrativo se disponga que el Ministro de Hacienda y Crédito Público previo concepto de la comisión de Personal decidida en definitiva sobre la calificación de sus servicios por el período ya señalado.

El actor como fundamentos básicos para pedir, expresa que la Doctora Mónica Aparicio cuando produjo el acto de revisión, había dejado de ser empleado público y si bien permaneció en el cargo lo hizo contra la voluntad de la administración, pues ella fue reemplazada y se negó a entregar el despacho el 10 de marzo de 1986 manifestando que su renuncia le había sido aceptada con fecha anterior a la que ella expresó en su carta de renuncia.

Igualmente ataca el acto expresado que toda calificación de servicios debe ser refrendada por el superior del calificador y este hecho no ocurrió pues la Directora General de Impuestos omitió pronunciarse en tal sentido, según lo dijo dicha funcionaria en forma expresa en su oficio de 10 de septiembre de 1986.

También expresa el actor, que el Ministro no suscribió ni aceptó la decisión de la Comisión de Personal.

Allegados los antecedentes administrativos de los actos acusados y que fueron solicitados por el Consejo de Estado, la demanda fue admitida y debidamente notificada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, organismo que se constituyó en nombre de la Nación como parte, sin dar contestación a la demanda ni solicitar pruebas.

En el termino de traslado para alegar, tanto el demandante como el demandado guardaron silencio.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado solicita se denieguen las súplicas de la demanda, de una parte, por considerar que el funcionario que revisó la calificación tenía competencia para hacerlo, pues el acto que aceptó la renuncia no fijó término distinto al señalado por el empleado dimitente y de la otra, porque la falta de la firma del Ministerio en el concepto de la Comisión de Personal carece de consistencia, pues dicho funcionario bien podía pronunciarse en un acto

diferente. Finalmente señala que el cargo que habría podido prosperar sería el relacionado con la improbación de la calificación por el superior del calificador. Sin embargo como el documento anexado como prueba de ello, carece de sello oficial o de constancia sobre su autenticidad, no puede ser tenido en cuenta.

Para resolver

SE CONSIDERA:

1.- Objeto de la Calificación de servicios.

La calificación de servicios en la Rama Ejecutiva del poder público tiene por objeto establecer el rendimiento del empleado y el comportamiento laboral de los empleados de Carrera Administrativa.

Dicha calificación constituye un instrumento básico para la administración pública en el manejo del recurso humano, entre otros aspectos porque le permite determinar la permanencia o el retiro del servicio de los empleados; ordenar el escalafón en carrera administrativa o prorrogar el período de prueba de sus funcionarios; formular los programas de adiestramiento necesarios; evaluar los sistemas de selección de su personal e ingreso al servicio; otorgar becas o comisiones de estudio y conceder estímulos a los empleados. Por su parte, para el empleado representa el tener derecho a continuar prestando sus servicios a la administración gozando de la correspondiente estabilidad laboral; y la posibilidad de participar en los concursos de ascenso así como la de participación en los programas de bienestar social.

2.- Naturaleza de la calificación de servicios insatisfactoria.

La calificación insatisfactoria de servicios según su objeto, finalidad y régimen de aplicación, constituye la parte integrante de un complejo sistema reglado, cuya secuencia debe culminar con un acto definitivo.

Bajo la legislación vigente contenida en el Capítulo IV del Decreto Ley 2400 de 1968, el artículo 3o. de la Ley 61 de 1987 y el Decreto Reglamentario 770 de 1988, producida la calificación anual de servicios de carácter insatisfactoria surge para la administración pública, la obligación de tomar la siguiente decisión, consistente en producir la nueva ponderación calificatoria, la cual si es insatisfactoria, deberá concluír en el acto administrativo definido de insubsistencia, previo concepto de la comisión de personal, sin que en dicho concepto se requiera la intervención del Ministro pues dicho funcionario no integra este órgano administrativo.

La legislación vigente que regulaba la calificación de servicios objeto de la demanda, estaba contenida en los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, y el

número de calificaciones insatisfactorias necesarias para retirar del servicio al personal inscrito en carrera, ascendían a tres (3). El expediente no relata si dicha calificación era la primera o una de las siguientes.

3.- Clase de calificación de servicios objeto de la demanda.

De acuerdo con el acervo probatorio, la calificación de servicios demandada, es la denominada "anual", que se practica a los funcionarios inscritos en la carrera administrativa como se dice expresamente en el formulario.

Una de las consecuencias de la ponderación al funcionario en el documento, consiste en ordenar, que entra en período de observación, lo cual unido a los preceptos legales que exigen continuar calificando al empleado, no va indicando, que existen varias actuaciones en el proceso, lo cual permite afirmar que ésta calificación anual constituye una parte del conjunto de actos, que reunidos conforman el todo necesario, para tomar la decisión administrativa.

Por lo tanto, se concluye que la calificación insatisfactoria de servicios cuya nulidad se pretende con la demanda, es una acto de trámite y no puede por lo tanto ser objeto de exámen o decisión judicial, en virtud de que se desconoce, por no haberse aún producido, el acto administrativo que le pondrá fin a la actuación administrativa en forma definitiva.

Sobre el carácter de acto de trámite de la calificación insatisfactoria de servicios, en un asunto similar, se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda- con ponencia del Dr. Joaquín Barreto Ruíz en providencia del primero de Agosto de 1990, expediente 4528.

Textualmente dijo:

"Para la Sala es claro que la eventualidad que caracteriza a estos últimos fines, los despoja de la posibilidad de tener relevancia jurídica para determinar con base en ellos si la calificación de servicios es un acto de trámite o definitivo, ya que una de las características de los actos preparatorios o de trámite es el hacer parte de una secuencia que debe culminar con la expedición del acto definitivo, so pena de quedar trunca la actuación administrativa.

Ahora bien, respecto de los fines que conforman el primer grupo, deben analizarse los efectos de la calificación de servicios según se trate de un funcionario o empleado de la Rama en período de prueba o escalafonado en la carrera judicial.

a) Funcionario o empleado en período de prueba:

Si las calificaciones de servicios son satisfactorias, la actuación culmina con

su nombramiento en propiedad (art. 34 Decreto 052/87), de donde se infiere que las calificaciones de servicio son actos de trámite.

Si las calificaciones de servicios son insatisfactorias, la actuación culmina con declaratoria de insubsistencia motivada (art. 35 ibidem), lo cual conduce a igual conclusión; que las calificaciones son de trámite.

b) **Funcionario o empleado escalafonado:**

Si la calificación de servicios es satisfactoria, la persona continúa en el servicio y en el escalafón, sin necesidad de acto que así lo disponga; luego en este caso el acto es definitivo.

Si una calificación es insatisfactoria, da lugar a la suspensión en el escalafón por el término de una año, con pérdida de las prerrogativas del mismo, suspensión que es decretada por la Dirección Nacional de la Carrera Judicial según el Acuerdo 029 de 1989 proferido por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. Tal circunstancia hace que en este caso la calificación de servicio sea un acto de trámite (art. 51, inciso primero, ibídem).

La segunda calificación insatisfactoria, **tratándose de empleado,** da lugar a la insubsistencia del nombramiento; luego el acto es de trámite.

Pero, **tratándose de funcionario,** no será reelegido, de donde se deduce que la calificación es un acto definitivo (inciso segundo ibídem).

Entonces, en el presente asunto como la calificación que se impugna es insatisfactoria y se trata de un empleado, con base en lo anterior se concluye que, el acto que contiene es de trámite, que debe culminar con la expedición del acto de insubsistencia o de suspensión en el escalafón por el término de un año, según el empleado se encuentre en período de prueba o escalafonado y se trate de la primera o la segunda calificación insatisfactoria."

Conforme a lo antes expuesto, la Sala considera que se debe abstener de fallar en el fondo respecto 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 y por autoridad de la Ley y en desacuerdo con el concepto Fiscal.

FALLA:

PRIMERO.- Declárase inhibido para fallar en el fondo las pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente

providencia.

SEGUNDO.- En firme éste proveído archívese.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día tres (3) de abril de mil novecientos noventa y uno (1.991)

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PENSION DE INVALIDEZ - Reconocimiento

La pensión de invalidez se reconoce a los empleados públicos cuando pierden su capacidad laboral en forma permanente, cuya cuantía depende del grado o porcentaje de disminución de esa capacidad. El funcionario debe acreditar su invalidez con el dictamen médico exigido en los reglamentos del organismo y de ello depende que se le otorgue o no dicha prestación social. Ese dictamen puede ser desvirtuado en la vía jurisdiccional, cuando la persona que solicita la pensión no se encuentra de acuerdo con el porcentaje de disminución. En el caso de autos los dictámenes que sirvieron de base a la entidad demandada para fijar la incapacidad fueron contradichos por lo que emitió dentro del proceso la sección de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo. Se da prelación a dicho dictamen.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veintiseis (26) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 972. Reconstrucción - Apelación Sentencia Actor: JOSE ANGEL VASQUEZ RAMIREZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria contra la sentencia de julio 15 de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual accedió a las súplicas de la demanda instaurada por el señor José Angel Vásquez Ramírez, en solicitud de la declaración de nulidad de las resoluciones Nos. 575 de febrero 24 de 1978 y 2483 de junio 27 del mismo año expedidas por la citada entidad, mediante las cuales se le reconoció pensión de Invalidez en

cuantía equivalente al 50% del último salario devengado, como consecuencia de haber perdido el 75% de su capacidad de trabajo.

El expediente se reconstruyó de conformidad con las reglas del decreto 3825 de 1985, por haber desaparecido en el Palacio de Justicia.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

El demandante en el escrito introductorio manifiesta que, en su calidad de funcionario de la entidad demandada, el día 16 de mayo de 1976 tuvo un accidente de trámite, en el cual sufrió lesiones de extrema gravedad, que le dejaron como secuelas "una desfiguración facial permanente, soplo sitológico, pérdida de la audición del oído izquierdo en más del 50%, reducción considerable de la visión del ojo izquierdo, parálisis VI par del mismo ojo, desviación de ambos ojos y otra serie de lesiones" que se traducen en incapacidad permanente y total para ejercer su profesión de Ingeniero Agrónomo.

A raíz de tal accidente y por orden médica, se separo al actor de sus funciones de campo, como Ingeniero Agronomía del Proyecto Cesar del Incora, para ser radicado en la División de producción Agroeconómica, mientras se encontraba en tratamiento médico y se restableciera completamente de sus lesiones.

Posteriormente, mediante la resolución No. 575 de febrero 24 de 1978, se ordenó reconocer y pagar al señor Vásquez Ramírez una pensión de invalidez equivalente al 50% del último sueldo devengado, por considerar que como consecuencia del accidente se le ocasionó una perdida de la capacidad de trabajo en un 75%. Contra este acto el demandante interpuso recurso de reposición, por considerar equivocada la evaluación que se hizo sobre la pérdida de dicha capacidad de trabajo. No obstante, con fundamento en concepto médico, el Incora mediante resolución No. 2483 de junio 27 del citado año, se abstuvo de reponer aquella resolución.

Al exponer el concepto de la violación, la parte actora estimó como infringidos con los actos acusados los artículos 23, letras b) y c), del decreto 3135 de 1968 y 61 y 63, letras a) y b), del decreto 1848 de 1969.

El demandante manifiesta que se encuentra incapacitado de manera total para ejercer su profesión de Ingeniero Agrónomo, en las tareas que constituyen su especialización, por lo que le correspondía una pensión de invalidez equivalente al 100% del último salario devengado, por cuanto la pérdida de la capacidad de trabajo es superior al 95%. En todo caso, concluye el

actor, si se admitiera la existencia de alguna capacidad de trabajo para ejercer su profesión, la pérdida de ella es superior al 75%. (fls. 37 a 41 cuaderno principal).

En sentencia de julio 15 de 1983, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca acogió favorablemente las súplicas de la demanda, con base en el dictamen dado por la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, según el cual el demandante sufrió en virtud del accidente la pérdida de su capacidad laboral superior al 95%, lo que significa que el actor demostró dentro del proceso que la pérdida de la capacidad laboral fué en un porcentaje superior al establecido por los médicos del Incora, habida cuenta que desde que se produjo la fractura del cráneo sufrió tal incapacidad que ha debido evaluarse en un grado mayor al mencionado porcentaje, de conformidad con lo establecido en el decreto 1848 de 1969, pues el actor se encontraba totalmente impedido para ejercer su profesión de Agrónomo.

Dijo también el a-quo en la parte considerativa del fallo apelado, que el Fiscal 4o. de la Corporación conceptúo "que deben prosperar las pretensiones de la demanda, conforme se deduce del dictamen médico que obra a folio 74 del expediente y que en su oportunidad procesal no fue impugnado por la entidad demandada". (folio 8 ibídem).

Respecto a la inquietud planteada al Tribunal por su colaboración fiscal acerca de la "calidad de vinculación de; actor con el Incora", la Sala comparte la conclusión a que llegó el a-quo en cuanto a que el actor era empleado público, pues consta a folios 58 y 177 del expediente relacionado con su hoja de vida, que desempeñó en el Incora el cargo de profesional Universitario y fué nombrado en período de prueba dentro de la carrera administrativa, por haber participado en un concurso.

Cómo es de conocimiento, la pensión de invalidez se reconoce a los empleados públicos cuando pierden su capacidad laboral en forma permanente, cuya cuantía depende del grado o porcentaje de disminución de esa capacidad.

De tal forma que el funcionario, debe acreditar su invalidez con el dictamen médico exigido en los reglamentos del organismo y de ello depende que se le otorgue o nó dicha prestación social.

Sin embargo, ese dictamen puede ser desvirtuado en la vía jurisdiccional, cuando la persona que solicita la pensión no se encuentra de acuerdo con el porcentaje de disminución de la capacidad de trabajo que le hubiera sido establecido por el servicio médico al que se encuentre afiliado. Eso fue lo que sucedió en el caso sub-lite, según lo expresa el a-quo en el fallo apelado (folio 7, 13 y 14), con el dictamen médico de la Sección de Medicina del Trabajo y Seguridad Social que fué posteriormente ampliado por dicha dependencia (folio 111).

Lo anterior significa, que los dictámenes que sirvieron de base a la entidad demandada para fijar una incapacidad laboral del actor equivalente al 75%, fueron contradichos por los que emitió dentro del proceso la Sección de Medicina del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, dictámenes que no fueron impugnados por el Incora, según afirma el Tribunal del conocimiento en la sentencia de primera instancia (folios 7 y 8).

Para la sala es claro que esta experticia médica, no impugnada, ni tachada ni redargüida de falsa, según se deduce de lo expuesto por el a-quo, refleja como hecho cierto que el actor acusaba una incapacidad laboral superior al 95%; y siendo ello así, la pensión de invalidez reclamada debe ser reconocida en el porcentaje que el corresponde según lo establecido en los artículos 23 del decreto extraordinario 3135 de 1968 y 63 del decreto reglamentario 1848 de 1969.

Conviene recordar que ha sido constante la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de dar prelación al dictamen de la Sección de Medicina Laboral del Ministerio de Trabajo emitido dentro del proceso.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de julio de 1983 dentro del proceso iniciado por el señor José Angel Vásquez Ramírez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 3 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO DE BASE / PARALELISMO SINDICAL - Prohibición

Si en una empresa existe una organización sindical de primer grado y de base, con personería jurídica vigente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no puede reconocerle personería Jurídica a otra organización de idéntica naturaleza, es decir de primer grado y de base, porque ello contraría expreso mandato legal que proscribe el llamado paralelismo sindical.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Rereferencia: Expediente No. 1620. Resoluciones Ministeriales. Actor: SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S. A.

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S. A. pidió al Consejo de Estado declarar la nulidad de las Resoluciones 00747 de 22 de marzo de 1985 y 02059 de 5 de julio del mismo año, dictadas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales reconoció personería jurídica y se aprobaron los estatutos de la organización sindical de primer grado y de base denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S. A.

Los **HECHOS** fundamentales de la acción son los siguientes:

"1.- Por Escritura Pública número 4411 de 21 de diciembre de 1953, Notaría 1a. de Bogotá, se constituyó la Sociedad Sears Roebuck de Colombia S. A., inscrita en la Cámara de Comercio de la misma ciudad el 31 de los dichos mes

y año con el número 3428 del libro respectivo.

"2.- Por escritura pública número 3428 de 14 de octubre de 1982, Notaría 21 de Bogotá, la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S.A., inscrita en la mencionada Cámara de Comercio el 2 de Noviembre de 1982 con el número 123.837 del libro IX. (...).

"3.- El indicado cambio de nombre, pues, no modificó la identidad del establecimiento comercial, que mantiene el mismo giro esencial de sus actividades y negocios.

"4.- Por Resolución número 00086 de 31 de enero de 1958 el mismo Ministerio de Trabajo y Seguridad reconoció personería jurídica al Sindicato de Trabajadores de Sears Roebuck de Colombia S. A., sindicato de base con domicilio en la ciudad de Bogotá.

"5.- Por Resolución número 00016 de 4 de Marzo de 1980 el citado Ministerio declaró disuelto de pleno derecho el Sindicato antedicho; pero por Resolución número 00023 de 27 de tales mes y año repuso en su integridad, a solicitud de la Empresa, la indicada Resolución sobre disolución del prenombrado Sindicato, por lo cual éste mantiene vigente su personería jurídica, que no se ha cancelado por ningún medio legal.

"6.- No obstante, el mismo Ministerio, mediante la Resolución acusada 00747 de 22 de Marzo de 1985, reconoció personería jurídica a otro sindicato de base de la misma empresa, denominada: "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Sociedad Andina de Grandes Almacenes S. A." e hizo inscribir su Junta Directiva en el correspondiente Registro Sindical. Esta Resolución fue confirmada por la número 02059 de 5 de julio de igual año, también acusada.

"7.- La propia Resolución **sub-examine** 02059 de 1985 no niega en su primer considerando la existencia del primer sindicato; pero da al artículo 26 del Decreto 2351 de 1965 una interpretación contraria a su letra y a su espíritu para poder justificar el reconocimiento del segundo. (...).

"9.- El sindicato de Trabajadores de Sears Roebuck ha actuado en favor de los intereses de sus afiliados, como cuando su Presidente obtuvo la declaración de unidad de Empresa, mediante la Resolución número 0936 de 8 de junio de 1967..."

La demanda estimó como violados "los artículos 357 (26 del Decreto 2351/65), 366 y 67, 373, 374, 467, 476 y 475 del C. S. del T., en relación con el artículo 20 de la Constitución Nacional". Expuso el concepto de la violación, haciéndolo consistir esencialmente en la ocurrencia del paralelismo sindical, prohibido por la ley.

La doctora Fiscal Quinto en su concepto de fondo estima que las súplicas impetradas deben despacharse favorablemente.

Por haber sido destruido el expediente en el incendio del Palacio de Justicia, la sociedad accionante presentó nueva demanda, haciendo uso de la opción consagrada en el parágrafo del articulo 1o. del Decreto 3825 de 1985.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

La Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A. controvierte en este proceso y a través de la acción de restablecimiento del derecho, la legalidad de dos resoluciones mediante las cuales se reconoció personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de base, denominada "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S, A.",. se aprobaron sus estatutos y se ordenó su inscripción en el registro sindical.

Como el argumento central de la demanda se dirige a sostener que con la expedición de los actos acusados se auspició el paralelismo sindical - evento ciertamente prohibido por la ley- la Sala analiza la situación fáctica obrante en el proceso y tendiente a demostrar ese paralelismo, así:

Según lo certifica la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 64 y ss) la Sociedad "Sears Roebuck de Colombia S. a.", constituida en diciembre de 1953, cambió su nombre por el de "Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A.".

Cuando se operó ese cambio de razón social, existía en la empresa, con personería jurídica reconocida por Resolución 00086 (enero 31) de 1958, un sindicato de primer grado y de base denominado "Sindicato de Trabajadores de los Almacenes Sears De Colombia".

La Resolución 00016 (marzo 4) de 1980, por medio de la cual se declaró que tal sindicato se encontraba disuelto de pleno derecho, fue revocada íntegramente por el Jefe de la División de Relaciones Colectivas de Trabajo del Ministerio del ramo, mediante la No. 00023 de marzo 27 de 1980. Esa organización sindical obviamente estaba compuesta por trabajadores al servicio de la sociedad comercial "Sears Roebuck de Colombia S. a.", que posteriormente se llamó "Sociedad Andina de los Grandes almacenes S. A.", como ya se vió.

Por expresa disposición del artículo 26 del decreto ley 2351 de 1965, modificatorio del C. S. del T., "En una misma empresa no pueden coexistir dos o más sindicatos de base. Si por cualquier motivo llegaren a coexistir subsistirá el que tenga mayor número de afiliados..."

Esa coexistencia de dos o mas sindicatos de base en una misma empresa

es el fenómeno conocido como paralelismo sindical, y para prevenir su ocurrencia justamente el artículo 364 del C. S. T. -que establece los requisitos para el reconocimiento de personería jurídica a un sindicato determina que a la solicitud pertinente debe acompañarse "Certificación del correspondiente inspector del trabajo sobre la inexistencia de otro sindicato, si se trata de un sindicato de base que pueda considerarse paralelo..."

Conforme a lo anterior, es evidente que si en una empresa existe una organización sindical de primer grado y de base, con personería jurídica vigente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no puede reconocerle personería jurídica a otra organización de idéntica naturaleza -es decir, de primer grado y de base- porque ello contraría expreso mandato legal que prescribe el llamado paralelismo sindical.

En el caso debatido, el cambio que se operó en la empresa fue simplemente de nombre; y como esa causal no está contemplada en la ley (C. S. T., art. 401) entre aquellas que determinan la disolución o liquidación de un sindicato, preciso es concluir que cuando se reconoció personería jurídica a la organización sindical de primer grado y de base denominada "Sindicato Nacional de Trabajadores de la Sociedad Andina de los Grandes Almacenes S. A." estaba vigente otra organización de análoga naturaleza, dentro de la misma empresa comercial, denominada "Sindicato de Trabajadores de los Almacenes Sears de Colombia".

Los actos acusados son, pues, contrarios a la ley, y así se decidirá en este proveído.

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

FALLA:

Son nulas las Resoluciones 00747 (marzo 22) y 02059 (julio 5), ambas de 1985, por medio de las cuales el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoció personería jurídica y aprobó los estatutos de la organización sindical de primer grado y de base denominada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S. A.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 17 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker , Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL / REPRODUCCION DEL ACTO / SUSPENSION AUTOMATICA

Habiendo sido suspendida la frase "ostente el estado civil de soltero(a)", contenida en el artículo 12 del D. 1160/89, decreto que se refiere también a las pensiones del sector privado y el del Instituto de Seguros Sociales, no le estaba permitido al señor Presidente de la República aprobar, un artículo que reproduce la exigencia al compañero o compañera permanente, para efectos de sustitución pensional, de ser soltero. Por tanto, se cumplen los supuestos contenidos en el artículo 158 del C. C. A.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE la frase "que sea soltero o" contenida en el artículo 29 del Acuerdo número 049 / 90 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 / 90 (abril 11) dictado por el señor Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 4755. Actor:IGNACIO CASTILLA CASTILLA

Solicita el actor con fundamento en el Artículo 158 del C.C.A. que se suspendan de manera parcial los Artículo 29 y 30 del Acuerdo No. 049 de 1990 del Consejo Nacional Seguros Sociales Obligatorios, aprobado mediante Decreto 758 de 1990 expedido por el Presidente de la República, ya que a su juicio reproducen la frase suspendida provisionalmente por auto de 28 de febrero de 1990 en este proceso.

El mencionado auto suspendió provisionalmente la frase "ostente el estado civil de soltero (a)" del artículo 12 del Decreto 1160 de 1989 que dice:

"Artículo 12: Compañero permanente: para efectos de la sustitución pensional, que admitirá la calidad de compañero o compañera permanente a quien ostente el estado civil de soltero (a) y haya hecho vida marital con el causante durante el año inmediatamente anterior al fallecimiento de este, o en el lapso establecido en regímenes especiales".

Motivó tal determinación el hecho de que la Ley 71 de 1988 que se reglamenta a través del Decreto 1160 de 1989 no exigió esa calidad de soltero al referirse al compañero o compañera permanente de un pensionado fallecido.

Ahora se pretende la suspensión, también parcial, de los artículos 29 y 30 del acuerdo aprobado por el Decreto 758 de 1990. El primero contiene la definición de compañero o (a) permanente para efectos del derecho a pensión de sobrevivientes de personas muertas por riesgo común y el segundo las causales de perdida y extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes así:

Del artículo 29 de la frase subrayada.

"Compañero permanente.- Para que el compañero o compañera permanente tenga derecho a pensión de sobrevivientes, se requerirá **que sea soltero o que siendo casado estuviese separado legal y definitivamente de cuerpos y bienes,** y que haya hecho vida marital con el causante durante tres (3)años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, o con la que halla tenido hijos:..."

Del artículo 30 también lo subrayado.

"Perdida y extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes. Se pierde el derecho a la pensión de sobrevivientes en los siguientes casos:

1.- El cónyuge. Cuando el cónyuge sobreviviente en el momento del deceso no hiciere vida marital en común con el causante, salvo que hubiera encontrado en imposibilidad de hacerlo porque éste abandonó el hogar sin justa causa o le impidió su acercamiento y compañía.**En este evento el compañero o compañera permanente del causante no tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes".**

....."

Argumenta el peticionario de la suspensión provisional que las frases por él indicadas reproducen un acto suspendido.

Que no obstante ser el decreto 758 de 1990 aprobatorio de un Acuerdo

expedido por el Consejo Nacional de Seguros sociales obligatorios, parte de una base común idéntica a la que sirve de fundamente al Decreto 1160 de 1989, cual es la del Derecho a la sustitución pensional en favor de los compañeros o compañeras permanentes de los pensionados fallecidos, establecido en la ley 71 de 1988.

Y si ambos decretos se refieren a un mismo tema, el de la sustitución pensional y el segundo de ellos exige de nuevo el estado de soltería en cabeza de quien aspire a la pensión de su compañero fallecido, resulta claro que esta segunda norma constituye reproducción del acto administrativo que ya había sido suspendido.

Para resolver se

CONSIDERA:

El Decreto 0758 de 11 de abril de 1990 expedido por el señor Presidente de la República, al impartir aprobación al acuerdo No. 049 de 1990 dictado por el Consejo de Seguros Sociales Obligatorios está en verdad reglamentado en lo relativo al derecho de sustitución pensional que la Ley concede al compañero o compañera permanente de un pensionado fallecido y también lo concerniente a la pérdida o extinción del derecho a la pensión de sobrevivientes.

El artículo 3o. de la Ley 71 de 1988 que extendió el derecho a sustitución pensional en forma vitalicia al Cónyuge supérstite, al compañero o compañera permanente, a los hijos menores o inválidos, a los padres o hermanos inválidos que dependen económicamente del pensionado, se refiere a las previsiones sobre sustitución pensional de las Leyes 33 de 1973, 12 1975, 44 de 1980 y 113 de 1985.

Tanto la Ley 33 de 1973 en su artículo 1o. como la 12 de 1975 igualmente en el artículo 1o. se refieren al fallecimiento de un trabajador particular pensionado o con derecho a pensión y al cónyuge supérstite o la compañera permanente de un trabajador particular.

El artículo 2o. de la ley 113 de 1985 extiende las previsiones del artículo 1o. de la ley 12 de 1975 y las que la complementan, al compañero permanente de la mujer fallecida.

Luego no queda duda ninguna acerca de que la ley 71 de 1988 es también el fundamento jurídico de los derechos reglamentados por el acuerdo y su decreto aprobatorio, porque al hablar las leyes del fallecimiento de los trabajadores privados sus normas regulan las pensiones que reconoce el seguro social.

Habiendo sido suspendida la frase "ostente el estado civil de soltero (a), contenida en el art. 12 del Decreto 1160 de 1989, Decreto que se refiere también

a las personas del sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, no le estaba permitido al señor presidente de la República aprobar un artículo que reproduce la exigencia al compañero o compañera permanente, para efectos de sustitución pensional de ser soltero.

Por tanto, se cumplen los supuestos contenidos en el artículo 158 del C. C. A. para que proceda la suspensión provisional de la frase: "que sea soltero o", contenida en el artículo 29 del acuerdo No. 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990.

No puede llegarse a la misma conclusión respecto a la frase "que siendo casado estuviere separado legal y definitivamente de cuerpos y de bienes", contenida en ese mismo artículo, ni a la que se lee en el artículo 30 que dice: "En este evento el compañero o compañera permanente del causante no tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes", porque tales frases no constituyen reproducción de la que fue suspendida en este proceso.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda

RESUELVE:

1.- Suspender provisionalmente, en aplicación del articulo 158 del C. C. A., la frase: "que sea soltera o", contenida en el artículo 29 del acuerdo No. 049 de 1990, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto No. 758 de 1990, dictado por el señor Presidente de la República, por ser reproducción de una norma suspendida provisionalmente por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2.- Negar las demás peticiones de suspensión provisional.

Cópiese, Notifíquese, Comuníquese y cúmplase inmediatamente.

La anterior providencia fue aprobada por la Sala en sesión de 24 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESCALAFON / ESTABILIDAD

Si una persona es vinculada a la Carrera Administrativa e un cargo específico, habiendo concursado previamente para el mismo, ése cargo es el que le da la condición de empleado de carrera, con exclusión de todos los demás. De otra parte, si un empleado de carrera acepta otro distinto, como ello está indicando que declina sus derechos sobre el primero, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo al asumir las que corresponden a la nueva situación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., siete (7) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 269. Reconstrucción - Apelación Sentencia. Actor: AIDA SILVA DE PEREZ

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto tanto por la parte accionante como por la entidad demandada, la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, contra la sentencia fechada el 15 de febrero de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el proceso incoado por Aída Silva De Perez para impetrar la nulidad del Decreto 3039 del 22 de octubre de 1982, originario de la Presidencia de la República, y el correspondiente restablecimiento del derecho.

De conformidad con el escrito obrante a folios 14 a 16 del cuaderno No. 1, la inconformidad de la demandante se refiere a la manera como el A QUO dispuso el restablecimiento del derecho, ordenando su reintegro al cargo de Economistas IV-25 a otro de igual o superior categoría y remuneración y al cargo que desempeñaba en el momento en que fue desvinculada del servicio, al que dice

haber ascendido por méritos. Aclara que, si bien arribó a empleos de superior categoría al de su escalafón sin superar los concursos respectivos, "ello obedeció a circunstancias completamente insuperables, como que no podía cambien el erróneo criterio del Gobierno sobre suspensión de las normas de carrera administrativa que imperó desde el año de 1976 y llevó al Ministerio de Hacienda y al Departamento Administrativo del Servicio Civil a proceder con absoluta prescindencia de ellas, en perjuicio de la misma Administración y de los trabajadores escalafonados en carrera".

Por su parte, la entidad demandada fundamentó el recurso de alzada en el hecho de que la actora no había actualizado la inscripción en la carrera administrativa para los cargos posteriores y, no habiendo ejercido el cargo en el cual se hallaba escalafonada sin que mediara comisión alguna para desempeñar empleos diferentes, al aceptar la demandante estos empleos, estaba renunciando tácitamente a aquél en que se hallaba escalafonada, colocándose así en una situación jurídica distinta, que permitía la expedición discrecional del acto demandado. (fol. 2 Cdno No. 2).

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca aceptó la aprehensión de la demandante con fundamento en que no se demostró que aquella se hallaba inscrita en la carrera administrativa en el cargo de Economista IV-25 según Resolución No. 383 de 1975 del Departamento Administrativo del Servicio Civil y que posteriormente, sin sujeción a las normas de carrera sobre ascensos, fue promovida a otros cargos, el último de los cuales fue el de Sub-Director 2030, grado 14, de Determinación de Impuesto de la Dirección General de Impuestos Nacionales, del cual se le desvinculó por declaración de insubsistencia de su nombramiento y que, procediendo esta medida respecto de los empleados inscritos en la carrera administrativa únicamente en los eventos previstos en el artículo 240 del Decreto 1950 de 1973 y no dándose en el sub-lite ninguna de tales circunstancias, es evidente que la desvinculación se produjo con desconocimiento del carácter de empleada de carrera administrativa.

Puntualiza el A QUO que el restablecimiento del derecho ha de limitarse al reintegro al cargo en el cual fue inscrita la demandante en el escalafón y al pago de sueldos correspondientes a dicho cargo. (fol. 9).

La Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo solicita la confirmación del fallo demandado, por razones que aparecen consignadas a folios 44 a 46 del cuaderno No. 1.

Tramitada la reconstrucción del proceso por haberse destruido en noviembre de 1985, se procede a decidir lo pertinente, no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado y previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como atrás se hizo notar, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fué apelada por ambas partes.

La demandante expresa su inconformidad con la sentencia delA QUO en cuanto ordenó su reintegro al cargo de Economista IV-25 y no al que desempeñaba cuando fué desvinculada del servicio. Afirma que "ascendió por méritos... Y si su ascenso a empleos de superior categoría al de su escalafón no se produjo mediante concurso, ello obedeció a circunstancias completamente insuperables por parte de la demandante, como que no podía ella cambiar el erróneo criterio del Gobierno sobre suspensión de las normas de carrera administrativa que imperó desde el año de 1976 y llevó al Ministerio de Hacienda y al Departamento Administrativo del Servicio Civil a proceder con absoluta prescindencia de ellas, en perjuicio de la misma administración y de los trabajadores escalafonados en carrera."

Censura el Tribunal el ordenar el pago de los salarios y prestaciones correspondientes al empleo de Economista IV-25 y no los dejó de percibir "por efectos de las ilegales acciones y omisiones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no sólo al desvincularla desconociendo su condición de funcionaria de carrera administrativa, sino al impedirle actualizar su escalafón como podría hacerlo hoy si no hubiera sido privada de sus derechos..."

Objeta, finalmente, el que no se haya ordenado el reconocimiento de salarios y prestaciones "teniendo en cuenta la remuneración del cargo al momento en que se produzca el reintegro, aplicada retroactivamente, como se solicitó en la demanda, con fundamento en el hecho de que los reajustes salariales constituyen apenas la medida en que se actualiza el valor de las remuneraciones de los trabajadores, teniendo en cuenta el índice de aumento de precios producido por la constante desvalorización monetaria." (fols. 14-16, Exp. No. 269, Reconstrucción).

A su turno, el apoderado de la Nación,-Ministerio de Hacienda y Crédito Público- solicita, al sustentar la apelación, "revocar la decisión por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaro la nulidad del decreto 3930 de octubre 22 de 1982 y en consecuencia confirmar en todas y cada uno de sus partes la legalidad del acto acusado."

Alega a este respecto:

> "Ha quedado suficientemente demostrada la circunstancia por medio de la cual la Actora no fue actualizada en el escalafón por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, dado que debía acreditar previamente el cumplimiento de las formalidades y requisitos para el llamado sistema de

selección por méritos en el Decreto 1950 de 1973, circunstancia esta que como puede colegirse en los documentos anexos al expediente, en ningún momento fue o ha sido desvirtuada por la misma interesada en el presente proceso.

De otra parte y no habiendo sido promocionada dentro de la carrera por no haber cumplido con los requisitos señalados por la ley para tener derecho a actualizar su escalafón y encontrándose vinculada la Actora mediante actos administrativos que no cumplían los requisitos para ser promocionada y no habiendo ejercido el cargo para el cual se encontraba escalafonada, sin que mediara comisión alguna para desempeñar empleos de carácter diferente, resulta evidente concluir que sus aceptaciones expresas, al momento de tomar posesión para los cargos desempeñados, implican claramente una renuncia tácita al cargo en el cual se encontraba escalafona; dadas las circunstancias de que dichos actos constituyeron en todo momento una actitud voluntaria, libre y expresa por parte de la actora, quien de esta manera quedaba cobijada dentro de una situación administrativa concreta, definida claramente por nuestra legislación y cuya consecuencia fue la expedición del decreto demandado." (folio 2 Cuaderno No. 2 Expediente No. 533).

Conceptúa el Fiscal Cuarto de esta Corporación, apoyándose en el criterio expresado por esta misa Sala en sentencia de julio 28 de 188, que la sentencia amerita ser confirmada (Folios 44-46).

No obra en el expediente reconstruido copia de la demanda, pero en sentencia apelada se transcriben las peticiones y los hechos en que éstas se apoyan, con lo cual se dan elementos de juicio que, aunados a la sustentación de los recursos y a los documentos de la Hoja de Vida de la actora, son suficientes criterios para decidir la alzada.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que, habiendo sido apelada la sentencia por ambas partes, debe examinarse en su integridad.

Según narran los hechos de la demanda, la accionante ingresó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público en 1969 en el cargo de Economista 24 y en 1974 concursó para ingresar a la carrera administrativa y fué inscrita en el Escalafón en el cargo de EECONOMISTA IV-25 mediante Resolución No. 383 de abril 15 de 1975; en 1976 fue incorporada en la nueva Planta de Personal como PROFESIONAL ESPECIALIZADA, categoría 27, donde permaneció hasta junio 16 de 1980, cuando se le ascendió a SUBDIRECTOR DE DETERMINACION de Impuestos de la Dirección General de Impuestos Nacionales, el que ejerció hasta el 26 de Octubre de 1982, cuando por el Decreto 3039 fué declarado Insubsistente su nombramiento. Afirma también que todos los cargos que desempeñó pertenecen a la carrera administrativa; que por decreto 2132 de 1976 el Departamento

Administrativo del Servicio Civil y el Ministerio de Hacienda "resolvieron dar por suspendida la carrera administrativa para todos los efectos, abierta contraposición con las definiciones tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, sobre el alcance de tal decreto" y, finalmente, que el mencionado Departamento "eludió las solicitudes de actualización y escalafonamiento formuladas por el Dra. AIDA SILVA DE PEREZ, primero bajo el pretexto de la suspensión de la carrera y luego mediante la exigencia de que demostrara su participación en el concurso correspondiente... La Dra. AIDA SILVA DE PEREZ elevó reiteradamente su solicitud de actualización y acompañó los documentos que estaban a su alcance, dadas las circunstancias anotadas, y aquel Departamento le contestó que para tal efecto no requería enviar constancia de verificación de concurso para ascenso..." (Folios 3-4 Exp. 269).

Como en la sentencia apelada se ordenó el reintegro al cargo de Economista IV-25, al que aparecía vinculada la accionante dentro de la carrera administrativa, aspira ella a que se modifique en el sentido de que el reintegro debe efectuarse al último cargo desempeñado, con las consecuencias correspondientes (Fol. 1-11 Exp. 269).

Dispuso el A QUO a este respecto:

> "En cuanto al restablecimiento del derecho, ha de limitarse éste al reintegro al cargo en el cual fué inscrita la demandante en el escalafón y al pago de sueldos correspondientes a dicho cargo, ya que en el proceso sólo está demostrado su derecho en relación con el cargo de Economista III (sic)-25, según la Resolución 383 del 15 de abril de 1975.
>
> Los documentos aportados al proceso dejan entender que el acceso de la actora al cargo que desempeñaba cuando se produjo su desvinculación no fue precedido de concurso alguno con sujeción a las normas de carrera." (Folios 1-11).

Es bien sabido que, conforme a las disposiciones legales sobre ingreso a la Carrera Administrativa, éste opera con relación a **un determinado cargo,** para el cual previamente se ha convocado a concurso. Justamente la inscripción se hace también respecto de un cargo específico, cuyas funciones obviamente tienen relación con las calidades que el aspirante ha acreditado previamente al concursar. Si posteriormente el empleado de carrera acepta promociones a cargos de superior jerarquía, está en la obligación de actualizar su vinculación a la Carrera en éstos últimos, que lógicamente suponen funciones diferentes y requisitos acordes con éstas. Ello es así por cuanto el ascenso no se puede dar sino a través de un concurso, como claramente lo definen las normas sobre la materia y particularmente el Decreto 2400 de 1968 en sus artículos 40, 42, 44 y 46 y el decreto reglamentario 1950 de 1973 en sus artículos 180, 181, 222, 223 y 225.

Es ciertamente de la esencia de la Carrera Administrativa el que el

empleado de carrera tenga la posibilidad de acceder a cargos superiores pero con sujeción a "las reglas que el presente título establece" y siempre "con base en el mérito" y a condición de que la promoción se efectúe **siempre** "mediante oposición o concurso" (Decreto 2400/68, arts. 40,42).

Insiste la ley en que goza el empleado de prelación para ascenso "de conformidad con las condiciones que se señalen en la reglamentación de los concursos por ascenso" y que tiene el derecho de ser ascendido "de acuerdo con los reglamentos de la carrera", como lo puntualizan los artículos 44 y 46 del mismo estatuto. Más claro aún, si fuera posible, es el texto del artículo 181 del decreto 1950 de 1973 al definir que "los ascensos se harán exclusivamente con base en el mérito, mediante concursos u oposiciones", lo que reafirma el artículo 222 del mismo decreto agregando que "los ascensos se determinarán mediante concursos".

Entiende la Sala que, si una persona es vinculada a la Carrera Administrativa en un cargo específico, habiendo concursado previamente para el mismo, ese es el cargo que le da la condición de empleado de carrera, con exclusión de todos los demás.

De otra parte, si un empleado de carrera acepta a otro distinto, con ello está indicando que declina sus derechos sobre el primero, cuyas funciones tampoco sigue ejerciendo al asumir las que corresponden a la nueva situación.

No podría ser de otra manera, pues el cargo que se deja no puede quedar indefinidamente en suspenso como una "pertenencia" del empleado que sale a ejercer otras funciones en propiedad; nadie podría ocuparlo ya que estaría **reservado** en favor de quien, por haberlo conquistado, lo hizo suyo, no obstante que luego prefiriera otro que considere mas ventajoso.

Es la propia demandante quien admite que a las posiciones que ocupó al dejar el cargo de carrera inicialmente desempeñado, no accedió por concurso ni tampoco actualizó en ella su vinculación a la Carrera Administrativa. Lo atribuye a obstáculos del Departamento Administrativo del Servicio Civil y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a la "suspensión de las normas de carrera administrativa" en virtud de la expedición del decreto 2132 de 1976.

Con estos argumentos contrasta la ausencia total de prueba sobre hechos positivos de la administración en desconocimiento de derechos de la accionante, no habiendo tampoco constancia de gestiones de ésta en busca de la actualización. Lo cierto es que, después de pasar por varios cargos, aceptó el de Sudirector de Determinación de Impuestos, para el cual recibió un **nombramiento ordinario,** según expresa la certificación que obra a folio 132 del Cuaderno Administrativo, expedida por el Jefe de la Sección de Registro y Control del Ministerio de

Hacienda. De este cargo fué declarada insubsistente por el acto enjuiciado y legalmente podía serlo ya que no tenía, respecto del mismo, fuero alguno de estabilidad.

Dados estos presupuestos, resulta imperioso revocar la sentencia apelada, para desestimar las pretensiones de la otra parte actora.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, niéganse las peticiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó por la Sala en sesión el día 10 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, salva voto, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* salvó voto, *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESCALAFON / ESTABILIDAD
(Salvamento de voto)

Cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo pasa a otro clasificado como de carrera, no pierde por ese sólo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Salvamento de voto de las Doctoraa Clara Forero de Castro y Dolly Pedraza de Arenas.

Consejero Ponente: Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker.

Referencia: Expediente No. 269. Resoluciones Ministeriales. Actor:AIDA SILVA DE PEREZ.

En forma breve y respetuosa me permito manifestar las razones de mi disentimiento con lo resuelto por la Sala.

Como lo he sostenido en ocasiones anteriores, estimo que cuando un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en un determinado cargo pasa a otro clasificado como de carrera, no pierde por ese sólo hecho su escalafón y en consecuencia continúa gozando de todos los derechos inherentes a la carrera, entre los cuales está el de estabilidad.

El artículo 47 del Decreto 2400 de 1968 da fundamento a la anterior afirmación, pues indica claramente en qué casos se pierde la condición de

funcionario de carrera, y ello ocurre por cesación definitiva en el ejercicio de las funciones, ocasionada por: declaración de insubsistencia, renuncia regularmente aceptada, retiro con derecho a jubilación, invalidez absoluta y retiro forzado por edad.

No está contemplada en esta norma ni en ninguna otra la pérdida de escalafonamiento por pasar a otro cargo, así sea éste de superior categoría a aquél en el cual se halla escalafonado el empleado.

En mi opinión no hay duda acerca de que, mientras no se produzca cesación definitiva de funciones, por las causas anotadas, el empleado inscrito conserve los derechos propios de la carrera aún pasando a otro y otros cargos.

Sin embargo, es necesario precisar, cuál es, en esa situación, el alcance de la protección derivada de la carrera.

El escalafonamiento garantiza al funcionario, que no será removido del cargo en el cual está escalafonado, sino por las causas legales y previo adelantamiento de un proceso disciplinario.

Si ocupa otro, la garantía de estabilidad se mantiene, pero referida a los términos exactos del escalafón. Por eso, el empleado trasladado podría por ejemplo, ser devuelto a su cargo inicial, sin que con ello se le vulnerara ningún derecho.

Y no puede ser de otra forma, puesto que para lograr reclasificación en el escalafón por ascenso, sería indispensable comprobar que se tienen los requisitos para desempeñar el otro cargo y merecerlo mediante concurso.

No existe reclasificación automática en el escalafón, como no existe tampoco inscripción automática en el mismo; es necesario obtenerla por los medios legales.

Siendo ello así, cuando el empleado es ilegalmente separado del servicio, como en el presente caso, el reintegro debe ordenarse al cargo en el cual estaba escalafonado, pues ninguna norma obliga a mantenerlo en otro diferente y respecto al cual no goza de esa garantía de estabilidad.

En este orden de ideas, estimo que la sentencia del Tribunal ha debido confirmarse.

Clara Forero de Castro.

Salvamento de voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Las razones de mi inconformidad con la decisión mayoritaria de la Sala

de la Sección están ampliamente consignadas en el salvamento de voto de la Consejera Doctora Clara Forero de Castro, por lo cual adhiero a sus consideraciones.

Dolly Pedraza de Arenas.

CARRERA JUDICIAL / JUEZ - Elección

En virtud de la inexequibilidad decretada por la Corte de algunos apartes del artículo 29 del Decreto-ley 052/87, los organismos judiciales nominadores recobraron la facultad de escoger a quienes deban ocupar los cargos correspondientes -magistrados o jueces- sin sujeción al orden estricto que hubieren registrado los concursos. La actora si fue tenida en cuenta por el Tribunal Superior cuando éste hizo las elecciones correspondientes, pero no pudo ser declarada electa al no lograr el voto favorable de los dos tercios de los votos de los miembros de la Corporación reunida en pleno, por lo que eligió otra persona que sí logró la votación requerida, quien fué declarado electo en provisionalidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., diez (10) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5343. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS

Procedente del Tribunal Administrativo del Atlántico y en grado de consulta, ha llegado este asunto, relacionado con la demanda presentada por la doctora BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS contra la Nación, el cual culminó con la sentencia de 23 de agosto de 1990, favorable a las pretensiones de la actora, resolviendo lo siguiente:

"Se declara la nulidad del Acuerdo 1558 de 5 de Agosto de 1988 de la Sala Plena del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en cuanto no eligió a la Dra. BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS como

Juez Octavo Civil del Circuito de Barranquilla en propiedad para el resto del período legal comprendido entre el 1o. de septiembre de 1987 al 31 de agosto de 1989.

"Como consecuencia de la declaración anterior y a manera de restablecimiento del derecho la Nación deberá reconocer y pagar a favor de la Dra. BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS los sueldos, primas, bonificaciones y demás prestaciones sociales y laborales causadas desde que fué separada del servicio hasta el 31 de Agosto de 1989.

" Se declara que no ha habido solución de continuidad en los servicios prestados por la Dra. BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS a la Nación-Rama Jurisdiccional, durante el tiempo anteriormente señalado.

"La entidad obligada dará cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el Art. 176 del Código Contencioso Administrativo.

"No se accede a las demás súplicas de la demanda."

Se dió cumplimiento al trámite ordenado en el artículo 184 del C.C.A., corriéndose traslado a las partes para que presenten sus alegados de conclusión, sin que lo hicieran; la Agencia Fiscal sí emitió su concepto cuyos apartes se transcriben:

"De acuerdo con el texto del Acuerdo demandado, para el período de 1987 a 1989, no se hicieron oportunamente los nombramientos por parte del Tribunal respectivo, quedándose algunos de los jueces en ejercicio del cargo en un estado precario, hasta tanto no se produjera el nuevo nombramiento y quienes lo desempeñaron, lo único que podían hacer era renunciar o permanecer en el empleo hasta tanto no se produjera la nueva elección, en consecuencia no se puede sostener que quienes así se encontraban, lo estaban desempeñando en interinidad, porque no existe acto administrativo que así lo señale.

"En estas condiciones, no se puede sostener que por el vencimiento del período y por desempeñar las funciones durante el nuevo período, estos funcionarios lo hicieren en interinidad o en propiedad por cuanto se repite, el período había terminado y el hecho de estar en la lista de elegibles no les otorgaba ningún derecho a permanecer en el cargo o a ser nuevamente nombrados.

"Consta en autos que la Dra. BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS, si fué considerada por la Corporación para la elección de juez. El acta de sesión de Sala Plena 5 de agosto de 1988 dice al respecto:

""... Efectuada la votación obtuvo a su favor tres (30 votos afirmativos, dos

(2) votos negativos y cinco(5) votos en blanco, resultando en consecuencia no elegida. Visto el anterior resultado fué postulado el Dr. JULIO ALBERTO PADILLA VARGAS, efectuada la votación correspondiente obtuvo a su favor nueve (9) votos afirmativos y un (1) voto negativo, resultado en consecuencia elegido. Elección que se hace en provisionalidad.""

"Este nombramiento era posible de acuerdo con el artículo 33 ibídem por cuanto la Dra. BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS, no obtuvo los votos requeridos tanto en la primera, como en la segunda votación. En estas condiciones la actora si fué tenida en cuanta para proveer el cargo, por parte de la autoridad nominadora, pero no alcanzó el número de votos señalados en el artículo 1o. del Decreto 526 de 1971, para ser elegida, a saber las dos terceras partes de los votos afirmativos de los miembros de la Corporación.

"La demandante para ser relevada del servicio no necesitaba de proceso disciplinario previo por cuanto no estaba ejerciendo el cargo en propiedad, ni aun estaba inscrita en carrera."

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Ha tenido, pues, la demandante - así lo obtuvo parcialmente del **a-quo**, la nulidad del acuerdo No. 1558 de 5 de agosto de 1988, emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en cuanto no la eligió como juez civil del circuito del mismo nombre, y arguyó para ello que, presentadas las pruebas exigidas por el decreto ley 052 de 1987 para los aspirantes a jueces dentro de las pautas propias de la carrera judicial y pese a que ocupó el primer puesto en la lista de elegibles y no obstante estar desempeñando el cargo y que, por lo tanto tenía derecho a ser designada, no lo fue. Además, por haber permanecido en el dicho cargo de juez por más de noventa días, en virtud de lo señalado en el art. 8o. de la ley 12 de 1945, el Tribunal estaba en la obligación legal de designarla en propiedad por el resto del período que estaba en curso.

En cuanto al primer punto, la Sala ha de recordar cómo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de junio de 1987, declaró inexequibles los apartes del art. 29 del mencionado decreto-ley 052 de ese año, en cuanto dicen: "En estricto orden de resultados" y "En riguroso orden de mérito", de tal manera que los organismos judiciales nominadores recobraron la facultad de escoger a quienes deban ocupar los cargos correspondientes -magistrados o jueces- sin sujeción al orden estricto que hubieren registrado los concursos.

Ahora bien, se tiene de autos que la doctora Betty Francisca Viñas Ramos sí fue tenida en cuenta por el Tribunal Superior cuando éste hizo las elecciones correspondientes a los jueces civiles del circuito de Barranquilla, tanto es así que en el expediente consta que sometido su nombre a la consideración de la Sala Plena, en la primera votación obtuvo 3 votos afirmativos, 5 negativos t 2

en blanco, y que, efectuada una segunda votación, logró 3 votos afirmativos, 4 negativos y 3 en blanco, por lo que al tenor de lo indicado en el art. 39 del decreto 1660 de 1978, no pudo ser declarada electa al no lograr el voto favorable de los dos tercios de los votos de los miembros de la corporación reunida en pleno. Por lo tanto, el Tribunal Superior, procedió a elegir al doctor Julio Padilla Vargas, quien en una sola votación logró 9 votos afirmativos y 1 negativo, por lo que fue declarado electo en provisionalidad (fol. 78). No se violó, por ende, disposición legal alguna, como acaba de verse.

Por lo que hace al segundo argumento, es decir, en cuanto a la obligatoriedad que tenía el Tribunal de nombrar en propiedad a la actora por haber permanecido en el cargo por más de noventa días, adquirió así ese derecho conforme al art. 8o. de la ley 12 de 1945, quepa anotar que esta norma fué tácitamente derogada por el art. 10 del decreto-ley 250 de 1970, que a su vez estableció que los funcionarios que reunieran los requisitos y estuvieren desempeñando un cargo en interinidad, tendrían derecho a permanecer en él mientras duraren las causas de esa interinidad. Es sabido que con la expedición y vigencia del decreto-ley 052 de 1987, los tribunales se abstuvieron de nombrar a los jueces para el período 1987-1989 en las fechas señaladas por las normas anteriores, con el objeto de atender lo dispuesto por las nuevas reglas sobre la materia, entre ellas la práctica de concursos y el cumplimiento de los demás requisitos, por lo cual los jueces que venían del período procedente continuaron en sus cargos en interinidad; una vez cesaron las causas de esa interinidad, se procedió a hacer las elecciones para el período que ya estaba en curso (1987-1989) en la forma indicada en el decreto -ley tantas veces mencionado. Pero, aún en gracia de discusión acerca de la vigencia de la ley 12 de 1945, quepa decir que el art. 8o. de ella establecía que el funcionario que permaneciera en interinidad por más de 90 días adquiría el derecho a ser nombrado en propiedad, pero a solicitud del interesado, y en el sub-lite no aparece demostrado que la actora haya elevado tal solicitud, razón por la cual no pudo adquirir ese eventual derecho que ahora pretende hacer valer.

La Sala, por consiguiente, ha de revocar la sentencia y, en lugar de lo por ella fallado, ha de denegar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 23 de agosto de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en este asunto y, en su lugar, deniégase la totalidad de las peticiones de la parte actora.

Cópisese, notifíquese, y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase. -

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 30 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / ASIGNACION DE RETIRO

Los tres meses de alta en relación con la asignación de retiro, constituyen un derecho derivado de haber completado el militar el tiempo de servicio necesario para tener derecho a ella; y en tales circunstancias, no es posible que si los tres meses no se han causado porque el militar no cumple el tiempo requerido para tener derecho a la asignación, deban computarse para que ésta se genere.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 1016. Resoluciones Ministeriales. Actor: LEONEL GUSTAVO TORRES CARDENAS

El señor LEONEL GUSTAVO TORRES CARDENAS, en su condición de ex-sargento segundo del ejército, presentó demanda en contra de la Nación y de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que se declare la nulidad de las resoluciones de la última y del Ministerio de Defensa Nacional en virtud de las cuales se le negó el reconocimiento de una asignación de retiro (resoluciones 0121 del 25 de febrero de 1981 y 1268 del 6 de mayo siguiente, fls. 42 - 44), se ordene el pago de la asignación y, además, el de los haberes de actividad del grado del actor correspondientes al lapso comprendido entre el 1o. de enero de 1974 y el 1o. de abril del mismo año, a título de tres meses de alta según se deduce del hecho "1.3" de la demanda, "con afección sobre el valor de la correspondiente cesantía." Pidió, finalmente, se tomen en cuenta la corrección monetaria y los intereses de mora.

En los hechos de la demanda se relata que la resolución que expidió la Caja demandada consideró que el Ministerio de Defensa le expidió al demandante la hoja de servicios militares con tiempo de 14 años, 11 meses, 11 días, insuficiente por no alcanzar el mínimo de 15 años necesario para tener derecho a asignación de retiro conforme al artículo 119 del decreto 2337 de 1971, habiéndose causado el retiro definitivo el 1o. de enero de 1974; que el Ministerio de Defensa Nacional aprobó la Resolución de la Caja; que "El valor por sueldos acreditados en los actos que se acusan por concepto de los tres (3) meses de alta, a razón mensual de $2.565.29 suman $7.695.87. El decreto ley 170/74 asignó al grado de sargento 2o. un sueldo de $1.750.oo en vez de $1.450.oo que es lo que se toma en cuenta para la cesantía." y que por concepto de asignaciones de retiro no atendidas a partir del 1o. de abril de 1974 hasta la presentación de la demanda se le adeuda al actor la suma de $938.417.96.

Se citan como disposiciones violadas los artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Política y los artículos 119 y 120 del decreto 2337 de 1971.

El concepto de la violación se expuso así:

"2.1. Es la Constitución que de manera terminante prohíbe que los militares sean privados de sus grados, honores y pensiones, salvo los **casos** y por el procedimiento que la ley haya señalado y cuando se refiere a casos está la Constitución (sic) dicando sólo en situaciones administrativas singulares o particulares previamente fijadas o determinadas por el legislador, se puede privar a militar de sus grados, de sus honores y de sus pensiones, siempre que se acomode a los procedimientos que en la misma ley se señale. Ello quiere decir que el militar tiene como presupuesto de su carrera el derecho a pensión por sus servicios. La excepción es que el militar se retire sin asignación de retiro.

En ese orden, teniendo hoja de servicios militares el demandante con tiempo de 14 años, 11 meses, 11 días, causándose su retiro definitivo el día 1o. de enero de 1974, su derecho a asignación de retiro esta protegido con la regla contenida en el artículo 120 del decreto 2337 de 1971, mediante la cual se le otorga derecho al militar con derecho a pensión de retiro, a ser dado de alta por el término de tres (3) meses que se cuentan como actividad y por tanto son computables en el tiempo total de actividad para gozar de asignación de retiro.

Por ser ese tiempo considerado como de servicio activo es posible completar con él los quince (15) años que la ley exige para gozar del 50% de las asignaciones de actividad del respectivo grado, pues es injusto que un militar que prestó servicios por 14 años, 11 meses, 11 días se le prive de asignación de retiro cuando los tres meses de alta por ser computable como de actividad pueden sumarse alcanzando el tiempo mínimo para gozar de esta prestación.

Entender la norma como que se acumula o se suma el tiempo de tres (3) meses de alta para gozar de asignación de retiro, es restringida en su alcance de protección a la relación de trabajo que asegura y garantiza el artículo 17 de la Constitución, y es no respetar un derecho adquirido, pues retirado del servicio y sumado el tiempo anterior de 14 años, 11 meses, 11 días se logra el tiempo de 15 años, 15 años, 2 meses, 11 días se consolida para el militar su situación de retiro y lo adquiere en su patrimonio según el artículo 30 de la Carta.

En relación al pago equivalente a los salarios en tres (3) meses, hay lugar a que así lo declare la sentencia, porque la situación administrativa es una sola, pues si se ordena reconocer el término de tres meses como tiempo de actividad hay que ordenar pagar el salario correspondiente a este tiempo, por ser consecuencia del reconocimiento.

Hay pues violación del artículo 120 del decreto 2337 de 1971 que le da al militar el derecho a ser dado de alta con pago de haberes por tres meses, cuando con el total del tiempo, supera el mínimo para que se consolide el derecho pensional. al negarle el derecho a asignación de retiro de contera se niega la vigencia del artículo 110 que regla esta conducta pensional.

Si se hace un prolijo examen del texto del artículo 119 lo que allí se consagra es el derecho a una pensión de retiro después de quince (15) años que comprende una situación antecedentes, esto es, a los quince años y en orden al término de calificación de servicios lo que allí se desprende es que la prestación periódica se paga en la fecha en que se termina el término calificatorio. En ningún momento se está concibiendo ley como que esta garantía solo se otorga en los casos en que el tiempo de actividad es superior a quince (15) años. La ley es clara en este sentido y es el natural y obvio, el que este tiempo sumado al anterior cuando de esta suma su resultado es superior a quince (15) años, y siéndolo así dar otro a la ley, es contrariarla como sucede con el acto acusado". (fls. 4 y 5).

Se citan en la demanda como antecedentes jurisprudenciales cinco sentencias, posiblemente de esta Sección, y termina el libelo inicial con planteamientos sobre la oscilación de la asignación de retiro y la corrección monetaria.

La vista Fiscal

El Ministerio Público en su concepto de fondo opinó que las pretensiones de la demanda debían prosperar, excepción hecha de los reajustes monetarios por mora en el pago.

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y el demandante obtuvo su

reconstrucción.

LLegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Pago de 3 meses de alta

Los actos acusados son la resolución 121 del 25 de febrero de 1981 expedida por la Caja demandada que le negó al actor el reconocimiento de la asignación de retiro que reclamó y la resolución del Ministro de Defensa Nacional que aprobó aquella, número 1268 del mismo año (fls. 42 a 44).

Como el pago de los 3 meses de alta no le corresponde a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, según se deduce del artículo 120 del decreto 2337 de 1971, de anularse la resolución 121 impugnada no se obtendría el pago reclamado.

Consecuentemente, esta pretensión debe negarse.

Cómputo de 3 meses de alta y asignación de retiro.

Está demostrado con la hoja de servicios militares del demandante (fl. 46) que presto servicios como soldado, cabo y sargento segundo durante 8 años, 10 meses y 15 días.

Al lapso anterior se sumó el cómputo del tiempo doble que arrojó un total de 5 años, 10 meses y 13 días.

Y finalmente, a todo lo anterior se sumó lo que se denomina "diferencia de año laboral", consistente en sumar los día que sobren por computar el año de 360 días y los meses por 30 días, que arrojó dos meses y trece días, para un gran total de 14 años, 11 meses y 11 días.

Los actos acusados, teniendo en cuenta que el artículo 119 del decreto extraordinario 2337 de 1971 exige para tener derecho a asignación de retiro un mínimo de 15 años de servicios, negaron su reconocimiento.

El demandante, a su vez, estima que al sumar los tres meses de alta que la ley los reputa como de servicio activo, se obtiene un total de 15 años, 2 meses y 15 días y al efecto cita varias sentencias de esta Sección.

Un nuevo estudio del asunto ha llevado d la Sala a concluir, con apoyo en los artículo 119 y 120 del mencionado decreto extraordinario que los 3 meses de

alta, en relación con la asignación de retiro, constituyen un derecho derivado del haber completado el militar el tiempo de servicio necesario para tener derecho a ella; y en tales circunstancias, no es posible que i los 3 meses no se han causado porque el militar no cumple el tiempo requerido para tener derecho a la asignación, deban computarse para que ésta se genere.

Si, pues, en el presente caso la ley exige para tener derecho a tal asignación más de 15 años de servicio y el total del actor es inferior, según se vió, forzoso es concluír que los actos acusados se ajusten a derecho.

Consiguientemente, la Sala negará estas pretensiones.

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 instaurada por el señor Leonel Gustavo Torres Cárdenas dentro del presente proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aprobada por la Sala el día 17 de abril de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Diego Younes Moreno, Luis Arturo Lizano, Conjuez, *Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez, ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/SANCION DISCIPLINARIA/DELEGACION DE FUNCIONES

Al inculpado se le impuso sanción disciplinaria de la omisión de los deberes propios de su cargo y por la negligencia en su ejercicio, que indudablemente constituyen falta administrativa. La conducta omisiva del Gobernador, quien estando obligado a presidir el comité regional de emergencia, no lo hizo, y sin estar legalmente facultado para delegar esa función la asignó a otro, constituye incumplimiento de sus deberes y ello indica despreocupación y desinterés, negligencia en asumir las responsabilidades que le correspondían en su doble carácter de jefe de la administración seccional y presidente del Comité Regional de Emergencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., diez y siete (17) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 2815. Unica instancia. Autoridades Nacionales. Actor: EDUARDO ALZATE GARCIA.

En escrito presentado ante esta Corporación, EDUARDO ALZATE GARCIA, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A demandó a la NACION COLOMBIANA, para que por los trámites del proceso ordinario regulado por los artículos 406 y siguientes del mismo Código, se declare que:

"Son nulos las Resolución No. 0097 del 16 de octubre de 1986 emanada del Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa, 'por medio de la cual se falla una averiguación disciplinaria' y el acto administrativo o providencia sin número del 26 de marzo de 1987, en cuya virtud el Procurador General de la Nación CONFIRMO la antedicha Resolución".

Expreso que:

"La declaración de nulidad pedida constituye el restablecimiento del derecho".

Los hechos y omisiones en que se fundamenta la pretensión, las disposiciones legales violadas y el concepto de la transgresión aparecen relacionados a folios 44 a 55, del expediente, y a ellos se referirá la Sala más adelante.

LOS ACTOS ACUSADOS

Mediante Resolución No. 0097 del 16 de octubre de 1986, el Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa decidió:

"NO ACEPTAR las explicaciones presentadas dentro de esta actuación disciplinaria, por el doctor ERNESTO ALZATE GARCIA. En consecuencia, declarar que el doctor ERNESTO ALZATE GARCIA, identificado con C.C. NO. 4.449.481 expedida en Ibagué, Gobernador del Departamento del Tolima y Presidente del Comite Regional de Emergencia, para la época de los hechos investigados, ES RESPONSABLE DISCIPLINARIAMENTE de los cargos formulados en este asunto, conforme a los expuesto en la parte motiva de esta providencia, y por tanto, le impone sanción disciplinaria consistente en SOLICITUD DE DESTITUCION ANTE EL NOMINADOR'. (fl. 13).

Por su parte, por la providencia del 26 de marzo de 1987 el Procurador General de la Nación, resolvió:

"CONFIRMAR la decisión de la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, por medio de la cual se sancionó con solicitud de destitución en su calidad de Gobernador del Departamento del Tolima, al doctor EDUARDO ALZATE GARCIA identificado con C.C. No. 4.449.481 de Ibagué. (fl. 42).

LA OPOSICION

En el proceso se constituyó como parte impugnadora la Procuraduría General de la Nación, quien por conducto de apoderado judicial se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y propuso la excepción de ineptitud de la demanda por no haberse indicado en ella en qué forma se pretendía el restablecimiento del derecho. (fls. 65-68).

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Quinta de la Corporación a pesar de considerar probado que

el Gobernador no asistió sino a muy pocas sesiones del Comité de Emergencia y que su ausencia denota desinterés del funcionario que no se justifica desde ningún punto de vista, conceptúa que se debe acceder a las súplicas de la demanda por las siguientes razones:

"En cuanto a la violación del artículo 328 del Código de Régimen Político y Municipal, esta no se configuró porque precisamente la norma trata de que el funcionario es directa y personalmente responsable de los actos punibles que ejecute. Algo que se puede apreciar del acervo probatorio traído a los auto es que el Ex-Gobernador no realizó ninguna conducta punible, por el contrario, no tomó las riendas de la situación, tuvo una conducta pasiva que no alcanzó a configurar comportamiento sancionable como delito, porque al prevaricato por omisión (al no dar la orden de evacuación), solamente se erigió como tal en el artículo 5o. del Decreto 3450 de 1985 en concordancia con el Decreto 3951 del 29 de diciembre del mismo año y como falta disciplinaria. Porque además, las conductas omisivas que se endilgan, cabrían no solamente para el Gobernador como Presidente del Comité, sino a todos los miembros del mismo.

En estas condiciones, no se encuentra violada la norma aducida como transgredida".

"En relación con los artículos 3o. literal g) del Decreto Departamental 0538 del 7 de mayo de 1984 y 3o. literal h) y artículo 2o. literal a) del mismo, señalan que una de las funciones del Comité de Emergencia presidido por el Gobernador del Departamento, es la de coordinar la aplicación de los diferentes planes locales de emergencia que corresponden a su jurisdicción, tales como mantener contacto especial con la Defensa Civil, etcétera. Las dos primeras normas mencionadas, se refieren al Comité como cuerpo colegiado, con ciertas funciones que debe cumplir como tal, luego mal podía el Gobernador, así fuera la máxima autoridad administrativa del Departamento, tomar medidas independientes, ajenas a éste, para ordenar o hacer efectiva la evacuación en forma perentoria de las personal que vivían en las Zonas aledañas al Volcán, por cuanto esta función era exclusiva del Comite tantas veces citado."

"En relación con el artículo 2o., si bien es cierto que el Gobernador debía presidir dicho Comité, también lo es que podría delegar esta función a términos del artículo 41 del Decreto Extraordinario 032 de 1981 de la Gobernación del Departamento".

". . . . . En consecuencia, al sancionar al actor con base en los dos puntos acusatorios señalados en el pliego de cargos y en los actos acusados, se violó el Decreto 3489 de 1982 en los arts. 5 y 12, en concordancia con el Decreto 538 de 1984 de la Gobernación del Tolima, artículos 1 y 2 que señalan que

el Comite Nacional de Emergencia, y los Comités Regionales Departamentales, Intendenciales y Comisariales, son lo que tienen jurisdicción en la localidad correspondiente, para tomar medidas tendientes a suprimir o atenuar los efectos de los desastres..." (fls. 238-239).

CONSIDERACIONES:

Ante todo la Sala evidencia que el demandante claramente expresó en su libelo que la declaración de nulidad solicitada constituiría el restablecimiento de su derecho, por lo cual no procede declarar la excepción de ineptitud de la demanda propuesta por la parte opositora. (fl. 67 cuaderno 1).

Pasando al fondo de la controversia se observa:

El actor se desempeñaba como Gobernador del Departamento del Tolima al ocurrir la catástrofe que arrasó con el municipio de Armero comprensión territorial de ese Departamento, por el deshielo del Volcán Nevado del Ruíz el 13 de noviembre de 1985.

Para evaluar su conducta oficial durante los sucesos, la Procuraduría General de la Nación adelantó investigación disciplinaria, le formuló pliego de cargos y sancionó al Dr. Eduardo Alazate García. Los cargos fueron formulados así:

1.) Manifiesta negligencia consistente en no haber adoptado antes del 13 de noviembre de 1985 mecanismos eficaces preventivos de emergencia, de carácter local, en el norte del Tolima, tendientes a garantizar al máximo la seguridad de los habitantes de aquél lugar, especialmente de Armero, y a controlar los riesgos potenciales presentados por la reactivación del volcán Nevado del Ruíz, no obstante que los informes técnicos de Ingeominas, señalan altas probabilidades de ocurrencia de la tragedia y de los cuales Usted evidentemente tuvo conocimiento".

"2.) Haber delegado en forma verbal en el Secretario de Gobierno Departamental, su representación en las reuniones del Comité Regional de Emergencia del Tolima, que Usted preside, sin que la norma de creación del mismo, lo autorizara específicamente para efectuar dicha delegación, y en las cuales era imprescindible su presencia, dada la gravedad de las manifestaciones que presentaba el fenómeno volcánico, ya que el no haber asistido a la que se llevó a cabo el día 13 de noviembre del año anterior, le impidió conocer oportunamente y adoptar de inmediato las medidas, acorde con los sucesos que comenzaron a desarrollarse en la ciudad de Armero, hacia las tres (3) de la tarde de la fecha indicada y que culminaron con los graves hechos ya conocidos, que ocasionaron la pérdida irreparable de más de veinticinco mil vidas humanas". (fls. 318-319 cuaderno 2).

Contra la actuación administrativa el actor presenta los siguientes reparos:

1.) Afirma el accionante que los actos demandados, son violatorios del artículo 4o. de la Ordenanza 023 de 1980 de la Asamblea del Tolima; artículo 41 del Decreto extraordinario 032 de 1981, en relación con el artículo 2o. del Decreto 0538 del 7 de mayo de 1984 ambos de la Gobernación del Tolima, (fl. 48 cuaderno 1), porque de acuerdo con el artículo 41 del Decreto 032/81 en consonancia con el 4o. de la Ordenanza 023 de 1980, el gobernador puede delegar "en los Secretarios y en los Alcaldes el ejercicio de las funciones que le competen y que son delegables conforme a la ley" lo que significa que puede delegar todas las funciones que le corresponden, a excepción solamente de las que la ley le prohíbe delegar y como el artículo 2o. del Decreto 0438 de 1984 que determinó que el Gobernador presidiría el Comité Regional de Emergencia, no prohibió la delegación, el Doctor Alzate bien podía delegar esta función como lo hizo en el Secretario de Gobierno.

La interpretación del accionante es equivocada. De los preceptos contenidos en los artículos 63 y 20 de la Constitución Nacional surge el principio contrario al expuesto en el libelo. Las funciones públicas se ejercen dentro del estricto marco legal y su omisión o extralimitación genera responsabilidad; no puede por tanto un funcionario desprenderse de las funciones que tiene asignadas sino en los casos en los que la ley expresamente lo autoriza; hacerlo sin tal autorización implica no solamente extralimitación de las funciones sino omisión de los deberes que le son propios.

Nada diferente dispuso la norma invocada por el demandante, pues claramente dispone que puede el Gobernador delegar las funciones que le competen en los eventos en "que son delegables conforme a la ley".

De manera que probado como está que el acusante traspasó su función de integrar y presidir el Comité Regional de Emergencia del Departamento del Tolima sin que existiera norma legal que lo autorizara, es claro que incurrió en la responsabilidad disciplinaria para la cual se le sancionó.

2.) Acusa igualmente el censor los actos de violación de los artículos 491 a 515 de la ley 9a. de 1977 en relación con el Decreto 3489 de 1982, artículos 5 a 12 y con el Decreto 538 de 1984, artículos 1 y 2, porque siendo el Gobernador uno de los diez miembros del Comité, resulta que el único responsable de los posibles errores, descuidos y fallas si las hubo, fue el Gobernador.

Si bien en la resolución del Procurador Delegado se extrema el concepto de la falta al hecho de que conociendo la gravedad de la situación, el Gobernador no tomó ninguna medida eficaz preventiva, lo cual era función no aislada de este funcionario sino colectiva del ente creado para el efecto, lo cierto es que no puede

pasarse por alto el desinterés del inculpado en todas las actividades desarrolladas por el Comité, que aparece manifiesto en el informativo. Esta actitud si constituye falta personal y fue resumida en la providencia del Delegado así:

"En estas condiciones, contrariamente a lo sostenido en sus descargos por el doctor Eduardo Alzate, es manifiesta su negligencia en asumir o dictar actos de prevención, **negligencia que se confirma una vez más** si se tiene en cuenta su ausencia en la mayoría de los eventos **realizados con el objeto de acordarlos**". (se destaca).

La Resolución del Procurador General se refirió así al cargo:

"Por eso le asiste razón al fallador de primera instancia cuando anota que 'era evidente la ausencia del señor Gobernador en la mayoría de estos eventos'; lo cual indica su despreocupación y desinterés, es decir, su negligencia en asumir las responsabilidades que le correspondían en su doble carácter de Jefe de la Administración Seccional y Presidente del Comité Regional de Emergencia.

Conducta injustificable la del señor Gobernador, si se repara en que los síntomas de una próxima y desvastadora erupción no podían ser más preocupantes, de acuerdo con las observaciones y estudios realizados por expertos nacionales y extranjeros sobre el comportamiento del macizo volcánico."

El día de la catástrofe, 13 de noviembre de 1985, aproximadamente desde las 3:00 de la tarde, empezaron a llegar informaciones a la Cruz Roja y a la Defensa Civil en Ibagué, enviadas por radioaficionados residentes en Municipios del Norte del Tolima, incluido el alcalde de Armero, señor RAMON RODRIGUEZ, también era radioaficionado, sobre la caída de arena y ceniza, acompañada de un fuerte olor a azufre, a lo cual se sumo después un torrencial aguacero. Estas noticias fueron conocidas por la totalidad de los asistentes a la reunión verificada por el Comité Regional de Emergencia e iniciada un poco antes de las 5:00 de la tarde. El único que no se enteró de ello fue el Encartado, ya que no se hizo presente a dicha reunión y sólo vino a informarse horas después, cuando ya había explotado el volcán." (fl. 40).

El accionante ni ante la Procuraduría ni dentro del proceso justifico su conducta omisiva. Se limitó a señalar las múltiples actividades que desarrolló el Comité y los demás integrantes, sobre cuya eficacia no puede pronunciarse la jurisdicción porque no es la actuación del Comité ni la del resto de integrantes la que se juzga; pero de su no actuación personal sólo invocó quebrantos de salud y exceso de trabajo que en ninguna forma disculpan su indiferencia por una situación que notoriamente era la de mayor gravedad que enfrentaba su

administración.

De manera que aún aceptando que su ausencia en el Comite no incidió en la labor de éste y que presente o no nada más hubiera podido hacerse, como lo plantea la Fiscalía, la omisión de sus deberes resulta inexcusable; no sólo se abstuvo el funcionario de prestar su colaboración en forma personal, sino que sin facultad para hacerlo encargo de esta misión tan importante al Secretario de Gobierno sin siquiera expedir un acto administrativo al respecto para responsabilizarlo.

3.) También invoca la demanda la violación de los artículos 10 y 20 del Decreto 3404 de 1983 reglamentario de la ley 25 de 1974, en relación con el artículo 187 del C. de P. C. por mala apreciación de las pruebas.

Aduce que las pruebas no fueron apreciadas en su conjunto pues pese a que las providencias se refirieron a los numerosos testimonios y documentos que dan fé de las innumerables actividades adelantadas por el Comité, se concluyó que el Gobernador fue el responsable por negligencia de los efectos catastróficos de la erupción del volcán.

Reitera la Sala que las numerosas pruebas a que se refiere el accionante demuestran las actividades que desarrollaron, entre otros, Ingeominas, La Cruz Roja, la Defensa Civil, el Comando de la Policía y en conjunto el Comité Departamental de Emergencia, pero poco dicen de la intervención personal del gobernador. Es cierto que el gobierno departamental se hizo presente pero no a través de su primera autoridad, sino del Secretario de Gobierno.

Por otra parte, el cargo hecho al Gobernador de haber delegado en forma verbal en el Secretario de Gobierno Departamental la representación en las reuniones del Comité Regional del Tolima se desprende del testimonio del delegado Dr. Flavio Rodríguez Arce (Fl. 30 cuaderno 2) y aceptado por el propio inculpado en su escrito de descargos (fls. 95-96 cuaderno 1).

El cargo por falta de apreciación de las pruebas es por tanto, infundado.

4.) Afirma finalmente el demandante que se violaron los artículos 26 y 20 de la Constitución Nacional, en relación con los artículos 18 de la Ley 25 de 1974 y 5 del Decreto 3851 de 1985, porque el doctor Alzate fue condenado por una supuesta omisión no prevista ni como falta disciplinaria ni como delito en la ley y porque el cargo de no haber ordenado por medio coercitivos la evacuación, no fue planteado en la formulación de cargos.

Ciertamente a la fecha de su ocurrencia no existía tipificado el hecho a que se refiere el demandante como delito, pues sólo lo fue a partir de la expedición del decreto 3851 de 1985 calificándolo como prevaricato por omisión. Pero no fue

por este delito por el que se le impuso sanción disciplinaria al inculpado sino por la omisión de los deberes propios de su cargo y por la negligencia en su ejercicio, que indudablemente constituyen falta administrativa.

La conducta omisiva del gobernador, quien estando obligado a presidir el Comité Regional de Emergencia, no lo hizo y sin estar legalmente facultado para delegar esta función, la asignó a otro, constituye incumplimiento de sus deberes y ello indica despreocupación y desinterés, es decir, negligencia en asumir las responsabilidades que le correspondían en su doble carácter de Jefe de la Administración Seccional y Presidente del Comité Regional de Emergencia como lo sostiene la Procuraduría General de la Nación en su providencia de Marzo 26 de 1987. (fl. 38 cuaderno 1).

En cuanto a las garantías procesales, que se estiman transgredidas, concretamente, el derecho de defensa, encuentra la Sala que al investigado se le siguió el procedimiento establecido por la ley; los cargos se formularon en forma objetiva de acuerdo con las pruebas aportadas, se señalaron las normas legales que se consideraron infringidas (art. 20 C.N. y 328 C.R.P.M.) como lo dispone el artículo 18 de la ley 25 de 1974 y solo después de haber oído sus descargos se impuso la sanción. (fls. 318 - 321 cuaderno 2).

Todo lo anterior permite a la Sala arribar a la conclusión de que la legalidad de los actos demandados no se desvirtuó en el debate procesal, y por ello habrán de negarse las pretensiones de la demanda.

En virtud 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.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del 17 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA / ESCALAFON / ESTABILIDAD

El accionante perdió su calidad de empleado de carrera cuando aceptó el empleo superior a aquel en que estaba escalafonado sin haber sido seleccionado por el sistema de mérito, y no porque el nombramiento que se le hizo halla recibido la denominación de ordinario, denominación a todas luces equivocada e intrascendente. A juicio de la Sala la enumeración que trae el articulo 25 del Decreto 2400/68 no es taxativa, pues si así fuera, habría que admitir que la administración y el empleado de carrera podría hacer caso omiso de los requisitos y procedimientos señalados por la ley para ascender dentro de la carrera, haciendo así nugatorio el principio del mérito, pilar fundamental de ella.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 1748. Dtos. Gobierno. Actor: LUIS SOTO ALDANA

LUIS SOTO ALDANA, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante el Consejo de Estado, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho para que se disponga la nulidad del Decreto 3278 del 18 de Noviembre de 1982, mediante el cual el Presidente de la República declaró insubsistente su nombramiento como jefe de División de Ingresos y Egresos Código 2040, Grado 14, de la Dirección General Financiera del Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil, e igualmente se ordene su reintegro al mismo empleo o uno de superior categoría y remuneración, y se le paguen los haberes dejados de percibir.

El fundamento fáctico de la demanda consiste en que el actor prestó servicios en dicho Departamento desde 1961 hasta el 31 de diciembre de 1982; que por haber reunido los requisitos legales fué inscrito en el escalafón de la carrera administrativa por el Departamento Administrativo del Servicio Civil y sinembargo, se expidió el acto de insubsistencia de su nombramiento sin tener en cuenta los motivos y los procedimientos establecidos en la ley para poder remover a los funcionarios inscritos a ella.

Sostiene el demandante, que como era funcionario inscrito en la carrera administrativa no podía ser declarado insubsistente su nombramiento sino por los motivos y por los procedimientos establecidos en los decretos extraordinarios 2400 de 1968 y reglamentario 1950 de 1973, en razón de que era titular de los derechos de permanecer en el servicio mientras cumpliera con lealtad, eficiencia y honestidad los deberes de su cargo, y el de ascenso por méritos de acuerdo con los reglamentos de la carrera, a términos del artículo 46.

También sostiene el actor, que no obstante no haber sido acusado de deslealtad, ineficiencia o deshonestidad en el desempeño de sus funciones, se de declaro insubsistente sus nombramiento, quebrantándose los Artículos 12 y 13 (sic) del decreto 3074 de 1968, contenidos en los procedimientos para remover a quienes se encuentran amparados por el fuero de estabilidad.

Afirma el actor, finalmente, que como era funcionario inscrito en el escalafón de la carrera administrativa el acto impugnado debió ser motivado como lo ordenan el inciso 2o. del artículo 26 del decreto 2400 de 1968 y el artículo 242 del decreto 1950 de 1973.

Defensa de la parte demandada. Alega que como el nombramiento que se le hizo al actor para desempeñar el cargo del cual fué desvinculado tuvo el carácter de ordinario, al tomar posesión de el dejó de pertenecer a la carrera administrativa, convirtiéndose en empleado de libre nombramiento y remoción.

La vista Fiscal. El Ministerio Público emitió concepto favorable a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en la sentencia proferida por la Sección Segunda el 4 de agosto de 1983, expediente 6001, actor Cecilio Cortina Jiménez, en la que se sostuvo que un empleado escalafonado en la carrera administrativa que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción, no pierde los derechos que de ella se derivan; y, la sentencia del 11 de noviembre de 1984, expediente 10480, actor: Severo Mulato, según la cual los actos de declaración de insubsistencia de nombramientos sujetos al régimen de facultad discrecional, no son susceptibles de recurso alguno, al contrario de cuando se trata de un empleado escalafonado en alguna carrera, caso en el que el acto está sujeto al régimen de las notificaciones y de los recursos propios de la vía gubernamental.

Reconstrucción del expediente. La parte interesada solicitó y obtu-

vo la reconstrucción del expediente, que fué destruido como consecuencia de los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Llegando el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Situación fáctica.

1.- Se acredito que el Departamento Administrativo del Servicio Civil, mediante la resolución 488 del 19 de junio de 1972, inscribió al demandante en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de Economista Clase VI, Grado 28 (fls. 75 y 76).

2.- Posteriormente, mediante decreto 1944 de septiembre 16 de 1974, fue incorporado al empleo de Jefe de la Sección de Proyectos Específicos VI-24, en virtud de haber sido reestructurada la planta de personal del DAAC. Por la misma razón, fue posteriormente incorporado en la Oficina de Planeación en el cargo de Profesional Especializado III-26, mediante Decreto 223 del 6 de febrero de 1978, cargo que en virtud del cambio de nomenclatura de empleos que se efectuó en tal año para la Rama Ejecutiva, paso a denominarse Profesional Especializado, Código 3010, Grado 09.

3.- Posteriormente, el 29 de agosto de 1980, al actor se le hizo un nombramiento con carácter ordinario como Jefe de División (Código 2040, Grado 14) de Ingresos y Egresos de la Dirección General Financiera, del cual tomo posesión según aparece a folios 6 cuaderno principal y 241 del cuaderno No. 2, empleo que venía desempeñando desde el mes de abril, en calidad de encargado.

4.- El accionante se encontraba en el desempeño del aludido cargo de Jefe de División Código 2040, Grado 14, cuando se expidió el acto impugnado que declaró la insubsistencia de su nombramiento.

Situación jurídica.

Teniendo en cuenta de una parte, que el demandante fue fundamenta su acción en el hecho de haber sido declarado insubsistente su nombramiento sin respetar su status de empleado de carrera administrativa y de la otra, que la demandada sostiene que había perdido tal calidad por haber tomado posesión de un empleo para el cual había sido nombrado con carácter ordinario, precisa la sala entrar a determinar cual era en realidad la situación del accionante frente a la carrera.

Sabido es, que son los tres los soportes sobre los cuales están estructurados

los sistemas de la carrera administrativa, judicial y militar que consagra nuestro ordenamiento constitucional, a saber: el ingreso y el ascenso por los méritos y la estabilidad, condicionada a la eficiencia y buena conducta del funcionario. Soportes, predicables en cualquiera de las tres aludidas carreras, así en un momento dado tenga características u orientaciones técnicas propias. Así por ejemplo, hay sistemas de carreras estructurados con cierta elasticidad, que le permite al empleado desempeñar en las más disímiles en la respectiva organización, sin que ello afecte su condición de empleado escalafonado, como acontece con la carrera militar en la que la persona indistintamente se puede desempeñar en el frente de la batalla, o en las unidades de apoyo administrativo, o en labores relacionadas con la defensa nacional diferentes a las anteriores, sin que el paso de una actividad a otra tenga incidencia alguna en sus derechos frente a la carrera. Tal es el caso también, de algunos sistemas especiales de carrera administrativa como la docente o la diplomática y consular. En todos ellos se es capitán, mayor o coronel, docente grado 7, grado 9 o grado 10, segundo secretario, primer secretario o consejero, con prescindencia de las funciones o actividades que se estén desempeñando en un momento determinado; se es capitán, docente o consejero, no importa las funciones, el lugar o dependencia donde se labore. Son estos, los llamados estatutos de la carrera, personales, que le permiten moverse al empleado a todo lo largo y ancho de la organización, llevando consigo el grado o nivel alcanzado dentro de la organización.

De otra parte, existen los estatutos de carrera referidos al cargo, que se caracterizan por ser mucho más rígidos y referidos a la organización o estructura jerárquica y funcional de la entidad donde se labora, en los que la calidad de funcionaria de carrera se predica únicamente respecto al empleo al cual ha accedido el funcionario conforme a las normas de la carrera. Tal el caso del sistema de la carrera administrativa general (regulada por el D.L. 2400 de 1968 o de la carrera judicial, por ejemplo, en los que la persona está escalafonada en un empleo determinado sin que le sea dado desempeñar funciones o destinos diferentes salvo que sea transitoriamente y previo el cumplimiento de los trámites exigidos para el efecto, so pena de perder su calidad de funcionario o empleado de carrera. En estos sistemas de carrera, se está escalafonado en el empleo de secretaria, o Profesional Universitario de tal dependencia, o en el Juez Civil Municipal o de Magistrado de Tribunal equis, sin que pueda legalmente desempeñar con carácter indefinido un empleo diferente; pues se pertenece a la carrera, mientras se está desempeñando el empleo en el cual está escalafonado y sólo puede desvincularse de él, transitoriamente, previa licencia, comisión o encargo que le haya sido conferido para desempeñar durante algún tiempo otro empleo.

Hechas las anteriores precisiones, veamos cual fue la situación del accionante Soto Aldana.

El actor fue empleado del Departamento Administrativo de la Aeronáu-

tica Civil, vale decir que el régimen de carrera a él aplicable es el general, contenido en el decreto extraordinario 2400 de 1968, con las modificaciones que le fueron introducidas por el 3074 del mismo año, reglamentados por el decreto 1950 de 1973. Estos estatutos contienen un régimen de carrera administrativa referido al empleo por lo cual es indispensable recordar cual fue la trayectoria del actor desde su ingreso hasta su separación del servicio, para determinar sus derechos frente a dicha carrera. Recordemos, que en 1972 fue escalafonado en la carrera en el empleo de Economista Clase VI, Grado 28; que en virtud de la reorganización administrativa de la Entidad por decisión de la administración, fue incorporado en 1974 en el empleo de Jefe de Sección Clase VI, Grado 24, y posteriormente, en 1978, por razones similares fue incorporado a la nueva planta de personal como Profesional Especializado Clase III, Grado 26, cargo que en virtud de la restructuración que en el mismo año se produjo en la nomenclatura de empleos de la Rama Ejecutiva, pasó a denominarse Profesional Especializado Código 3010, Grado 09.

Hasta este momento tenemos que, con posterioridad a su escalafonamiento dentro de la carrera como economista VI-28, se produjeron respecto al actor unos movimientos o novedades, ajenos a su voluntad, originados exclusivamente en decisiones válidas y unilaterales de la administración que produjeron la supresión del empleo que en cada oportunidad desempeñaba el demandante; ante tal suspensión, la autoridad nominada en acatamiento de las normas de carrera y como un imperativo legal, procedió a incorporarlo en uno de los empleos de la nueva planta de personal equivalente al suprimirlo, tal como lo ordena el artículo 48 del D.L. 2400 de 1968. Siendo ello así, que tales movimientos operaron por decisión unilateral de la administración y en cumplimiento de una obligación legal que imponía el deber de tutelar la estabilidad del funcionario de carrera, fuerza concluir que el señor Soto estuvo amparado por el estatuto de carrera, hasta cuando se desvinculó del empleo de Profesional Especializado Código 3010 Grado 09.

Situación diferente se presenta, cuando en agosto 29 de 1980, toma posesión del empleo de Jefe de División Código 2040 Grado 14, en virtud del nombramiento que le hizo la administración. Sobre este tópico debe anotarse en primer lugar, que fué una designación que la autoridad nominadora hizo con carácter discrecional, esto es, que no fué producto de un imperativo legal, como sí lo fueron las incorporaciones mencionadas ut-supra.

Igualmente, no debe perderse de vista que tal nombramiento podía ser o no aceptado por el actor, sin que de la negativa pudiera derivarse una desvinculación laboral del demandante, porque en tal evento hubiera continuado vinculado al empleo de Profesional Especializado 3010-09, sin mengua alguna de sus derechos de carrera. Nótese que este evento es totalmente diferente del que se presenta respecto a las incorporaciones aludidas; mientras en éstas, si el actor no hubiera aceptado las obligaciones, hubiera quedado fuera del servicio,

en el caso de la no aceptación del nombramiento como Jefe de División, habría continuado laborando como Profesional Especializado.

Si a lo anterior se suma el hecho de que el último nombramiento implicaba un ascenso, puesto que innegablemente el cargo de Jefe de División es en todo sentido superior al de Profesional Especializado y, que tal "ascenso" o "promoción" se hizo con prescindencia de los requisitos señalados para el efecto por el estatuto de carrera, que exigen la aplicación del sistema del mérito para ascender, debe concluírse que al tomar posesión del último empleo el actor perdió su status de carrera y con ello todos los beneficios que de ella se derivan.

De otra parte, la Sala considera que no tiene razón la demandada, cuando afirma que el empleado perdió su vinculación a la carrera por haber aceptado un nombramiento ordinario; pues la naturaleza y efectos del nombramiento están señalados en la ley para cada caso, frente a lo cual no puede tener incidencia alguna la denominación equivocada que le haya dado la autoridad nominadora, como aconteció en el presente evento. Es así, que frente a las precisiones de la ley (art. 5o. del D.L. 2400 de 1968) según las cuales "las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios", que la provisión de empleos de carrera con base en el sistema del mérito debe hacerse mediante nombramiento en período de prueba, y que cuando se provee el empleo, sin atender a la selección por mérito, el nombramiento que se efectúe tiene el carácter de provisional, no puede pensarse válidamente que tales disposiciones pierden eficacia frente a la errada denominación que se le haya dado el nombramiento, como lo fué en el caso de autos; pues es incuestionable que para la época, el aludido empleo de Jefe de División era de carrera administrativa, según las voces del artículo 3o. del decreto 2400 de 1968, y que en consecuencia, era imposible jurídicamente proveerlo mediante nombramiento ordinario; y como su provisión con el actor no estuvo precedida del correspondiente concurso, debe concluírse, que el nombramiento que se le hizo y que aceptó, obviamente con todas sus consecuencias, tuvo el carácter de provisional.

Así las cosas, en sentir de la Sala el accionante perdió su calidad de empleado de carrera cuando aceptó el empleo superior (Jefe de División) a aquel en que estaba escalafonado (Profesional Especializado) sin haber sido seleccionado por el sistema del mérito, y no porque el nombramiento que se le hizo haya recibido la denominación de ordinario, denominación a todas luces equivocada e intrascendente como acabamos de ver.

Para la Sala no pasa desapercibido el artículo 47 del tantas veces citado decreto 2400, según el cual "el empleado inscrito en el escalafón que cese en el ejercicio de sus funciones por cualquiera de las causas establecidas en el Artículo 25 perderá su condición de funcionario de carrera" y, que dentro de dichas causas no se encuentra expresamente la de aceptar y tomar posesión de un empleo

superior sin haber superado satisfactoriamente el concurso respectivo. A su juicio, tal enumeración no es taxativa; pues si así fuera ella considerada, habría que admitir que la administración y el empleado de carrera podrían hacer caso omiso de los requisitos y procedimientos señalados por la ley para ascender dentro de la carrera, haciendo así nugatorio el principio del mérito, pilar fundamental de ella. Y es que siendo la regulación de la carrera un estatuto legal armónico, que presupone que sus normas son atendidas debidamente y que la provisión de los empleos se hace en un todo de acuerdo con sus preceptos, era innecesario, dentro de la concepción inicial del estatuto, que la normatividad previera expresamente como causal de la pérdida de los derechos, los movimientos de personal efectuados al margen del ordenamiento jurídico. Nótese que el artículo 25, establece las causales de retiro del servicio y que frente a ellas, es apenas obvio que se produzca la pérdida de los derechos de carrera en la forma que lo preceptúa el artículo 47; y es obvio igualmente, que el estatuto en su concepción inicial presuponga, románticamente si se quiere, que el ingreso, permanencia y promoción de los empleados de carrera siempre se haga en un todo conforme a derecho. De ahí, que no haya previsto expresamente que su incumplimiento se traduzca en la pérdida de la carrera, pues además, no debe olvidarse que lo que ha nacido al margen de la Ley, no puede generar derechos. Sinembargo, la experiencia demostró que tal suposición era ajena a la realidad; pues por múltiples factores que han entrabado el pleno funcionamiento de la carrera administrativa en el país y, que no es del caso analizar en esta oportunidad, se concluyó que era de inusual frecuencia acudir al mecanismo de las "promociones", sin concurso, para favorecer al recomendado o al amigo, llevándose por delante nó solo la filosofía sino el ordenamiento legal que tutela el sistema del mérito dentro de la administración pública.

Fué por esta realidad, que el legislador se vió precisado a consagrar ya en forma expresa en la ley 61 de 1987, norma que no es aplicable al caso subjúdice, que "Cuando un funcionario de Carrera Administrativa toma posesión de un empleo distinto del que es titular sin haber cumplido el proceso de selección o de un cargo de libre nombramiento y remoción para cual no fué comisionado, perderá sus derechos de carrera".

Por las razones anotadas la Sala encuentra que la declaración de insubsistencia del nombramiento el cargo de Jefe de División de que fué objeto el actor, fue ajustada a derecho, pues no estaba amparado por fuero alguno de estabilidad.

Consiguientemente, la sala negará las peticiones de la demanda.

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

FALLA:

NIEGANSE las peticiones de la demanda instaurada dentro de este

proceso por el señor Luis Soto Aldana.

Reconócese como apoderado sustituto de la parte actora, el abogado Roberto Rodríguez D'Aleman, en los términos del memorial que obra a folio 97.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aprobado en la Sala del día 30 de enero de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, salva el voto, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* salva el voto, *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA.- El salvamento de voto de la Consejera Doctora Clara Forero de Castro, es el mismo correspondiente al proceso No. 269 sentencia de Mayo 7/91. Actora: Aída Silva de Pérez. Consejero Ponente: Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker cuyo texto se publica en este tomo de Anales. A este salvamento igualmente adhiere la consejera : Dolly Pedraza de Arenas.

REVISION DE RECONOCIMIENTOS / PENSION DE INVALIDEZ/ ASIGNACION DE RETIRO - Incompatibilidad / **PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA**

La causal sexta de revisión se refería solamente al quantum del reconocimiento, no al derecho pretendido sobre el cual ya la sentencia hubiera proferido decisión y menos a la discusión repetida de los fundamentos de la demanda; por ello, por esta causal no procede la revisión de la sentencia. Para la fecha en que el actor podría haber adquirido el derecho a la pensión de invalidez no sólo no existía disposición legal que permitiera recibir al mismo tiempo asignación de retiro y pensión de invalidez, sino que había norma expresa en contrario que estableció la incompatibilidad de la asignación de retiro y las pensiones militares y policiales entre sí y con las pensiones de invalidez o retiro por vejez.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., Mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas*

Referencia: Expediente No.1211. PENSIONES Y RECOMPENSAS. Revisión sentencia-Reconstrucción Actor: MIGUEL ANTONIO RODRIGUEZ SUAREZ.

El actor, por medio de apoderado, solicitó a la Corporación revisar la sentencia proferida por esta Sección el 10 de mayo de 1983 y, en su lugar -con base en los arts.164 y 165, causal 6a., del C.C.A. (ley 167 de 1941)- disponer que el Ministerio de Defensa Nacional le pague una pensión de invalidez, en la totalidad de los haberes que corresponden á cargo de Especialista 4o. de la Armada, a partir de su desvinculación de ese empleo civil en dicho ramo, con el derecho a que esta pensión sea en todo tiempo compatible con la asignación de

retiro que recibe la Caja de Retiro de las FF.MM..

Habiéndose reconstruído el expediente y agotado el trámite de rigor, de acuerdo con el decreto 3825 de 1985, y no observándose causal alguna que invalide lo actuado se procede a decidir lo pertinente.

LA SENTENCIA QUE SE REVISA

Esta Sala denegó la pretensión de la demanda, de anular la resolución No. 08938 proferida el 27 de diciembre de 1977 por el Ministro de Defensa Nacional y el silencio administrativo de las peticiones, presentadas ante la Caja de Retiro de las FF.MM., en septiembre 14 de 1977 y mayo 8 de 1978, que negaron primero en forma expresa y luego en forma ficta, la pensión de la invalidez que pretendía el accionante, equivalente a la totalidad de los haberes devengados por un empleado civil del Ministerio aludido, en su condición de Especialista 4o.

Entre las consideraciones que consignó el fallo impugnado se destacan las siguientes:

"Sea lo primero hace notar, en cuanto a... que en el acto acusado... se lee que uno de los motivos que se tuvieron en cuenta para no concederle al demandante la pensión de invalidez, se debió a que la asignación de retiro de la cual viene gozando, es más favorable y además de conformidad con lo previsto en los decretos 1305 de 1975 y 612 de 1977, en sus artículos 20 y 143, respectivamente, establecen la incompatibilidad entre la Asignación de Retiro y la Pensión de Invalidez.

Ciertamente en el decreto 2339... (de 1971) se dispone que 'Las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales son incompatibles entre si y con las pensiones de invalidez, o retiro por vejez, pero el interesado puede optar por la más favorable'. De manera que aún aceptando que al actor no se le puede aplicar el decreto 612 de 1977 a virtud de que este se limita a reorganizar la Carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, aunque consagra un precepto igual al anterior, el resultado es el mismo, porque ya se vió en el Decreto 2339 de 1971 comprende tanto al personal militar, como el civil del Ministerio de Defensa. Finalmente no sobra agregar que si bien es verdad que el Decreto 1713 de 1960 dispone que 'nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público o de Empresas o Instituciones en que tenga parte principal el Estado', salvo las excepciones que se determinan en el mismo estatuto, entre la cuales están las que con carácter de pensión o sueldo de retiro disfrutan los miembros de las Fuerzas Militares, también lo que es que dicha norma quedó reformada por las disposiciones legales que ya quedaron transcritas atrás y que fueron expedidas con posterioridad a ésta. En consecuencia, no es aplicable al caso como lo pretende la demanda. Se concluye, en consecuencia, que en atención a que el demandante no optó como ya se

explicó anteriormente, por ninguna de las dos prestaciones y que, al contrario, aspira a seguir devengando no sólo la asignación de retiro sino la pensión de invalidez, a la cual tendría derecho de conformidad con lo previsto en el Decreto 2337 de 1971, citado en la demanda como infringido por el acto acusado, lo cierto es que en el caso subjudice no es posible conceder la segunda, teniendo en cuenta que según se lee en la Resolución acusada... la asignación de retiro es más favorable circunstancia ésta que no fue desvirtuada en el proceso."

LA REVISION

El apoderado del actor refiere que la sentencia aludida debe revisarse porque:

a) Dejó de aplicar el literal e) del art. 1o. del Decreto 1713 de 1960, según el cual la asignación de retiro es compatible con sueldos provenientes de Tesoro Público, sin excepción alguna

b) Aplicó mal los Decretos 1305 de 1975 y 612 de 1977, porque la pensión de invalidez se había adquirido con anterioridad al Decreto 1305 de 1975 y porque el art. 20 de este Decreto sólo establece la incompatibilidad entre la asignación de retiro y la pensión de invalidez de un militar, mientras que el actor adquirió su invalidez en servicios civiles;

c) Aplicó erróneamente el art. 90 del Decreto 2339 de 1971 que sólo crea la incompatibilidad entre las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, sin referirse a la asignación de retiro, que no puede incluirse en la incompatibilidad porque dicho estatuto alude únicamente a prestaciones del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional;

d) La pensión de invalidez en empleo civil por un militar que goza de asignación de retiro es compatible con ésta, de acuerdo con sentencias del segundo semestre de 1972, según las cuales "la pensión de invalidez civil conforme a la pensión de invalidez por incapacidad militar laboral, sigue la misma pauta de oscilación y al sueldo que en todo tiempo corresponda a la categoría de inválido."

CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal 5a. de la Corporación considera -primeramente- que la revisión demandada "no tendría vocación de prosperidad", porque la sentencia impugnada denegó cualquier reconocimiento, ya que para que procede la revisión es indispensable que la sentencia imponga una suma periódica de dinero al tesoro público a favor de una persona

Agrega que si en gracia de discusión procediera, la revisión no prospera-

ría, pues de conformidad con los arts. 90 del Decreto 2339 de 1971 y 128 del Decreto 2337 de 1971, la asignación de retiro es incompatible con la invalidez y retiro por vejez y que, de acuerdo con el artículo 20 -incisos 2o. y 3o. del Decreto 1305 de 1975, las asignaciones de retiro y pensiones militares y policiales son incompatibles entre sí y con las pensiones de invalidez y retiro por vejez. Luego, la asignación de retiro, en este caso, es incompatible con la pensión de invalidez como lo declaró la sentencia cuya revisión se impetra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.) Aún cuando en pronunciamientos anteriores la jurisdicción sostuvo la procedencia de la acción de revisión con fundamento en la causal 6o. del artículo 165 de la ley 167 de 1941, respecto de sentencias que hubieren negado un reconocimiento pensional, debe la Sala precisar en esta oportunidad, que tan interpretación resulta contraria a la naturaleza misma de esta acción excepcional, mediante la cual se rompe con el principio de la cosa juzgada.

En efecto, la acción de revisión no fue instituída como enjuiciamiento contra la sentencia en el que enmendarse un error indicando del juez, y tampoco como una nueva instancia en la que pudieran reestudiarse los fundamentos de la demanda, sino como una acción reparadora de la inequidad que de una decisión judicial resultare por hechos que no hubieren sido considerados en el proceso o razones legales diferentes a las estudiadas y decididas mediante sentencia definitiva.

Así, la falsedad o adulteración de las pruebas; el descubrimiento posterior de que la persona no reunía la aptitud legal necesaria, o que hubiera perdido dicha aptitud; el recobrar piezas decisivas después del pronunciamientos; la aparición de una persona con mejor derecho; o la ocurrencia de alguna causal para la pérdida del reconocimiento; eran motivo para que reexaminara la situación.

Concretamente la causal 6o. contemplaba dos eventos: cuando por disposición posterior la cuantía de la pensión hubiese sido aumentada o disminuída; y cuando la disposición que sirvió de fundamento al reconocimiento fue mal aplicada o interpretada. Pero obvio es que esta causal se refería solamente al quántum del reconocimiento, no al derecho pretendido sobre el cual ya la sentencia hubiere proferido definición y menos a la discusión repetida de los fundamentos de la demanda; por ello, como lo observó la Fiscalía, por esta causal no procede la revisión de la sentencia.

2.) Pero si ello no fuera así, tampoco hay lugar a la revisión impetrada por las siguientes razones:

Decidió la sentencia que la pensión de invalidez reclamada no era viable porque el accionante no gozaba de asignación de retiro que le era más favorable

y de conformidad con los decretos 2339 de 1971, 1305 de 1975 y 612 de 1977 la asignación de retiro no era compatible con la pensión de invalidez; apreciación correcta, si tenemos en cuenta que el artículo 64 de la Constitución Política prescribe que "nadie podrá recibir más de una asignación del tesoro público, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes y, para la fecha en que el demandante podría haber adquirido el derecho a la pensión de invalidez - septiembre de 1975- no sólo no existía disposición legal que permitiera recibir al mismo tiempo asignación de retiro y pensión de invalidez, sino que había norma expresa en contrario, concretamente, el artículo 20 del Decreto 1305 de 1975 (julio 2) que estableció la incompatibilidad de la asignación de retiro y las pensiones militares y policiales entre sí y con las pensiones de invalidez y retiro por vejez.

En este sentido se pronunció la Sala Plena de la Corporación en sentencia de abril 22 de 1983, Consejera Ponente, Dra. Aydeé Anzola Linares, Expediente 10002, en el cual se dijo

> "Los artículo 20 del decreto 1305 de 1975 y 143 del Decreto 612 de 1977 hacen incompatibles la asignación de retiro y la pensión de invalidez, pero permiten al interesado optar por la más favorables si reúne los requisitos legales, de lo cual resulta necesariamente:
>
> .....
>
> . . . 3o. Si. . . el interesado acredita derecho a pensión de invalidez, no obstante que ya esté percibiendo el sueldo de retiro lo adecuado es que solicite directamente ante la administración, la sustitución de éste por aquélla y que dicha circunstancia se comunique a la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares para los efectos legales pertinentes. Lo mismo puede solicitar ante la Justicia Contencioso Administrativa, en el caso de que la Administración le niegue estas peticiones...".

3.) En tales condiciones, la mala aplicación de normas aducida por el actor se halla desvirtuada; por ello habrá de denegarse la revisión de la sentencia impugnada.

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

FALLA:

1.) Reconócese como apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa Nacional-, a la Doctora MARTHA CECILIA TREJOS SALAZAR, de acuerdo al memorial de sustitución presentado.

2.) Deniégase la revisión de la sentencia proferida por esta sección el 10 de mayo de 1983.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez, *Guillermo López Guerra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO DE TRAMITE / PROCESO DISCIPLINARIO

La resolución acusada es un acto de mero trámite dictado dentro de un procedimiento administrativo, no para poner fin a la actuación adelantada, sino por el contrario, para hacer posible el acto principal ulterior con el que debía culminar el disciplinario seguido contra la actora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 191. AUTORIDADES NACIONALES Actor: CONSUELO DE LA TORRE DE HERRERA

Se resuelve la demanda de nulidad formulada por la señora CONSUELO DE LA TORRE DE HERRERA contra la Resolución No. 081 de agosto 31 de 1985, por medio de la cual el Procurador General de la Nación revocó directamente la resolución No. 273 del 18 de abril de 1985 de la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa.

La demanda fue incoada invocando el ejercicio de la acción de nulidad, pero al admitirla la sala unitaria le dió curso de acción de restablecimiento del derecho, dado que en el caso de que el acto acusado resultare anulado, implícitamente la actora quedaría restablecida en él. En el mismo auto se ordenó la suspensión provisional de la resolución acusada, que había sido imprentada en la demanda.

EL ACTO ACUSADO

La resolución 081 de agosto 31 de 1985 fue proferida por el Procurador

General de la Nación dentro del proceso disciplinario adelantado contra la accionante y mediante ella revocó directamente la resolución 273 del 18 de abril de 1985, expedida por la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa al resolver el recurso de apelación interpuesto por la investigada contra la resolución de la Procuraduría Tercera General Regional de Bogotá que le impulso sanción de destitución.

La funcionaria de la segunda instancia había revocado la resolución sancionatoria y decretado la invalidez parcial del proceso; el procurador general revocó su decisión y ordenó resolver de fondo el recurso.

EL CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Quinta de la Corporación al emitir su concepto opinó que no puede haber pronunciamiento de fondo, toda vez que el acto cuya nulidad se pretende es un acto de mero trámite, y:

"Si bien es cierto está permitido, excepcionalmente, por el art. 84 del C.C.A., acusar ante la jurisdicción contencioso administrativa actos preparatorios, de trámite o de ejecución, y específicamente los preparatorios o de trámite cuando se dirijan a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal que no sería susceptible a ningún recurso, como lo dispone el art. 153 del C.C.A., norma esta última que prevé la suspensión provisional en prevención y que fue invocada en el libelo, es bien conocida la jurisprudencia del H. Consejo de Estado según la cual, no es la particularidad ni la generalidad de un acto administrativo lo que condiciona el ejercicio de las acciones, sino la índole de los motivos que tenga el actor para demandar, la finalidad que persiga. Además, si con la sola nulidad del acto, automáticamente se obtiene el restablecimiento de un derecho particular, la acción procedente será la de restablecimiento del derecho, ejercitada dentro del término que la ley prevé.

De lo contrario sería fácil burlar los términos de caducidad establecidos, las características y finalidades de las diferentes acciones que el C.C.A. contempla, y de las cuales no puede hacerse uso en forma caprichosa o arbitraria.

En opinión de este despacho, el acto enjuiciado modifica la situación particular de unas personas y con su nulidad se pretende obviamente un beneficio para la demandante, consiste en retrotraer el proceso disciplinario adelantado en su contra, para repetir determinadas actuaciones.

La demanda ha debido ser presentada dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la Resolución y ese término expiraba el 1o. de febrero de 1986.

En efecto, al fl. 278 del cuaderno de antecedentes administrativos obra constancia de la notificación personal de la Resolución No. 081 de 31 de agosto de 1985 al señor apoderado de la señora Consuelo de la Torre de Herrera, el 1o. de octubre de 1986 (sic). Como la demanda fue extemporánea -6 de febrero de 1986- se configuró la caducidad de la acción.

Por otra parte la única finalidad que tuvo en cuenta para permitir en forma excepcional la demanda y "suspensión provisional en prevención" de un acto preparatorio o de trámite fue, como la figura lo indica, la de evitar o impedir la expedición del acto definitivo en forma viciada.

Pero si, en el caso presente, el acto definitivo, el que puso fin a la actuación administrativa, es decir, al proceso disciplinario, fue expedido antes de que se produjera la suspensión provisional en prevención, cree la Fiscalía que carece de sentido un pronunciamiento de fondo sobre el acto de trámite, cuando están vigentes otros actos que si deciden sobre la situación de la accionante. Con tal pronunciamiento se estaría contrariando el principio siempre acatado en esta jurisdicción, de que para que el restablecimiento del derecho sea posible, es preciso la acusación y nulidad de todos los actos expedidos por vía gubernativa.

Será entonces en el proceso en que se controviertan los actos que se decidieron en el proceso disciplinario y que se produjo para acatar la solicitud de la Procuraduría General de la Nación, en el que se decía de fondo si tal actuación administrativa estuvo o no ajustada a derecho."

Rituado a cabalidad el proceso y no observándose causal de nulidad que deba declararse, la Sala entra a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Ciertamente como lo hace notar la señora Fiscal, la resolución acusada es un acto de mero trámite dictado dentro de un procedimiento administrativo, no para poner fin a la actuación adelantada, sino por el contrario, para hacer posible el efecto principal ulterior con el que debía culminar el disciplinario seguido contra la actora. Por ello, al tenor de lo dispuesto por el art. 84 del Código Contencioso Administrativo (D.01/84) el acto no era objeto de las acciones contencioso administrativas.

De otra parte, también tiene razón la señora Fiscal en su reflexión sobre la carencia de sentido de un pronunciamiento de fondo sobre un acto de trámite cuando ya se ha expedido el acto definitivo que se quería impedir y que no se logró detener, como quiera que el decreto de suspensión en prevención fue proferido en posterioridad a su expedición.

Finalmente, la constancia de la notificación de la resolución impugnada,

personalmente al apoderado de la accionante el 1o. de octubre de 1985, prueba que aún si la acción hubiera sido procedente, a la fecha de presentación de la demanda, el 6 de febrero de 1986, ya que se encontraba caducada, toda vez como acertadamente lo preciso la Sala Unitaria en el acto admisorio de la demanda, la acción ejercitada no era la de nulidad invocada sino la de restablecimiento del derecho.

Por todas las anteriores consideraciones, 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:

Declárese inhibido para decidir en el fondo las pretensiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del ocho (8) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, salvó voto, *Diego Younes Moreno, Julio Cesar Obando Correa,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO DE TRAMITE / CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO / REVOCACION DIRECTA DEL ACTO (Salvamento de Voto).

El ser acto de trámite no era óbice para que no se pudiera entablar contra la resolución acusada una acción de nulidad, porque las disposiciones vigentes para esos días lo hacían posible. Se trataba de una acción de nulidad simple dentro del contexto de una contención objetiva impropia. Si el funcionario que conoce en segunda instancia el asunto (en este caso la Procuraduría Delegada) observa que hay irregularidades en el procedimiento de acuerdo con el artículo 25 del Decreto 3404 de 1.983 debe ("procederá" dice el art.) revocar la resoslución apelada o consultada, sin que indique esa norma que para ello deba hacer petición de alguno de los inculpados, no que debe ser éste quien solicite la invalidez. Puede proceder, por ende, de oficio. El acto acusado violó el mencionado artículo 25 del Decreto 3404 de 1983, y ello basta, sin necesidad de entrar al estudio de los demás cargos para que accediese la Sala a la petición de nulidad del proveído de trámite. Máxime si se tiene en cuenta que el acto de segunda instancia, el revocado, había creado una situación jurídica concreta en favor de, por lo menos, uno de los encartados.

SALVEDAD DE VOTO del Consejero Alvaro Lecompte Luna en la sentencia fechada a veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991), estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día ocho (8) de los mismos mes y año. Expediente No. 191 -Autoridades Nacionales - Actora: Consuelo de la Torre Herrera.-

Consejero Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Fue el suscrito el ponente originario del proyecto de fallo que, finalmente,

no contó con la acogida por parte de la Sala, motivo por el cual, de acuerdo con el criterio de la mayoría, fue aprobada la sentencia inhibitoria de la que ahora de discrepa, de la manera más respetuosa, por las siguientes razones:

1a.- DEL ACTO DEMANDADO

Es incontrovertible que se demandó un acto trámite, no un acto definitivo, motivo que sirve de base a las consideraciones de la providencia para decidir en el sentido inhibitorio dicho, por cuanto esta jurisdicción -afirma- sólo conoce, de acciones de nulidad, de demandas contra pronunciamientos de la administración que pongan fin a la actividad gubernativa o la dejan resulta, concluyéndola, T ello es exacto.

Sin embargo, cuando se hallaba plenamente vigente el art. 84 del C. C. A., antes de su subrogación por mandato del art. 14 del Decreto-Ley 2304 de 1.989, era posible demandar **también** actos preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos contemplados en los arts. 50, 88 y 153 de la misma obra. Y esa era la situación jurídica existente para la época en que fue presentado el libelo del que nació el caso **sub-lite** y a su luz era como debía resolverse la controversia planteada.

Para esa época, eran tres los eventos en los cuales podrían ser demandados en acciones de nulidad (de nulidad simple o de restablecimiento del derecho), a saber: 1) Si lo demandado era un acto de trámite que pusiera fin a una actuación si con él se hacía imposible continuarla como todavía sigue permitiéndolo el artículo 50 ibídem en su último inciso (".... los actos de trámite podrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla,"); 2) Si eran demandados actos preparatorios realizados simultáneamente por varias autoridades para ejercer funciones iguales respecto a una misma persona o cosa, o funciones diferentes pero puestas entre sí, cuando cualquier persona demostrase interés directo, o cualquiera de esas mismas autoridades solicitasen la definición acercad de cuál era la autoridad a quien correspondiera la decisión y el alcance de su competencia (acción de definición de competencia administrativas, art. 88, hoy subrogado por el art. 18 del Decreto-Ley 2304 de 1.989), y 3) Si se trataba de actos preparatorios **o de trámite cuando se dirigían a producir un acto definitivo inconstitucional o ilegal** que no fuera susceptible de ningún recurso (en la vía gubernativa, se entiende), o si se dirigía a la acción contra actos de ejecución "cuando el definitivo no haya sido notificado legalmente, cuando los recursos interpuestos contra él no hayan sido resueltos ni siquiera en forma presunta o cuando las autoridades hayan impedido que se recurra" (art. 153 C. C. A.)

De modo que el suscrito está de acuerdo, se reitera, en que el acto acusado era de **trámite**, pues posteriormente a él proseguiría la actuación disciplinaria, como en efecto prosiguió, con la providencia que obra en resolución del Procurador Primero Delegado para la Vigilancia Administrativa (fls. 64 a 65); además,

es evidente que contra la resolución del Procurador General de la Nación (la acusada) no había recursos alguno, máxime cuando en su artículo tercero expresó: "Notifíquese la presente providencia a los jurídicamente interesados y adviértaseles que no es susceptible de recurso gubernativo alguno."

Mas la circunstancia de que sea, como lo es, **un acto de trámite**, ello no era óbice para que no se pudiera entablar contra la resolución acusada una acción de nulidad porque las disposiciones vigentes para esos días lo hacían imposible, como bien lo entendió la Sala Unitaria que admitió la demanda y hasta llegó a suspender provisionalmente el acto acusado, como lo solicitó el libelo, al observar como era manifestariamente ilegal la revocatoria directa plasmada por el Procurador General en el acto acusado.

Es éste punto fundamental de la discrepancia del suscrito con la ilustrada mayoría de la Sala, por lo que superado según su criterio lo que la llevó a dictar sentencia inhibitoria, pasa a explicar en qué sentido habría sido el estudio de fondo del asunto, consecuencia de la viabilidad de la acción incoada contra el acto de trámite del Procurador General , según su pensamiento.

2a.) **DE LA ACCION.**

Como quiera que la distinguida mayoría estuvo de acuerdo en ello y en otros puntos -como el de la naturaleza de la acción- con el concepto de la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, estima el suscrito indispensable determinar, en primer término, cuál fue la verdadera acción de que hizo uso el demandante, porque, como se recordará, la acción propuesta en el libelo fue la de simple nulidad (art. 84 C. C. A.), pero el consejero sustanciador que conoció primeramente dl asunto, tuvo a bien tenerla como de "restablecimiento del derecho" (art. 85 ibídem). Según dijo, pese a que sólo se pretende la anulación de un acto administrativo sin que como consecuencia de esto se impetre el restablecimiento de algún derecho subjetivo, por tratarse de un acto que contempla una situación jurídica particular y concreta de la demandante, en el evento de que prosperara la petición de nulidad, implícitamente habría restablecimiento del derecho supuestamente conculcado por el acto.

Mas, para el suscrito, fue una definición equivocada, dado que olvidó -como lo ha definido el Consejo en Sala Plena- que la acción pública de nulidad reviste dos modalidades: la "contencioso objetiva propiamente dicha", encaminada a lograr la anulación de un acto administrativo creador de situaciones jurídicas generales, creador de situaciones jurídicas impersonales, o la nulidad de un acto-condición que coloca a una persona dentro de una situación reglamentaria de interés general para la colectividad, y la **"contencioso objetiva impropia"** cuando se solicita la nulidad de un acto creador de una situación jurídica particular, siempre que no se persiga el restablecimiento del derecho o la reparación de un daño, o **que esto no surja de modo necesario, como**

consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto.

Bien: el acto acusado (resolución No. 081 de 1.985 -agosto 31-) "revoca directamente una providencia", o sea la No. 273 de ese mismo año, expedida por la "Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa el día 8 de abril. . . . . " y le ordena a dicha funcionaria "que resuelva de fondo el recurso de apelación interpuesto por cada uno de los encargados (sic) contra la resolución No. 0169 de diciembre de 1.984, dictada por la Procuraduría Tercera Regional de Bogotá." Esta última resolución (fls. 2 a 14) había decidido la situación administrativo-disciplinaria de varias personas, todas ellas vinculadas al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y ella había sido recurrida en apelación por dos de esas personas ante la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, la cual decidió revocarla y en su lugar "decretar la invalidez parcial de todo lo actuado a partir de los pliegos de cargos formulados a los acusados DE LA TORRE DE HERRERA y PINTO ROJAS, inclusive, con excepción de la prueba documental allegada" y dispuso que "por el a-quo se reponga la actuación afectada por la invalidez." (fls. 15 a 18).

No hay duda, por ende, que el acto acusado (la resolución No. 081 de 1.985, proferida por el Procurador General de la Nación) se refiere a unas situaciones jurídicas particulares, referentes a unas personas concretas. Por lo tanto, en principio, sólo podría ser acusada a través de la acción denominada "de restablecimiento del derecho" según las voces del art. 85 del C. C. A., no obstante que el libelo demandatorio únicamente haya solicitado la declaratoria de nulidad de **todo lo actuado** -en su integridad-, tanto lo que afecta a la actora, como en lo que atañe a otras personas, funcionarias de la Aeronáutica, cuya situación jurídica también afecta.

De este último también se desprende que, ciertamente, no se trata de la acción de restablecimiento del derecho. Ha de tenérsela, por tanto, como ación de nulidad simple dentro del contexto de una **contención objetiva impropia** y bajo este prospecto ha de tenerse el medio de control de que ha hecho uso la parte actora en el caso sub-lite, máxime cuando no vé el suscrito como podría restablecerse un derecho o repararse un daño en la hipótesis de que prospera la petición de nulidad.

3a.-) **DEL ACTO DE REVOCATORIA DIRECTA ACUSADO.**

Indica el acto acusado, que se dicta en uso de las facultades legales y constituciones del Procurador General de la Nación y, "en especial, de las que le confieren los Artículos 69 y concordantes del C. C. A."

El artículo 69 invocado dice a la letra:

"Causales de revocación.- Los actos administrativos deberán ser revo-

cados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1o. Cuando se manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;

2o. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;

3o. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona."

De manera que para determinar si la revocación directa era dable, será necesario apreciar, en primer lugar, si la resolución revocada -la No. 273 de 18 de abril de 1.985, proferida por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa -era **manifiestamente** violatoria de la Constitución Política o de la ley, debido a circunstancia de que invalidó parcialmente lo actuado en el disciplinario adelantado en la Procuraduría Tercera Regional de Bogotá, porque si "cierto es que del expediente disciplinario fluyen vicios procedimentales que predica la Delgada del conocimiento respecto de la acusada DE LA TORRE DE HERRERA, y que tales errores procedimentales serían **in abstracto**, generantes de invalidación de lo acusado; mas ello no significa que lo procedente hubiese sido la decisión adoptada, **toda vez** que la encartada no solicitó que se invalidara la actuación, sino que utilizó otros medios defensivos. En efecto, si por legal, de superior jerarquía a lo normado en el artículo 24-6 del Decreto Reglamentario 3404 de 1.983, las nulidades que resultan de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado, resulta claro que cundo surge una irregularidad de tal índole si el interesado no lo solicita de manera expresa, es porque tácitamente la está convalidando y en tales condiciones milita para la autoridad estatal correspondiente del deber de sanearla de oficio, o de considerarla saneada, pues de lo contrario, transgrede el principio de la eficacia que siempre deberá presidir las actuaciones administrativas por imperio del artículo 3o del Código de la materia. Y, además, la inobservancia de este principio puede aparejar violación a los de economía y celeridad, pues por virtud de una decisión inhibitoria, como es el evento de l resolución objeto de análisis no se agiliza el procedimiento disciplinario, éste se adelanta con exceso de tiempo que supera los plazos establecidos en la Ley 25 de 1.974 y se imprime un trámite innecesario por virtud de una invalides de lo actuado, que estaba tácitamente condenada por la acusada DE LA TORRE DE HERRERA".

No resulta muy acertada la interpretación que el acto acusado hace del inciso 5 del art. 3o. del C. C. A. en cuanto sacrifica el debido proceso en beneficio de los principio de eficacia, y tampoco es afortunado, en pensamiento del suscrito, en cuanto al principio de la celeridad. Po encima de ellos, porque es norma constitucional, se encuentra, como es obvio, la garantía del debido proceso que consagra el art. 26 de la Constitución pues no debe perderse de vista que la

Procuraduría conocía de un asunto disciplinario que, aunque formalmente hablando es de índole típicamente administrativo, en esencia, está juzgando la conducta d un empleado o funcionario público. De manera que si la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, quien conocía en segunda instancia del proceso disciplinario seguido contra tres funcionarios de la Aeronáutica Civil, halló acertadamente, como el Propio Procurador General lo reconoce, que había irregularidades que afectaban el decurso de la investigación, sobre todo en los pliegos de cargos, era su deber aplicar, como lo hizo, el art. 25 del Decreto 3404 de 1.983 que a la letra dice:

> "Si el funcionario que haya de resolver la segunda instancia (en este caso la Procuradora Delegada) encontrare efectado el procedimiento por alguna de las irregularidades a que se refiere el artículo anterior, procederá a revocar la resolución apelada o consultada, dejará sin valor la actuación correspondientes e indicará la que debe renovarse."

De modo que si el funcionario que conoce en segunda instancia del asunto, observa que hay irregularidades en el procedimiento de acuerdo con el art. 25 **debe** ("procederá' dice el artículo) revocar la resolución apelada o consultada, sin que indique esa norma que para ello deba haber petición de alguno de los inculpados no que debe ser éste quien solicite la invalidez. Puede proceder, por ende, de oficio.

Es cierto que los procedimientos buscan su finalidad; que los estorbos meramente sacramentales no impiden el natural desenvolvimiento del proceso y que han de evitarse las decisiones inhibitorias. Pero, se repite, por encima de todo ello está la garantía del debido proceso que es un derecho fundamental y que es, al mismo tiempo, guía y sendero de quienes, en nombre del Estado, tienen la responsabilidad de velar por el cumplimiento de las pautas del derecho positivo para la efectividad de los derechos de los asociados.

Como se dijo en el auto que suspendió en prevención el acto acusado, no hay duda de que éste, de manera flagrante ha violado el art. 25 dl Decreto 3404 de 1.983, y ello basta, sin necesidad de entrar al estudio de los demás cargos, para que accediese la Sala a la petición libelista en el sentido de declarar la nulidad del tantas veces mencionado proveído de trámite, máxime si se tiene en cuenta que el acto de segunda instancia, el revocado, había creado una situación jurídica concreta en favor de , por lo menos, uno de los encartados.

Ha debido, por consiguiente, al fallarse de fondo, declararse nulo en su integridad el acto de trámite contenido en la resolución No. 081 de 31 de agosto de 1.985, dictada por el Procurador General de la Nación y por medio de la cual se revocó directamente la resolución No. 273 de 18 de abril de 1.985, proferida por la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Muy cordial y comedidamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: ut supra.

CARRERA ADMINISTRATIVA / PERIODO DE PRUEBA / ESTABILIDAD

La demandante habiendo superado el período de prueba satisfactoriamente, se encontraba amparada por la estabilidad relativa que otorga la carrera administrativa en tales circunstancias. No podía, en consecuencia, ser desvinculada del servicio en la forma en que lo fue, en ejercicio de la facultad discrecional que se utiliza frente a empleados de libre nombramiento y remoción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. veinte (20) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1.991).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1894. Reconstrucción-Unica Instancia. Actora: OLIVA ROMAN DE ARBELAEZ.

Con el propósito de obtener el restablecimiento del derecho, la doctora OLIVA ROMAN DE ARBELAEZ ha solicitado la declaración de nulidad de la Resoluciones 00271 y 00345 de 21 y 22 de febrero de 1.983, respectivamente, por las cuales se declaró insubsistente su nombramientos en el cargo de Defensora de Menores del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

En los hechos de la demanda relata la accionante que retirada después de más de diecinueve años de servicios al Estado "prevalido el Instituto Colombianos de Bienestar Familiar de la facultad discrecional que le concede la ley", y de haber ocupado los cargos de Defensora de Menores en todos los ramos con pulcritud, honorabilidad y eficiencia; que por razón de su cargo conoció a la doctora Leonor Uribe de Villegas, abogada litigante ante los Juzgados Menores como "representante judicial de varias parejas de extranjeros anhelantes de

adoptar un niño colombianos" y quien más tarde sería designada Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

"Un conocimiento más directo -agrega- ocurrió a partir del mes de septiembre de 1.981, al ser adscrita la demandante a desempeñar sus funciones ante el Juzgado Primero y Segundo Civil de Menores en reemplazo de la doctora Yolanda Constain de Mejía, funcionaria que fuera reemplazada por insistencia de la doctora Uribe de Villegas, al presentarse discrepancias precisamente por las diligencias de adopción."

Cuenta igualmente que en octubre de 1.981, con ocasión de tramitarse el proceso de adopción del menor Luis Alejandro Bernal por parte de Daniel Jules David y Mireille Dales de David a quienes apoderaba la citada doctora Uribe de Villegas, sustituida luego por su hija Luz María Villegas Uribe de cabal, la actual demandante, observando ostensibles fallas procedimentales, solicitó nulidad de la actuación y, siéndole negada, apeló de la sentencia de adopción en diciembre de este año. "Desde este propio momento, y ante la negativa de la doctora Román de Arbeláez de desistir de la referida impugnación, la doctora Leonor Uribe de Villegas comienza a desatar su ira santa, persiguiéndola hasta concluir con su cometido: INSUBSISTENCIA DE SU OPOSITORA."

Insistiendo en este aspecto, afirma:

> "La persecución a que fue sometida mi poderdante por parte de la doctora Leonor Uribe de Villegas. . . .tuvo su manifestación en varias acusaciones ante sus superiores por peticiones que hizo mi poderdante en su calidad de Defensora de Menores en varios procesos de adopción en que era mandataria judicial la doctora Uribe de Villegas, actuaciones que fueron encontradas correctas por ser ampliaciones de pruebas y otras legalmente permitidas. . . .
>
> En vista del malestar que le causaba a mi poderdante el verse envuelta en situaciones injustas, solicitó y obtuvo del Tribunal Superior de Cali el nombramiento en mayo de 1.982 del Juez Segundo de Menores de Cali, pero para la doctora Uribe de Villegas no era suficiente que la doctora Román de Arbeláez se desvinculara del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (perdiendo la antigüedad y desmejorándose posiblemente en el sueldo), sino que era indispensable desvincularla de los Juzgados de Menores por esos estrados judiciales los lugares en los cuales UNICAMENTE litigaba en su especialidad de Derecho de Familia."

Narra, a continuación que la doctora Uribe de Villegas en junio 16 de 1.982 se dirigió al Presidente del Tribunal, con copia a los Presidentes de las Salas Civil, Penal y Laboral, expresando "hechos acomodados y mentirosos" y, además, "prevalecía de su influencia y posición de periodista, plasmó su animad-

versión hacia la doctora Román de Arbeláez, al serle publicada en el periódico Nacional EL ESPECTADOR, en la columna 'Tribuna de Opinión', un concepto suyo en el cual deja constancia de que ningún juez de menores de los nombrados es de su agrado, indicando que UNA PAISA ADVENEDIZA no debe ocupar ese cargo (mi poderdante es nacida en la ciudad de Pereira)". . .

Dice que, una vez nombrada Directora General del I.C.B.F. , la doctora Uribe de Villegas procedió a trasladarla a la Unidad Zonal Norte para sustraerla del Juzgado de Menores "tal vez por encontrarse allí litigando la hija de la Directora, la doctora Luz María Villegas Uribe de Cabal, y conocer la verticalidad en el cumplimiento de las normas procedimentales en los distintos procesos a su cargo."

Afirma también que el Tribunal Superior declaró la nulidad de la actuación , acogiendo los planteamientos de la doctor Román de Arbeláez fue la de que el día 21 del mismo mes de febrero le notificara la Resolución de Insubsistencia firmada por el Director Regional del I.C.B.F., contando desde luego con el 'Visto Bueno' de la Directora General. . . "

Otro argumento de la demanda en la CAUSA PETENDI es el de que la actora "participó en un concurso abierto del Departamento Administrativo de Servicio Civil, para el cargo de Defensora de Menores V-29 de Asistencia Legal del Instituto de Bienestar Familiar-Regional del Valle, habiendo sido colocada dentro de la lista de elegibles, y l efecto fue calificada por su Jefe inmediato con un puntaje muy satisfactorio. . .'(FLS.15-27 Y 109-121).

Con invocación de normas de los Decretos 694 de 1.975, 2400 de 1.968 y 1950 de 1.973, así como de la Constitución, concentra el concepto de violación de dos puntos principales:

1.- La estabilidad en el servicio por haber concursado par el cargo que desempeñaba y haber superado el período de prueba;

2.- La desviación de poder conforme a los hechos narrados (Fls. 19-25 y 113-119).

La Fiscalía Quinta de esta Corporación conceptúa que debe accederse a las súplicas de la demanda por razón de la accionante "había empezado a realizar proceso de ingreso a la carrera administrativa", por cuanto, habiendo participado con éxito en el concurso , "tenía derecho a se nombrada en el período de prueba y, si cumplía satisfactoriamente, ser escalafonada,'

Y concluye:

"Si ello no ocurrió así, no es su culpa sino de la administración por no haber

levado hasta la culminación el proceso de ingreso a la carrera," (Folios 168-170).

Destruido el expediente en el Palacio de Justicia, se dispuso su reconstrucción conforme los términos del Decreto 3285 de 1.985 y, no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir lo pertinente, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- Estima la Sala que corresponde examinar en primer término el aspecto de la estabilidad que alega la demandante fundada en el hecho de haber concursado para el cargo y de haber quedado incluida en la lista de elegibles, pues, de configurarse tal situación, no sería necesario analizar los factores en que se apoya la alegada desviación de poder.

Se sostiene en la demanda que la actora "había ingresado a la carrera administrativa en período de prueba y previo concurso, circunstancia que le daba derecho a una relativa estabilidad en el cargo, a pesar de no haber sido, hasta la fecha de su insubsistencia, escalafonada en dicha carrera", de lo cual concluye que su desvinculación está viciada de nulidad, conforme a los artículos 26 del Decreto 2400 de 1.968, 91 del Decreto 694 de 1.975 y 217 del Decreto 1950 de 1.973. (Fls. 20-121).

Ahora bien, según se lee en la constancia de folio 73, expedida en enero 26 de 1.983 por la Jefe de la División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil, la demandante participó "en el concurso abierto convocado mediante aviso No. 184-V-0010 del 3 de septiembre de 1.974, para proveer el cargo de Defensor de Menores V-29 de Asistencia Legal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-Regional del Valle". La certificación agrega que, como resultado del concurso, quedó en el tercer puesto de la lista de elegibles, pero que, en cambio, no hay prueba de que "ante este Departamento se haya iniciado trámite alguno tendiente a lograr la inscripción de la señora Román (sic) de Arbeláez en el escalafón de la carrera administrativa, con fundamento en el concurso anteriormente citado o en otro medio de ingreso."

En certificado similar expedido por la misma dependencia de febrero 9 de ese año, se reitera esta última afirmación (Fl. 145).

Muestran, además, los autos que, en abril 11 de 1.975, la Oficina de Selección de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar _Regional del Valle- comunicó a la demandante que "en el concurso abierto realizado en esta Regional para el cargo de Defensor de Menores V-29 y en el cual contamos con su participación", obtuvo 81 puntos y quedó en el tercer puesto, resultado que fue aprobado por Resolución No. 00129 de enero 28 de 1.975.

Se dice allí también:

"Por lo anterior, usted adquiere el derecho a ingresar a la Carrera Administrativa debiendo presentar a la Oficina de Personal los documentos exigidos." (Fl.97).

Por otra parte, a folios 93 a 96 y 141 obran unos **formularios de calificación de servicios** por el período comprendido entre octubre 1 de 1.974 y marzo 31 de 1.975 (8 meses), donde consta que la actora fue calificada **en período de prueba,** con la conclusión de que "puede permanecer en el servicio", firmada por el funcionario calificador.

Se observa fácilmente una secuencia cronológica entre el concurso y la calificación del período de prueba, el primero en septiembre 3 de 1.974 y la segunda a partir de octubre 1 siguiente, pese a que los resultados del concurso hubieran sido aprobados con algún retraso, en enero 28 de 1.975, mediante Resolución No. 00129.

De la comprobación de estas circunstancias resulta claro que, al expedirse las Resoluciones 00271 y 00345 en febrero 21 y 22 de 1.983, ya se encontraba, con creces, superado el período de pruebas por parte de la accionante.

2.- Se invocaron en la demanda los artículos 27 y siguientes y 89 a 92 del Decreto 694 de 1.975; 180, 217, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1.973 y el 26 del Decreto 2400 de 1.968.

En los relativo a la convocatoria a concurso y a la calificación de servicios durante el subsiguiente período de prueba, no sería aplicable el artículo 91 del Decreto 694 de 1.975, expedido éste en abril 14 de ese año, después de efectuada la convocatoria y de terminado el período de prueba.

Se prevé, sin embargo, en el artículo 92, también invocado, la situación de quienes, al entrar en vigencia tal decreto, "se hallan en ejercicio de empleo de carrera del Sistema Nacional de Salud", cuyo ingreso se debería ajustar las siguientes condiciones: 1) Llevar no menos de un año en el cargo; 2)Poseer satisfactoriamente los requisitos mínimos; 3) Superar el período de prueba; 4) Satisfacer las demás exigencias de los decretos reglamentarios.

En todo caso, el propio estatuto se remite en su artículo 102 a los Decretos 2400 de 1.968 y 1950 de 1.972.

El artículo 217 de este último es del siguiente tenor

"Al vencerse el período de prueba el funcionario deberá solicitar su inscripción en el escalafón, en un plazo de (30) días.

El Departamento Administrativo del Servicio Civil y las oficinas de personal harán las gestiones necesarias para que los funcionarios presenten oportuna y debidamente su solicitud, y si no lo hacen su situación se definirá de oficio."

Así pues, ya sea por aplicación del Decreto 694 de 1.975 en los relativo a los empleados antiguos, ya sea por razón de los dispuesto en el artículo 217 del Decreto 1950 de 1.973, la demandante, habiendo superado el período de prueba satisfactoriamente, se encontraba amparada por la estabilidad relativa que otorga la carrera Administrativa en tales circunstancias.

No podía, en consecuencia, ser desvinculada del servicio en la forma en que fue, en ejercicio de la facultad discrecional que se utiliza frente a empleados de libre nombramiento y remoción.

Precisado este aspecto, carece de propósito útil examinar la alegada desviación de poder en la conducta que se imputa a la Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como acto de retaliación con la empleada subalterna que, en cumplimiento honesto de sus funciones, debió oponerse a las actuaciones procesales abiertamente irregulares en las que participó, como litigante a nombre de parejas interesadas en adopción de menores, quien más tarde sería designada Directora General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

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

FALLA

1.- Decrétase la nulidad de las Resoluciones números 00271 y 00345 de febrero 21 y 22 de 1.983, respectivamente, expedidas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Regional del valle-, por las cuales se declaró insubsistente el nombramiento de la doctora Oliva Román de Arbeláez como Defensora de Menores 3015, grado 07 del Centro Zonal de Bienestar familiar de Cali Sur.

2.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá reintegrar a la doctora OLIVA ROMAN DE ARBELAEZ al cargo mencionado en el numeral anterior o, en subsidio, a otro de igual o superior categoría y definir su situación de ingreso a la carrera.

3.- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá pagar a la demandante todos los sueldos dejados de percibir por ella a consecuencia de los actos administrativos anulados, con los correspondientes incrementos y prestaciones sociales, desde el momento de la desvinculación hasta la fecha del reintegro.

4.- Se declara, para todos los efectos legales pertinentes, que no ha existido solución de contínuidad en la prestación de servicios por parte de la actora a la entidad demandada entre la fecha de desvinculación y la del reintegro.

5.- De las sumas que correpondan a la demandante según el numeral 3o. de esta sentencia deberán descontarse los valores incompatibles según el artículos 64 de la Constitución Política que ella hubiere recibido en el mismo lapso del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal Estado, por concepto de servicios personales.

A la sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 del código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión el día treinta de abril de mil novecientos noventa y uno.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lacompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA /COMPETENCIA

La declaratoria de insubsistencia le correspondia hacerla a la Junta Directiva del Establecimiento Público y no a su Director.

Consejo de Estado,- Sala de lo Contencioso Administrativo..- Sección Segunda.- Bogotá, D,E,mayo veinsitiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.-*

Referencia: Expediente 4252. Asuntos Municipales .- Actor TRINIDAD JAIMES VARGAS.

Se le reconoce Personería al abogado Luis José Gómez Restrepo como apoderado sustituto de la parte demanda.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por TRINIDAD JAIMES VARGAS contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de febrero de 1989, por medio de la cual le fueron negadas sus pretensiones de nulidad del acto que la desvinculó del cargo de Tesorera - Contadora de la BIBLIOTECA PUBLICA MUNICIPAL GABRIEL TURBAY y de reintegro y pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda se afirmó que el Director de la Biblioteca demandada en uso de las atribuciones especiales contenidas en el articulo 3o. del Acuerdo 60 de 1973 y Acta No 4 de 1986 de la Junta Directiva, " por Resolución # 340 de 1986, cumplió la orden de nombrar a partir del 2 de Agosto de 1986, " a la actora en el cargo ya mencionado, del cual tomó posesión el mismo día y que intempestivamente y sin orden de la Junta, " el nuevo Director " alegando el uso de sus atribuciones legales y de conformidad con el artículo 3o. del Acuerdo 60 mencionado y de la Resolución 639 del 19 de diciembre de 1986,

declaró insubsistente dicho nombramiento a partir del 21 de mayo de 1987.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de la violación, se afirma en la demanda que es cierto que el Acuerdo 60 de septiembre 3 de 1973 del Concejo Municipal de Bucaramanga creó la Biblioteca demandada como entidad descentralizada,con patrocinio y administración autónomos y personería jurídica, "Es decir, como Establecimiento Público" según la definición del Código Fiscal de Bucaramanga contenido en el Acuerdo 02 dee 1980, articulo 580; que también es cierto que el mencionado Acuerdo 60, en el parágrafo del artículo 3o, estableció que "... El período legal del Director será de dos años y será de su libre facultad nombrar y remover al personal de la Biblioteca".; pero que el Código Fiscal del Municipio de Bucaramanga definió lo que son las Entidades Descentralizadas Municipales y en el artículo 596 estableció como función de las Juntas Directivas, entre otrass, la de nombrar y remover libremente todos los funcionarios con excepción del Gerente; que por ser un Acuerdo posterior quedó derogada la facultd del Director de nombrar y remover libremente al personal, quedando tal facultad en la Junta Directiva; que al declarar insubsistente el nombramiento hecho a la demandante sin autorización de la Junta, se violó el artículo 596 del Acuerdo 002 de abril 30 de 1980 (Código Fiscal de Bucaramanga): que tanto es así, que el Director que nombro a la actora "firmó el nombramiento. ... por orden y de acuerdo al Acta # 004 del 23 de julio de 1986 de la Junta Directiva.... como puede observarse en los considerandos de la Resolución No. 340 de 1986", con lo que se dió cumplimiento a lo ordenado por la Junta: a continuación se transcriben partes de los artículos 26 y 1009 de los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973,respectivamente y se sostiene que la autoridad nominadora por mandato del Código Fiscal es la Junta Directiva, la que efectivamente "nominó el nombramiento de la dra. Trinidad Jaimes Vargas... en el ActaNo. 004 del 23 de julio de 1986, luego era la Junta a quien correspondía la declaratoria de su insubsistencia violándose en consecuencia el artículo 26 del decreto # 2400 de 1968 y el artículo 109 del Decreto # 1950 de 1973".: finalmente se afirma que se violó el artículo 20 de la Constitución Política porque el funcionario que expedió el acto acusado se extralimitó en sus funciones "y omitió consultar a la Junta de dicho establecimiento Público Municipal, para que la Entidad Nominadora decidiera la insubsistencia."

Contestación de la demanda

La parte demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones del actor y al efecto planteó la inaplicabilidad del Acuerdo 2 de 1980 por ser una normatividad general y no regulante de íntegro al régimen del ente demandado, frente a la normatividad especial de los estatutos básicos del mismo. También se propuso como excepción la inconstitucionalidad e ilegalidad del mencionado Acuerdo, contentivo del Código Fiscal de Bucaramanga, con fundamento en el artículo 215 de la Constitución Política, por haber sido expedido con la partici pación de concejales suplentes que no podían intervenir por no haberse

excusado válidamente los principales, quebrantándose así los artículos 82 y 83 de la Constitución y 4o. de la Ley 30 de 1969 y por romper el principio de unidad de materia al abarcarse disímiles aspectos de la vida administrativa local.

La vista Fiscal

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo (fls. 203 a 206) expone las razones por las cuales considera que la sentencia recurrida debe ser confirmada.

Llegado el momento de decidir el recurso interpuesto a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. La Sala considera que el artículo 596 del Código Fiscal de Bucaramanga sí derogó la facultad que tenía el Director del ente demandado de nombrar y remover su personal, porque es suficientemente claro y evidente que el libro V de tal codificación está orientado a regular las entidades descentralizadas municipales, dentro de las cuales se encuentra la demandada, (fls. 157 y siguientes cuaderno 2), norma que radica en cabeza de las Juntas Directivas la potestad nominadora del empleo que ocupaba la actora, entre otros.

Sobre este particular se debe tener en cuenta:

a) Que frente al artículo 5o. de la ley 153/87, que sirve de sustento a la sentencia apelada y al concepto de la distinguida colaboradora fiscal, norma que enseña acudir a la crítica y a la hermenéutica para "fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incogruentes", existen otras disposiciones de la misma normatividad que nos llevan a la conclusión que prohija la Sala tal es el caso del artículo 2o " La ley posterior prevalece sobre la anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior"; el articulo 3o.: "Estímase 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'" y el articulo 71 del C.C. según el cual la derogación de las leyes "es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior", disposiciones todas que llevan a concluir que el Acuerdo 60/73 que sirvió de fundamento al acto acusado, fue derogado tácitamente en cuanto a la potestad de nombrar y remover a algunos empleados de los entes descentralizados municipales, por el literal e) del artículo 596 del Código Fiscal, normaa posterior y contraria a la contenida en el referido acuerdo.

b) Que carece de fundamento la demandada cuando invoca el Decreto 247

de 1985 para sostener la inaplicabilidad de la aludida norma del Código Fiscal, pues precisamente dicho decreto en su artículo 22 establece que los "establecimientos públicos. . . .cumplirán las funciones en los términos fijados en la Ley, en el Código Fiscal Municipal. . . .".

Luego, acierta la demandante cuando sostiene que se transgredió el artículo 596 del Código Fiscal, al expedir el Director del establecimiento público demandado y no su Junta Directiva, el acto acusado.

Lo anterior es suficiente para que prospere la nulidad solicitada, no siendo necesario, entonces, el estudio de las otras causales de nulidad invocadas.

2. En relación con la "excepción" de inconstitucionalidad del Código Fiscal ya mencionado, planteada por la transgresión de los artículos 82 y 83 de la Constitución Política, observa la Sala que ella no puede prosperar por cuanto que tales normas no se aplican al trabajo de los concejos municipales como equivocadamente lo considera la parte demandada.

3. Finalmente la "excepción" de ilegalidad del mismo Código Fiscal que propone la demanda por la presunta violación en su expedición de los artículos 4o. y 10 de la ley 30 de 1969, y 179 de la ley 4a. de 1913, deberá desestimarla la Sala, en razón de que por mandato del artículo 192 de la Constitución Política, los acuerdos de los concejos municipales "son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

Por las razones anotadas, la Sala habrá de revocar la sentencia proferida por el a-quo y en su lugar accederá a las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 20 de febrero de 1989 y, en su lugar , se dispone:

1o. Declárase que es nula la Resolución número 241 dee 1987 proferida por el Director de la Biblioteca Pública Municipal Gabriel Turbay, que declaró insubsistente el nombramiento de Trinidad Jaimes Vargas como Tesorera-Contadora.

2o. A título de restablecimiento del derecho la Biblioteca mencionada reintegrará a la demandante a dicho cargo, y, en su defecto, a otro de igual o superior categoría.

3o. Al mismo título la Biblioteca demandada le pagará a la demandante los salarios, primas y bonificaciones que hubiera dejado de devengar desde el día de su desvinculación hasta cuando se efectúe el reintegro, descontándole lo que la actora hubiera percibido del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, por el mismo concepto.

4o. Declárase para todos los efectos legales, que entre la fecha del 20 de mayo de 1987 y la de reintegro no ha existido interrupción en los servicios de la demandante a la Biblioteca demandada.

Copiése, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 14 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquin Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / PENSION DE INVALIDEZ - Improcedencia

Es evidente que la incapacidad que presentó en vida el ex soldado no la ampara el reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones contenido en el Decreto 1378 de 1967, porque la lesión o enfermedad que la originó no fue adquirida durante el servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 1011-9381 Res. Ministeriales. Actora: UBALDINA MUÑOZ VIUDAD DE FIERRO.

Se le reconoce personería a la abogada Martha Cecilia Trejos Salazar como apoderada de la Nación.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la paarte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de marzo de 1983, por medio del cual se negaron las peticiones formuladas por UBALDINA MUÑOZ VIUDA DE FIERRO para que se le reconozca pensión sustitutiva de invalidez e indemnización por la misma causa correspondientes a su fallecido hijo el ex-soldado CARLO MAGNO FIERRO MUÑOZ.

El fundamento fáctico de la demanda consiste en que dicho ex-soldado ingresó a presr sus servicios en el Ejército Nacional, en el Batallón Baraya, en el primer contingente de 1974, habiendo sido retirado por incapacidad física, según Acta No. 0050 de marzo 31 de 1974; que dicho ex-soldado cumplió íntegros

los requisitos legales de ingreso exigidos por la Sanidad Militar y los reglamentos sobre aptitud sico-física, reconociéndole una total aptitud para el cargo; que el causante adquirió durante la instrucción básica, en el servicio y por causa del mismo, graves afecciones y lesiones que le produjeron la Invalidez Absoluta y Permanente para el desempeño de las funciones que venía ejerciendo, las que se encuentran consignadas en la historia clínica No. 8446 de la Clínica Monserrat, en la del Hospsital San Juan de Dios y en el Hospsital José Joaquín Vargas de Sibaté, consistentes en ". . . .**TRANSTORNOS MENTALES ESQUIZOFRENIA**"; que habiéndose enfermado en el servicio, no fue tratado en forma alguna por la Sanidad Militar, produciéndose más tarde su fallecimiento como consecuencia de las afecciones siconeuróticas contraídas en el servicio; que tratándose de un inválido fue retirado del servicio sin reconocersele la condigna pensión de invalidez, a cuya sustitución tiene derecho su señora madre; que la demandante reclamó el reconocimiento de la pensión e indemnización el 20 de febrero de 1978 sin que la administración hubiera respondido, configurándose así el silencio administrativo.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de violación se invocan las normas relacionadas con la clasificación de las incapacidades e invalideces y la incapacidad absoluta y permanente, del decreto 1378 de 1967, los artículos 3o. y 4o. del decreto extraordinario 2728 de 1968 y los artículos 17 y 169 de la Constitución Política. El concepto de la violación se planteó por la inaplicación de tales normas por el Ministerio de Defensa no obstante haberse causado los derechos a la pensión y a la indemnización reclamados.

El Tribunal declaró probado el silencio administrativo y denegó las súplicas de la demanda, porque respecto al señor Fierro Muñoz, "no se demostró, con la fuerza probatoria necesaria, su vinculación a la Administración, y, más concretamente, al servicio del ejército nacional".

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y la parte interesada obtuvo su reconstrucción.

La vista fiscal.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto opinó que debía confirmarse el fallo apelado.

Llegado el momento de resolver el recurso a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. En el Capítulo I del Reglamento de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal de las Fuerzas Militares y de la Policía

Nacional, contenido en el decreto 1378 de 1967, aplicable al presente caso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2o. del Decreto extraordinario 2728 de 1968, se define la incapacidad y la invalidez así:

> "Se entiende por incapacidad e invalidez, la disminución o la pérdida de la aptitud sicofísica y capacidad de trabajo, causada por lesiones o enfermedades **adquiridas durante el servicio** en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional. . . . ." (subraya de la Sala).

2. Según se resumió de la demanda, en ella se sostiene que la enfermedad mental que padecía el ex-soldado Fierro Muñoz, la adquirió durante la instrucción básica, en el servicio y por causa del mismo.

Sinembargo, no existe prueba que acredite la afirmación de la parte demandante y que conforme al reglamento permita concluir que en realidad la invalidez o incapacidad del ex-soldado hubiera tenido por causa una lesión o enfermedad adquirida durante el servicio.

En efecto, Carlo Magno Fierro Muñoz fue dado de alta mediante la orden del día 0039 del Batallón de Ingenieros "Baraya" del 15 de febrero de 1974, con novedad fiscal del día 12 anterior y fue dado de baja con novedad fiscal 31 de marzo siguiente, según la orden del día 0078 del 3 de abril de 1974 del mismo Batallón, por tercer examen médico.

Pero, conforme a la historia clínica del ex-soldado (fls. 135 y siguientes) la esquizofrenia que padeció se le presentó con anterioridad a su ingreso al ejército, como que tuvo que ser hospitalizado por esa novedad en noviembre de 1973.

En las condiciones que se dejan relatadas, es evidente que la invalidez que presentó en vida el ex-soldado Fierro Muñoz, no la ampara el reglamento de incapacidades, invalideces e indemnizaciones contenido en el decreto 1378 de 1967, porque como quedó visto la lesión o enfermedad que la originó no fue adquirida durante el servicio.

Consecuentemente, se confirmará la sentencia apelada, aunque por razones diferentes.

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

FALLA:

CONFIRMARSE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de marzo de 1983, en el proceso promovido por Ubaldina

Muñoz Viuda de Fierro.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 14 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE / PENSION DE JUBILACION / SALARIO - Compatibilidad

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 224/72 la administración no tiene la facultad discrecional para el retiro del servicio de los docentes pensionado, en la forma establecida en el artículo 86 del Decreto 1848/69 para los empleados públicos en general; los docentes, sólo podrán ser retirados del servicio cuando no se encuentren aptos física y mentalmente o por haber llegado a la edad de retiro forzoso o por haber sido excluidos del escalafón docente; no opera para estos servidores el retiro por estar percibiendo una pensión, como sí ocurre en los empleados públicos en general.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 401. Recurso Extraordinario de Anulación. Actor: MARIA LUCILA MORENO DE MORENO

Se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto a través de apoderado por María Lucila Moreno de Moreno, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en mayo 11 de 1984, en el proceso promovido por aquella, en orden a obtener la nulidad del Decreto 3309 de julio 30 de 1980 originario del Gobernador del Departamento de Cundinamarca, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la recurrente en el cargo que desempeñaba y el consiguiente restablecimiento del derecho en la forma planteada en el petitum de la demanda.

LA SENTENCIA

La sentencia recurrida denegó las pretensiones de la demanda, fundamentando esta decisión en la consideración de que según el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 los docentes como los demás servidores públicos, tendrán derecho a permanecer en el empleo público, no hasta cuando hayan alcanzado la edad de retiro forzoso sino hasta cuando inicien el goce de su pensión de jubilación a partir de la cual desaparecerá el factor de permanencia relativa en el cargo, propio de toda carrera, para depender en adelante de facotres de discrecionalidad del nominador y desde el punto de vista del buen servicio. (Fls. 3-9).

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Contra el fallo formula la recurrente dos cargos; el primero está concebido, así:

"Violación directa de los artículos 64 de la Constitución Nacional, 33 de la ley 6a. de 1945, 7º del Decreto Ejecutivo 20 de 1949, 1º del Decreto ley 2285 de 1955, 5º del Decreto ley 224 de 1972, 1º de la ley 141 del 16 de diciembre de 1961, que adoptó como ley el Decreto L-2285/55".

"Todas las normas que se han citado, han sido violadas en forma directa. El artículo 64 de la Constitución fue violado por error e interpretación, en tanto que las demás normas sustanciales han sido violadas por falta de aplicación" (fl. 35).

En el capítulo "concepto de violación e incidencia de la misma en la parte resolutiva del fallo impugnado" dice la recurrente lo siguiente:

"La compatibilidad entre sueldo y pensión sin límite alguno en la cuantía dispuesta en el artículo 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1955 para los docentes, vino a ser ratificada por el Decreto Ley 244 de 1972, artículo 5º, pero limitándole hasta la edad de sesenta y cinco (65) años, edad que se consideró como de retiro forzoso y siempre que el docente se encuentre mental y físicamente apto para desarrollar la tarea de docente".

"Estas normas sustanciales a las que me he referido no fueron apreciadas por el sustanciador y por tanto fueron violadas en forma directa por falta de aplicación, porque siendo aplicables no las aplicó".

"Si el sustanciador hubiera aplicado las normas sustanciales a que me vengo refiriendo hubiera concluido en que mi mandante tenía derecho a devengar un sueldo y pensión hasta la edad de retiro forzoso, por cuanto además se probó el fundamente fáctico de estar en aptitud física y mental

para desarrollar la tarea docente. Si el sustanciador hubiera aplicado las normas sustanciales referidas no hubiera mal interpretado el artículo 64 de la Constitución y a éste le habría dado el alcance que contiene aquella norma al permitir la compatibilidad entre más de una asignación del tesoro público siempre que sea dispuesta por el Legislador". (fl. 38).

El segundo cargo lo plantea así la recurrente:

"Violación directa del artículo 62 y los artículos 26, 27, 28, 31, 36 literal h), 46, 55 del Decreto-ley 2277 de 1979, en relación con el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, artículo 10, numeral 1º de la ley 153 de 1987".

"Las normas constitucionales y legales que he citado como violadas con excepción del artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, lo fueron por falta de aplicación en tanto que el artículo 86 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 fue violado en forma indirecta por indebida aplicación". (fl. 146).

Al desarrollar en cargo, afirma la recurrente:

"Si el Tribunal hubiera aplicado las normas a que me he referido, hubiera llegado a la conclusión de que la Administración las violó al expedir el acto administrativo acusado y por tanto su conclusión habría sido la de acceder a las súplicas de la demanda".

"En efecto, si conforme al artículo 27 del Decreto 2277 de 1979 gozan de las prorrogativas de la carrera docente, los educadores inscritos en el escalafón docente - y mi mandante lo está - y si conforme a los artículos 26 y 28 del mismo Decreto ley citado una de las prerrogativas de la carrera es la estabilidad, el Tribunal debió de haber concluído, aplicando las normas, que mi mandante tenía derecho a la estabilidad en el ejercicio de sus funciones, derecho a la estabilidad que es relivado por el artículo 31 del Decreto ley 2277 de 1979 que indica el derecho de permanencia del educador mientras no sea excluído del escalafón o no haya alcanzado la edad de retiro forzoso que es de sesenta y cinco (65) según dicha norma". (fl. 51).

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía 4a. de la Corporación expone su criterio favorable a la prosperidad del recurso, lo que sustenta, entre otras, en las siguientes apreciaciones:

"Y por supuesto que la administración la quebrantó al declarar la insubsistencia a la actora, docente escalafonada, aduciendo que se la había reconocido pensión de jubilación y siendo así que a la deslumbrante luz de

la norma en cita (artículo 5o. del Decreto ley 224 de 1972) no hay incompatibilidad entre el goce de la pensión y el ejercicio de la docencia, siempre y cuando el docente no haya cumplido 65 años de edad y esté mentalmente y físicamente apto para su tarea, supuestos éstos últimos que ni siquiera se invocaron en el acto que fue materia de enjuiciamiento. Así las cosas, al no aplicarse en el fallo impugnado la norma sustantiva que fue señalada como violada y cuyo quebrantamiento era fácilmente detectable, y, de otra parte, al fundamentarse el presente recurso de anulación precisamente en esta falta de aplicación resulta lógico, legal y jurídico que dicho recurso prospere". (fls. 64-65).

El proceso se reconstruyó a términos del Decreto 3825 de 1985 (fl. 62) y al no observarse causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como se desprende del fallo recurrido, el Tribunal del conocimiento fundamentó su decisión de negativa a las pretensiones de la demanda, en lo dispuesto en el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a los empleados públicos en general, norma reglamentaria del Decreto 3135 de 1968.

En el primer cargo se acusa la sentencia de ser violatoria, en forma directa y por falta de aplicación, entre otras disposiciones, del artículo 5º del Decreto 224 de 1972, que es del siguiente tenor:

"El ejercicio de la docencia no será incompatible con el goce de la pensión de jubilación siempre y cuando el beneficiario esté mental y físicamente apto para la tarea docente, pero se decretará retiro forzoso del servicio al cumplir sesenta y cinco (65) años de edad".

El mencionado artículo 5o. del Decreto 224 de 1972 fue igualmente señalado como transgredido en la demanda presentada ante el Tribunal del conocimiento, según se desprende de la cita que la sentencia recurrida hace de las normas invocadas como infringidas (fl. 5).

Indudablemente que el Decreto 224 de 1972, por ser una norma con fuerza de ley, que establece una excepción a lo previsto en el artículo 64 de la Constitución Nacional, respecto de los docentes, es materialmente una ley sustantiva, que puede ser violada directamente, en la forma que preveía el artículo 197 del Código Contencioso Administrativo.

La incidencia de la violación de la norma legal en la parte resolutiva del fallo, la precisa así, el recurrente:

"La compatibilidad entre sueldo y pensión sin límite alguno en la cuantía

dispuesta en el artículo 1º del Decreto Legislativo 2285 de 1955 para los docentes, vino a ser ratificada por el Decreto Ley 224 de 1972, artículo 5o. pero limitándola hasta la edad de sesenta y cinco (65) años, edad que se consideró como de retiro forzoso y siempre que el docente se encuentre mental y físicamente apto para desarrollar la tarea docente". (fl. 38).

Resulta entonces que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972 la administración no tiene la facultad discrecional para el retiro del servicio de los docentes pensionados, en la forma establecida en el artículo 86 del Decreto 1848 de 1969 para los empleados públicos en general; los docentes, sólo podrán ser retirados del servicio cuando no se encuentren aptos física y mentalmente o por haber llegado a la edad de retiro forzoso o por haber sido excluídos del escalafón docente; no opera para estos servidores el retiro por estar percibiendo una pensión, como si ocurre con los empleados públicos en general.

Por su parte, el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979 igualmente invocado como transgredido en el segundo cargo, por falta de aplicación en la sentencia recurrida, dispone que:

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

Esta disposición establece las causales de retiro del docente escalafonado y no incluye el goce de pensión de jubilación.

El Tribunal determinó que el retiro de la recurrente se había ordenado en ejercicio de la facultad discrecional, en cuanto la educadora era pensionada. Esta apreciación quebrantó en forma directa y por falta de aplicación, el artículo 5o. del Decreto 224 de 1972 y el artículo 31 del Decreto 2277 de 1979, disposiciones citadas como quebrantadas, tanto en la demanda (fl. 5) como en el recurso extraordinario propuesto.

Por lo razonado, habrá de anularse la sentencia recurrida y reponerse, dictando el fallo de instancia.

Como se trata de un proceso reconstruído, se tendrán en cuenta los elementos de juicio, las referencias que a documentos se hicieron en la sentencia recurrida, y en otros actos, así no aparezcan sus copias en el expediente.

Del hecho quinto de la demanda se desprende que la recurrente es una docente clasificada en la Categoría del Escalafón de Enseñanza Primaria, según Resolución No. 003 del 22 de enero de 1973, expedida por el Departamento de Cundinamarca. (fl. 4).

Por resolución No. 1013 de mayo 9 de 1980 se reconoció a Maria Lucila Moreno de Moreno pensión vitalicia de jubilación a partir del 3 de enero de 1979. (fl. 74).

Según se afirma en la Resolución No. 1013 de 1979 la recurrente cumplió cincuenta (50) años de edad el 2 de enero de 1979, de lo que se infiere que a la fecha de su desvinculación del servicio, no había cumplido la edad de retiro forzoso, sesenta y cino (65) años. (fl. 74).

La recurrente fue retirada del servicio mediante Decreto 03309 de julio 30 de 1980 del Gobernador de Cundinamarca. (fls. 76-77).

No se acreditó procesalmente que la recurrente no estuviera mental y físicamente apta para la labor docente, ni tampoco se demostró que previamente a su desvinculación, se hubiera excluido del Escalafón Nacional Docente.

La causa del retiro de la recurrente, según se afirma en el propio acto enjuiciado, fue el hecho de estar disfrutando de la Pensión de Jubilación concedida por el Departamento de Cundinamarca.

La causa determinante del retiro por insubsistencia de la recurrente, no está contemplada en las normas especiales que rigen la actividad docente y en tal virtud, procede la declaratoria de nulidad del acto, impetrada en la demanda.

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

FALLA:

1o.- Anúlase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de mayo de 1984.

2o.- En su lugar, declárase nulo el Decreto 03309 del 30 de julio de 1980 expedido por el Gobernador de Cundinamarca, en lo que respecta al retiro del servicio docente de María Lucila Moreno de Moreno.

3o.- Ordénase el reintegro de la señora María Lucila Moreno de Moreno al cargo docente que venía desempeñando al ser retirada del sergicio, siempre que sus condiciones físicas y mentales le permitan desempeñar idóneamente sus funciones.

4o.- Condénase al Departamento de Cundinamarca a pagar a la actora el valor de todos los emolumentos dejados de percibir por razón de su desvinculación del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro si fuere procedente, o hasta

la fecha de ejecutoria de esta providencia en el supuesto de que en la actualidad carezca de las condiciones físicas y mentales requeridas para el desempeño idóneo de la docencia.

5o.- Declárase que no ha habido solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte de la accionante, y, por lo tanto, el tiempo transcurrido entre la fecha de su desvinculación y la del reintegro al cargo o la ejecutoria de la sentencia, según el caso, ha de ser tenida en cuenta para todos los efectos legales.

6o.- De las sumas que por el anterior concepto correspondan a la accionante se deberá descontar cuanto haya recibido, en el mismo periodo, del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, por concepto de servicios personales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del 14 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA JUDICIAL - Ingreso / **EMPLEADO DE CARRERA**

Las calidades que debía acreditar el actor a fin de lograr su inscripción como Secretario Grado 9 de Juzgado Promiscuo Municipal, no eran las señaladas en el artículo 41 del Decreto 052/87, sino las previstas en el artículo 4º del Decreto 1190/86, hoy vigente. Quienes no reúnan los requisitos de educación exigidos, pueden compensar un año de educación media por un año de experiencia en la Rama. El actor, que sólo cursó hasta 5º año de primaria, necesitaba acreditar, al presentar la solicitud, y no posteriormente, 10 años de experiencia en la Rama, para poderse acoger al privilegio de ser inscrito en la Carrera Judicial sin necesidad de concurso, pero no ocurrió así.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente 3811. Autoridades Nacionales. Actor: ARMANDO MAJE MARTINEZ.

Armando Maje Martínez a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo del Huila hacer las siguientes o semejantes declaraciones:

"1.- Nulas las Resoluciones No. 397 y 500 de fechas 10 y 30 de Octubre de 1987, mediante las cuales se negó la Inscripción en la carrera judicial, como secretario grado 9o. del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira, Huila.

"2.- Ordénese la inscripción de ARMANDO MAJE MARTINEZ en la

CARRERA JUDICIAL como SECRETARIO GRADO 9o. del JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE IQUIRA HUILA.

"3.- Ordénase el cumplimiento al fallo dentro del término previsto por el art. 176 del Código Contencioso Administrativo, a la SALA DE DECISION ESPECIAL DEL HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL HUILA". (fl. 2 Cdno. No. 2).

Las anteriores peticiones se apoyan en los siguientes

HECHOS

"1.- El día 20 de Junio de 1986 mi procurado presentó solicitud de inscripción en la CARRERA JUDICIAL como SECRETARIO GRADO 9o. del JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE IQUIRA HUILA, acomñapada de los siguientes certificados:

a.- Constancia negativa de antecedentes disciplinarios.

b.- Fotocopia del Certificado judicial del D. A. S.

c.- Certificado de 5o. año de enseñanza primaria.

d.- Certificado de buena conducta y eficiencia en el cargo.

e.- Certificados sobre tiempo de servicio en distintos cargos de la Rama Judicial, por un total de siete (7) años y veintisiete (27) días.

Para llenar requisitos como lo ordena el Decreto 0052 de 1987.

2.- LA SALA DE DECISION ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL mediante la Resolución No. 397 emanada el día 10 de Octubre de 1987 negó la inscripción de ARMANDO MAJE MARTINEZ en la CARRERA JUDICIAL como SECRETARIO GRADO 9o. DEL JUZGADO PROMISCUO MUNICIPAL DE IQUIRA HUILA.

3.- Dentro del término legal mi procurado presentó recurso de reposición sobre la Resolución No. 397 proferida el 10 de octubre de 1987.

4.- Mediante Resolución No. 500 del 30 de octubre de 1987 LA SALA DE DECISION ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL al resolver el recurso, no repuso la Resolución No. 397 del 10 de octubre de 1987 quedando negada la inscripción en la CARRERA JUDICIAL a mi patrocinado, en el cargo de SECRETARIO GRADO 9o. del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira Huila'? (fls. 2 y 3 Cdno. No. 2).

Sobre las normas violadas y el concepto de la violación, la parte demandante expresa:

"1.- La SALA DE DECISION ESPECIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL, desconoció en el momento de resolver la petición de mi apoderado el principio de favorabilidad que le cobijaba ya a esa fecha, o sea al presentar una antiguedad de ocho (8) años cuatro (4) meses es decir quedando sobrado de tiempo con relación al requerido reglamentariamente (art. 40 Decreto 0052/87) para su inscripción correspondiente como lo establecen los arts. 132, 133 del Decreto 52/87 de acuerdo con lo previsto en los Decretos 2464/85 y 1190 y 2400/86.

2.- El artículo 132 del Decreto 0052 de 1987 en ningún momento excluye directamente al solicitante ARMANDO MAJE MARTINEZ de la inscripción de la CARRERA JUDICIAL o ADMINISTRATIVA, por lo contrario es muy claro al manifestar en su parte final. . . . . podrán ingresar en la CARRERA JUDICIAL previo el análisis de los documentos presentados para el efecto, de conformidad con los Decretos 1190 y 2400 de 1986. Es decir que el principio de favorabilidad está contemplado en el previo análisis de los documentos pues, si al resolverse la petición se encontraba llenando totalmente los requisitos establecidos; tenía que ser aceptada su inscripción pero, como no sucedió así se están violando los decretos creados para su regulación". (fl. 3 ibídem).

Por auto de enero 20 de 1988, el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda y ordenó su trámite. (fl. 14 ibídem).

En escrito de agosto 11 de 1988, el apoderado de la Nación (Ministerio de Justicia) solicita al a-quo declarar la nulidad del proceso, por considerar que el Tribunal Administrativo del Huila carece de competencia de conformidad con las disposiciones pertinentes del C. C. A.

En providencia de septiembre 22 de 1988, el Tribunal declara la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, y ordena la remisión del expediente al Consejo de Estado, por considerar que los actos acusados son del orden nacional, y porque el negocio carece de cuantía. (fls. 40 a 45 ibídem).

Admitida por esta Corporación la demanda, por auto de 16 de diciembre de 1988 (fl. 47 ibídem), se agotó el trámite pertinente. La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado considera que, las súplicas impetradas en el escrito demandatorio doben prosperar.

Procede la Sala a decir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

El asunto sub-judice consiste en dilucidar si el señor ARMANDO MAJE MARTINEZ tiene derecho a ser inscrito en la Carrera Judicial como SEcretario Grado 9 del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira Huila.

Puesto que son numerosas las normas que en esta materia se ha expedido, la Sala para el análisis del caso debatido hará en primer lugar un recuento de ellas en orden cronológico de expedición.

En el decreto 2464 de 30 de agosto de 1985 se previó la posibilidad, para los empleados que venían laborando en los juzgados de solicitar y obtener sin necesidad de concurso, su inscripción en la Carrera Judicial, "previo el lleno de las condiciones que se establezcan en las normas que posteriormente se dictarán", indicando que la solicitud debía presentarse hasta el 30 de abril de 1986.

Estas condiciones fueron señaladas por el artículo 2o. del Decreto 1190 de 15 de abril de 1986, así:

> "Con la solicitud de inscripción en la Carrera Judicial, los empleados a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar:
>
> a) Los documentos que acrediten los requisitos mínimos necesarios para el ejercicio del cargo que desempeñan;
>
> b) Certificado de buena conducta y eficiencia, que deberá expedir el respectivo Juez al empleado, dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que reciba la solicitud;
>
> c) Fotocopia autenticada del pasado judicial actualizado expedido por el DAS;
>
> d) Certificado sobre antecedentes disciplinarios, expedido por la Procuraduría General de la Nación".

En el Artículo 7o. de ese decreto, derogado después por el 052 de 13 de enero de 1987 se dijo que la solicitud de inscripción debería entregarse con los documentos indicados, a más tardar el 31 de mayo de 1986.

Vino luego el Decreto 2400 de 29 de julio de 1986, y en su Artículo 201, declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 3 de marzo de 1987, dijo que el ingreso a la Carrera de los empleados de los juzgados no mencionados en su inciso primero, se haría de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2464 de 1985 y 1190 de 1986.

Finalmente el Decreto 052 de 13 de enero de 1987 dispuso que los

empleados judiciales que a la fecha de expedición del mismo hubieren presentado **oportunamente** su solicitud de inscripción, podrían ingresas a la Carrera Judicial previo el análisis de los documentos anexados para el efecto, de acuerdo con el Decreto 1190 de 1986 y 2400 del mismo año.

Cabe preguntar entonces cuáles eran los requisitos que debían acreditarse y cuál la oportunidad para hacerlo.

Del anterior recuento de normas se puede deducir, que para acogerse al beneficio por ser inscritos en la Carrera Judicial sin necesidad de concurso, era preciso:

1o.- Ser empleado judicial con anterioridad al 30 de abril de 1986.

2o.- Haber presentado la solicitud correspondiente a mas tardar el 31 de mayo de 1986, junto con los documentos relacionados en el Art. 2o. del Decreto 1190 de 1986.

3o.- Acreditar en el momento de formular la petición, los requisitos mínimos exigidos por el Art. 4o. del Decreto 1190 de 1986, para el ejercicio del cargo desempeñado.

A la anterior conclusión se llega, porque a 31 de mayo de 1986, fecha límite para presentar solicitudes, era el Decreto 1190 de 1986 que indicaba los requisitos para ocupar cargos en los juzgados.

Porque el artículo 201 del Decreto 2400 de 1986 ordena que la inscripción de estos empleados en la Carrera Judicial se haga de conformidad con lo dispuesto en los Decretos 2464 de 1985 y 1190 de 1986, y porque lo mismo dispuso el artículo 132 del Decreto 052 de 1987 que derogó el 1190 de 1986 excepto los Artículos 2o. y 4o.

Para la Sala no hay duda ninguna acerca de que las calidades que debía acreditar el actor a fin de lograr su inscripción como Secretario Grado 9 del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira Huila, no eran las señaladas en el artículo 41 del Decreto 052 de 1987, sino las previstas en el artículo 4o. del Decreto 1190 de 1986, hoy vigente; porque mal podía acreditarse el 31 de mayo de 1986 requisitos aún no establecidos.

Según la norma mencionada, para ser Secretario Grado 9 de juzgado de cabecera del Circuito Judicial "y otras sedes" se necesita como mínimo poseer diploma en educación media y tener cuando menos 4 años de experiencia en la rama.

Quienes no reunan el requisito del diploma en educación media pueden

compensar 1 año de educación media por un año de experiencia en la rama.

Es decir, que el señor MAJE MARTINEZ, que sólo cursó hasta el 5o. año de primaria, necesitaba acreditar, al presentar la solicitud, y no posteriormente, 10 años de experiencia en la rama, para poderse acoger al privilegio de ser inscrito en la Carrera Judicial sin necesidad de concurso.

El Tribunal en los actos acusados y remitiéndose al artículo 41 del Decreto 052 de 1987 en cuanto a requisitos exigidos para ser secretario grado 9 en Cabecera de Circuito y Juagado Territorial manifestó que el peticionario ha debido acreditar 8 años de experiencia en la rama y sólo tenía al momento de presentar la solicitud 7 años y 27 días.

El demandante alega que con un criterio de favorabilidad debía aceptársele el certificado que posteriormente presentó para comprobar más de los 8 años. Ese es también el parecer de la Agencia del Ministerio Público.

La Sala estima que, por tratarse de un beneficio especial que la ley concede a quienes se encuentren en una determinada situación, no es posible interpretación distinta a la que se desprende de su tenor literal y por tanto para acogerse a él era preciso cumplir al momento de presentar la solicitud, todas las exigencias del Art. 2o. del Decreto 1190 de 1986; y entre ellas está acreditar los requisitos mínimos necesarios para el ejercicio del cargo.

Por esa razón, el Art. 10 del Decreto 1190 de 1986 -hoy derogado por el Decreto 052 de 1987- preveía que quienes no reunieran al tiempo de presentar la solicitud los requisitos del Art. 4o. y los reunieran posteriormente, para ser inscritos en la Carrera deberían superar el concurso.

Así las cosas, el Tribunal Superior del Huila obró conforme a derecho al negarse a reponer la resolución 397 de 10 de octubre de 1987, explicándole al señor Maje Martínez que su opción para ingresar a la Carrera Judicial no era otra que la de participar en un concurso de méritos.

En este orden de ideas es preciso concluir que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar por cuanto el actor no acreditó el 31 de mayo de 1986 los requisitos mínimos exigidos por el Art. 4o. del Decreto 1190 de 1986 para ejercer el cargo de Secretario Grado 9 del Juzgado Promiscuo Municipal de Iquira Huila.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en desacuerdo con el Concepto Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 14 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FALTA CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA / MORA INJUSTIFICADA / APERCIBIMIENTO

El hecho de que un proceso penal permanezca sin actuación ninguna durante 11 años constituye de por sí una falta que puede atenuarse por el exceso de trabajo o por el incumplimiento de los deberes propios del secretario en orden a informar al juez el estado del expediente y pasarlo a su despacho. Pero esos hevchos no hacen desaparecer la falta pues durante tan largo espacio de tiempo, y a pesar de las circunstancias mencionadas, bien hubiera podido pedir el actor informes al Secretario sobre el estado de todos los procesos a su cargo, supervisar su desempeño y visitar las dependencias de las Secretarías, a fin de evitar la parálisis de algunos procesos,s como el constatado por el Tribunal. Por eso a juicio de la Sala se obró correctamente al imponer sólo una sanción de apercibimiento, en atención a los antecedentes profesionales y al buen desempeño laboral que siempre ha mostrado la hoja de vida del actor.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., treinta (30) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 2985. Autoridades Nacionales. Actor: HERNAN JOSE ALVAREZ GARCES

En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho y por medio de apoderado, el doctor Hernán José Alvarez Garcés solicitó ante el Tribunal Administrativo del Cauca declarar la nulidad de la Resolución No. 0186 (octubre 30) de 1986, por medio de la cual la Procuraduría Regional de Popayán resolvió

formalizar acusación en su contra ante el Honorable Tribunal Superior de Popayán, así como la de la providencia de 4 de febrero de 1987, mediante la cual el mencionado Tribunal sancionó con apercibimiento la conducta del demandante por haberlo encontrado incurso en falta contra la eficacia de la Administración de Justicia durante su desempeño como Juez Primero Superior de Popayán. A título de restablecimiento del derecho pidió fuera borrado de su hoja de vida el citado antecedente.

El Tribunal Administrativo del Cauca mediante auto de 20 de agosto de 1987 envió el expediente al Consejo de Estado por competencia.

En la narración de los HECHOS de la demanda el libelista detalla con fechas los pasos que se siguieron entre el 14 de febrero de 1985, cuando la Procuraduría Regional de Popayán abrió la investigación disciplinaria, hasta el 4 de febrero de 1987, fecha en que la Sala Disciplinaria del Tribunal de Popayán impuso la sanción de apercibimiento.

Dentro de esa relación fáctica se destaca:

Que el 12 de septiembre de 1986 pidió declarar prescrita la acción disciplinaria iniciada en su contra;

Que el 24 de los mismos mes y año, la Procuraduría no accedió a tal petición y más bien ordenó continuar la investigación;

Que ese auto no le fue notificado personalmente;

Que el 30 de septiembre de 1986, la Procuraduría ordenó compulsar copias de las visitas efectuadas al Juzgado Primero Superior de Popayán entre el 1o. de septiembre de 1971 y marzo de 1985;

Que tampoco ese auto se le notificó personalmente;

Que el 22 de noviembre de 1986 el funcionario acusado ofició a la Sala Disciplinaria haciendo notar que no se habían practicado las pruebas pedidas para justificar la mora, e hizo hincapié en su rendimiento en el trabajo "durante la época de mora".

Que producida la sanción, le fue notificada personalmente; él apeló y la Sala Disciplinaria, en providencia de 13 de febrero de 1987, negó el recurso de apelación.

La demanda estimó como violadas con los actos acusados estas normas: C.N., artículo 26; artículos 179, 180, 181, 215 y 335 del C. P. P.; artículos 187 y 348 del C. P. C.; artículos 10 y 22 del Decreto 3404 de 1983.

El concepto de la violación se desarrolla extensamente y se hace consistir, fundamentalmente, en que dentro de la investigación disciplinaria se dejaron de practicar pruebas solicitadas por el accionante y en que no se le notificaron personalmente los autos por los cuales no accedió a declarar prescrita la acción disciplinaria y se ordenó compulsar copias de las visitas efectuadas al Tribunal. Dice el demandante, en esencia, que se vulneró su derecho de defensa porque si se hubiera ordenado, en la práctica de pruebas, una visita ". . . . . para constatar determinadas actuaciones y trabajos realizados durante el lapso de la presusnta mora. . . . " la decisión dentro del disciplinario hubiera sido diferente.

En su vista de fondo, la doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado es de parecer que se nieguen las súplicas de la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide la actuación, procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El asunto se contrae a establecer si se ajustan a derecho estos dos actos: la Resolución 0186 (octubre 30) de 1986 por medio de la cual la Procuraduría Regional de Popayán formalizó acusación al doctor Hernán José Alvarez Garcés por faltas contra la eficacia en la administración de justicia; y la Resolución de la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, de 4 de febrero de 1987, mediante la cual se le impuso sanción de apercibimiento por haber sido encontrado incurso en mora injustificada en la tramitación de un proceso cuando se desempeñó como Juez Primero Superior de Popayán.

Observa la Sala en primer término que ninguna de las normas contenidas en el Decreto 250 de 1970 ni en el 1660 de 1978, en lo referente a procesos disciplinarios, fueron citadas como violadas.

Solo las del Código Penal en cuanto a notificaciones, resultan aplicables en los procesos disciplinarios, por disponerlo así el artículo 20 de la Ley 20 de 1972; y no lo son las del Código de Procedimiento Civil, por tratarse en este caso de actuaciones administrativas y no de un procedimiento judicial.

El propio señor Alvarez Garcés acepta haber incurrido en mora por cuanto ninguna actuación se cumplió en un expediente en el que se tramitaba un proceso por homicidio, durante once (11) años y catorce (14) días comprendidos entre el 9 de marzo de 1972 y el 24 de marzo de 1983.

Como lo analiza juiciosamente el Tribunal en la Resolución sancionatoria, esa mora constituye falta contra la eficacia requerida en la administración de justicia.

No puede ser eximente total de responsabilidad lo alegado por el doctor

Alvarez en el sentido de que la mora se presentó porque el Secretario del Juzgado no le informó de la existencia del señalado proceso. Como bien lo advierte el Tribunal, si esa era obligación del Secretario, también era deber ineludible del Juez "realizar personalmente lAs tareas que les sean confiadas y responder del uso de la autoridad que les ha sido otorgada y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que en ningún caso queden exentos de la responsabilidad que les incumbe por la que corresponda a sus subordinados", según lo establecido en el Decreto 1660 de 1978, artículo 158-8.

El hecho de que un proceso penal permanezca sin actuación ninguna durante 11 años constituye de por sí una falta que puede atenuarse por el exceso de trabajo o por le incumplimiento de los deberes propios del secretario en orden a informar al juez el estado del expediente y pasarlo a su Despacho. Pero esos hechos no hacen desaparecer la falta pues durante tan largo espacio de tiempo, y a pesar de las circunstancias mencionadas, bien hubiera podido el actor pedir informes al Secretario sobre el estado de todos los procesos a su cargo, supervisar su desempeño y visitar las dependencias de las secretarías, a fin de evitar la parálisis de algunos procesos, como el constatado por el Tribunal.

Por eso, a juicio de la Sala, se obró correctamente al imponer solo una sanción de apercibimiento, en atención a los antecedentes profesionales y al buen desempeño laboral que siempre ha mostrado la hoja de vida del doctor Hernán Alvarez Garcés.

Los argumentos que tienen que ver con la falta de notificación personal de algunos actos proferidos dentro del proceso disciplinario y con la negativa a practicar algunas pruebas, no son suficientes para infirmar la decisión acusada.

Quien adelanta la actuación previa a la imposición de la sanción puede calificar la conducencia y la eficacia de la prueba y negar su práctica si a ello hay lugar.

Nótese que en ningún momento el Tribunal desconoció la congestión del Despacho a cargo del Jez ni el exceso de trabajo.

Tampoco podía resultar justificada la mora de 11 años y 14 días con la comprobación del trabajo adelantado en el juzgado en el lapso mayo 29 de 1985 - 28 de septiembre de 1989, pues ésta es una etapa muy posterior a aquella en la cual el proceso penal se mantuvo estático en el Juzgado regentado por el actor.

Las notificaciones de los actos intermedios no era necesario hacerlas personalmente. No lo exigen así los artículos citados del C. de P. P.

Concluye la Sala, del examen de los elementos de juicio aportados, que el proceso se adelantó en legal forma, al inculpado se le dió oportunidad de

desvirtuar la falta y no aparece vulnerado su derecho de defensa.

Como ninguna de las normas invocadas por el actor en su demanda aparece infringida, la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos se mantiene incólume y por tanto habrán de negarse las súplicas impetradas.

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:

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 14 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE /DOCENTE DE CATEDRA

Los docentes de las universidades oficiales en el orden nacional son de tiempo completo, tiempo parcial y de cátedra. Los dos primeros son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les otorga el estatuto docente, no siendo por lo tanto funcionarios de libre nombramiento y remoción, salvo durante el primer período contado a partir del nombramiento, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón, amparado en la estabilidad que la ley señala en los períodos respectivos según la calidad que cada profesor ostente. El docente de cátedra no tiene el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confiere el estatuto docente, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1188. Actor LUIS HERNANDO ANDRADE RIOS.

LUIS ANDRADE RIOS, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita "se declare la nulidad del acto administrativo R-74 de 2 de enero de 1982, proferido por el Rector de la Universidad del Cauca" y como consecuencia se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual categoría, así como el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, pues la Rectoría solamente le reconoció las horas de clase dictadas al comienzo del período académico de 1982.

Para decir, el actor enuncia que se vinculó al servicio docente de la Universidad del Cauca, el 16 de marzo de 1971, mediante contrato de prestación de servicios docentes, permaneciendo hasta el 3 de marzo de 1982, fecha en que fue retirado unilateralmente.

Durante su vinculación se desempeñó como profesor adscrito a la facultad de Derecho, en dedicación exclusiva, tiempo completo, medio tiempo y cátedra.

Alcanzó la categoría de Profesor II en el escalafón docente universitario, según Resolución No. 58 de 6 de marzo de 1980 del Consejo Académico debidamente ratificada por el Consejo Superior Universitario.

Expresa que como profesor de cátedra, recibió la orden del Consejo de la Facultad de Derecho y del Decano, de iniciar clases una vez le fue asignada la carga académica, a partir del 16 de febrero de 1982 y hasta febrero de 1983, término del período académico para el cual fue así llamado.

Dictando la asignatura de "Práctica Forense Laboral", recibió la comunicación rectoral de su retiro, a partir del día 3 de marzo de 1982, desconociéndole la estabilidad de que gozaba conforme al estatuto docente, consagrado en el Acuerdo No. 27 de 1970.

Reconstruído el proceso, de acuerdo con el Decreto 3825 de 1985, se ordenó que una vez practicadas las pruebas solicitadas, se debería correr en traslado a la Fiscalía para concepto de fondo.

En la copia de la sentencia del Tribunal Administrativo, se dice que la Universidad del Cauca se opuso a las pretensiones del actor por cuanto el actor renunció a su status de escalafonado, voluntariamente y solicitó el cambio como profesor de cátedra, vinculado mediante contrato administrativo de prestación de servicios docentes a término definido, regido por el Decreto 80 de 1980, el cual puede el Rector renovar o no.

Según la misma sentencia, el Fiscal Cuarto del Tribunal conceptuó que se deben despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda, en virtud de que el actor al perder voluntariamente su escalafón docente, no estaba amparado por ninguna norma, que le otorgara estabilidad y la Universidad podía o no, al vencimiento del contrato de prestación de servicios, renovarle el contrato.

Agrega que respecto de las nulidades de las Resoluciones números 874 y 1082 de 1982, tales actos no fueron claramente determinados y por lo tanto no le es dable acceder a lo pedido.

El Tribunal Administrativo, declaró la nulidad del Oficio R-074 de 21 de marzo de 1982 y de las Resoluciones 874 y 1082 de junio 2 y 8 de julio de 1982,

respectivamente y como consecuencia ordenó cancelar al actor los salarios y demás beneficios dejados de percibir, durante el período académico comprendido entre el mes de febrero a diciembre de 1982, y negó el reintegro solicitado en el punto primero de la demanda.

Para tomar la decisión, el Tribunal advierte que el actor aunque estuvo "vinculado con la Universidad del Cauca, con un contrato de trabajo, no era trabajador oficial, sino empleados público (sic)" y hallándose escalafonado como profesor II, pertenecía al escalafón de la carrera docente de la Universidad y aunque según los artículos 97 y 98 del Decreto 80 de 1980 la vinculación del docente de cátedra, se realiza mediante contratos de prestación de servicios por períodos académicos, la determinación de renovar o no un contrato está sometida a requisitos por tratarse de personal escalafonado en una carrera, y goza de estabilidad.

Expresa el Tribunal, que la decisión del Rector de no renovar el contrato al actor, con base en que contra éste existían denuncias de carácter penal y administrativo, por supuestos ilícitos contra la fe pública, atribuída a funcionarios del claustro y a un Procurador General de la Nación, lesionan el derecho del actor privándolo de la oportunidad de defenderse, por lo cual puede deducirse que el acto era ilegal por abuso y desviación de poder.

Finalmente, señala que la orden de reintegro no puede ordenarse, porque el período académico esta fenecido.

Apelada la sentencia por la Universidad del Cauca, manifiesta su inconformidad, por cuanto el fallo del Tribunal confunde el contrato de prestación de servicios con el contrato de trabajo, lo cual condujo a que el sentenciador le otorgara al actor una estabilidad relativa; el Rector estaba facultado para contratar o no con el demandante y el actor cuando fue profesor de tiempo completo estaba amparado por el fuero docente, pero no en su calidad de profesor de cátedra.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, estima que la sentencia apelada debe ser confirmada, en virtud de que el actor por pertenecer al escalafón docente de la Universidad del Cauca, su remoción no podía ser producto de un acto discrecional, y la prescindencia del debido proceso le comunica prosperidad a sus pretensiones.

Para resolver, se

CONSIDERA:

1.- El retiro del profesor LUIS HERNANDO ANDRADE RIOS, se produjo en el mes de marzo de 1982, época en que se encontraba rigiendo el Decreto

Extraordinario 80 de 1980, estatuto mediante el cual se organiza el sistema de la educación post-secundaria, aplicable al personal de la Universidad del Cauca, establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

2.- Igualmente bajo la vigencia del citado estatuto legal, la última vinculación del actor con la Universidad del Cauca se rigió mediante el contrato de prestación de servicios docente, en el período académico comprendido entre el 21 de octubre de 1981 al 15 de febrero de 1982.

3.- Los docentes de las Universidades oficiales en el orden nacional, son de tiempo completo, tiempo parcial y de cátedra.

Los dos primeros: el profesor de tiempo completo y de tiempo parcial, son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les otorga el estatuto docente, no siendo por lo tanto, funcionarios de libre nombramiento y remoción, salvo durante el primer período contado a partir del nombramiento, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón, amparado en la estabilidad que la ley señala en los períodos respectivos según la calidad que cada profesor ostente.

El empleado público debe su calidad de tal, al desempeño de un empleo público, creado conforme a las disposiciones legales y precisamente solo pueden ingresar a ellos los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial.

Su régimen laboral es estatutario y su vinculación y retiro se efectúa, por regla general, mediante acto administrativo.

En sentido contrario, el docente de cátedra, no tiene el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confiere el estatuto docente, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes.

El estatuto docente debe ceñirse y regular lo antes expuesto, estatuto que debe ser expedido por el Consejo Superior y que para ser válido debe estar aprobado por el Gobierno Nacional.

A los anteriores presupuestos se refieren los artículos 93 inciso primero, 97, 98, 109, 120 y 131 del Decreto Extraordinario 80 de 1980, cuyo tenor literal advierte lo siguiente:

Artículo 93.- Los docentes son de tiempo completo, de tiempo parcial y de cátedra.

. . . . . .

Artículo 97.- Los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial están amparados por el régimen especial previsto en este Decreto y, aunque son empleados públicos, no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el artículo 109 de este Decreto, cuando se trata de un primer nombramiento en la institución.

El desempeño de la docencia con dedicación de tiempo parcial no es, por èste solo hecho, incompatible con el ejercicio profesional, con el desempeño de otros empleos públicos de tiempo parcial, ni con la celebración de contratos con el Estado. Sin embargo, no se podrá contratar con la institución a la que dicho docente se encuentra vinculado.

Artículo 109.- La pertenencia al escalafón confiere estabilidad al docente de tiempo completo y de tiempo parcial así:

La calidad de Instructor o de Profesor Auxiliar otorga estabilidad por períodos sucesivos de dos años calendario a partir del segundo año, cuando el docente podrá solicitar su inscripción en el escalafón.

La calidad de Profesor Asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro años calendario.

La calidad de Profesor Titular otorga estabilidad por períodos sucesivos de cinco años calendario.

Si con antelación no inferior a un mes a la fecha de vencimiento del período respectivo, la institución no manifestare al docente su decisión de dar por terminada la relación laboral, ésta continuará vigente por un nuevo período.

Todo primer nombramiento de un docente de tiempo completo o de tiempo parcial será por el término de un año, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón.

Parágrafo.- Este artículo se aplicará sin perjuicio de las situaciones jurídicas individuales consolidadas conforme a derecho, mientras el docente permanezca al servicio de la institución a la que se encuentre vinculado en la fecha de expedición del presente Decreto.

Artículo 120.- El Estatuto o Reglamento para el personal docente que adopte el respectivo Consejo Superior se ceñirá a lo preceptuado del Gobierno Nacional. En dicho Estatuto se regulará lo concerniente a los mecanismos y procedimientos de evaluación.

Artículo 131.-Sólo se podrán hacer nombramientos para cargos vacantes

contemplados en la planta de personal.

El nombramiento en contravención de lo dispuesto en este artículo es ilegal y podrá ser declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativo.

Así mismo, la autoridad nominadora deberá declarar la insubsistencia correspondiente tan pronto tenga conocimiento de la ilegalidad, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

Por consiguiente, no le asiste razón al Tribunal Administrativo, cuando afirma que el actor era un empleado público, con estabilidad garantizada por un estatuto docente y por lo tanto la posibilidad de tener derecho a ser reintegrado.

4.- Respecto de la solicitud de cancelación del período, en que dice el actor estuvo prestando sus servicios a la Universidad sin existir el contrato de prestación de servicios, merece especial comentario el hecho de que ni el Presidente o Director del Consejo de Facultad, ni el Decano, tienen facultad para vincular a un docente de cátedra, pues saldo que exista delegación, tal función le corresponde desarrollarla al Rector de la Universidad como representante legal y ordenador del gasto, conforme lo preceptúa el artículo 157 del Decreto 294 de 1973 vigente para esa época, hoy art. 91 de la Ley 38 de 1989.

Por lo tanto, no es válido afirmar como lo hace el actor, que el Rector procediera a no vincularlo, contrariando la orden del Consejo Académico y de la Decanatura, porque fueron estas unidades las que procedieron a ordenar una vinculación y por lo mismo un gasto, sin tener competencia para ello, debido a que la ley había atribuído esa función al Representante legal de la Universidad. Además es discutible que el Consejo Académico ordenara la vinculación del actor, cuando el Presidente de dicho Consejo es el Rector y no hay prueba en el expediente de que tal funcionario haya dado la orden.

5.- El actor, como todo docente de cátedra, no tenía derecho sino exclusivamente al pago de las horas efectivamente dictadas de acuerdo con su escalafón, como en efecto lo ordenó la Universidad, mediante las Resoluciones 874 y 1082 de 1982 y acorde con el artículo 98 del Decreto 80 de 1980.

6.- En cuanto a la afirmación de que se retiró al demandante sin que previamente se le adelantara el proceso disciplinario correspondiente, conviene señalar que el decreto 80 de 1980, consagra el régimen disciplinario únicamente respecto de los empleados públicos, ya sean docentes o administrativos y no del personal vinculado por contrato de prestación de servicios, ya que estos contratistas, en caso de cometer conductas contrarias a la ética o a las funciones pactadas en las cláusulas, se hacen acreedores a las sanciones y consecuencias pactadas.

Por cuanto el actor no tenía el carácter de docente de tiempo completo ni

de tiempo parcial, no era válido aplicarle el procedimiento previsto por el art. 103 del estatuto docente, de una parte y de la otra, la Universidad no podía imponerle las sanciones propias del contrato de prestación de servicios, porque el último que había suscrito con el demandante ya había vencido y no estaba prorrogado y tampoco se había suscrito uno nuevo con el actor. Así, no es válido señalar como lo afirmó el Tribunal, que al demandante no se le dió la oportunidad de defenderse. Además el propio Rector según consta en el proceso, solicitó se investigaran tales hechos tanto a nivel disciplinario como penal.

Ante el oficio del Rector, en el cual se manifiesta su inconformidad para renovarle el contrato por existir razones éticas, el actor podía ejercer su defensa si lo consideraba oportuno, ante la justicia penal o ante la Procuraduría General de la Nación, pues no se trata de afirmar que como ciudadano estuviera indefenso.

7.- Las declaraciones juramentadas de JORGE SALCEDO SEGURA, ALVARO JUAN TAFUR GALVIS, GALO ARMANDO BURBANO LOPEZ, ANTONIO JOSE LOPEZ MORALES, LUIS AFRANIO TOBAR y ALVARO CONCHA NARVAEZ, conducen a concluir que el actor era una persona estimada en el medio universitario, de gran dedicación a la docencia y de excelentes condiciones profesionales y personales.

Sin embargo, ellas no conducen a desvirtuar los hechos expuestos ni a confirmar los derechos pret4endidos en el libelo de demanda.

8.- Cabe finalmente señalar, que el Rector de la Universidad vencido el término del contrato de prestación de servicios docente con el actor, no se encontraba obligado a suscribir uno nuevo con él, por cuanto aquel docente de cátedra no se encontraba amparado por ningún régimen de estabilidad laboral.

Por los motivos señalados, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Primero: Revócase la sentencia apelada.

Segundo: Niéganse las súplicas de la demanda.

Tercero: En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 22 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

NOTARIO/EDAD DE RETIRO/POTESTAD REGLAMENTARIA - Límites

El gobierno no excedió la potestad reglamentaria con la expedición de los artículos 45, 46, 48 y 49 del Decreto 717 de 1974, ya que no se hizo otra cosa que desarrollar y concretar un sistema de retiro forzoso para los notarios, implícito en los textos del Decreto 960 de 1970 y expresamente establecido para todo empleado público en el artículo 31 del Decreto Estraordinario 2400 de 1968. En el caso de autor el actor para la fecha de expedición del Decreto acusado contaba con más de 65 años de edad, era procedente que el gobierno nacional ordenara su retiro del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., mayo treinta y uno (31) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1675. Actor: VICTOR CARVAJAL ORTEGA. Decretos del Gobierno.

En acción de plena jurisdicción, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", el señor VICTOR CARVAJAL ORTEGA, mediante apoderado, pide al Consejo de Estado que declare nulos los artículos 1 y 2 del Decreto 1035 de mayo 8 de 1980 del Gobierno Nacional, en cuanto se omitió confirmar al actor como Notario Doce del Círculo de Medellín, para el período comprendido entre el 1o. de enero del citado año y el 31 de diciembre de 1984, y en cuanto se designó en esa Notaría para el referido período, a la doctora MARTHA INES ALZATE; asimismo, la nulidad del acto por medio del cual se confirmó el nombramiento de ésta y, como consecuencia de lo anterior, el correspondiente restablecimiento del derecho.

Como hechos en los cuales fundamenta su demanda, señala que el demandante venía desempeñándose en la comentada notaría desde el año de 1975 y que por Resolución No. 015 de febrero 24 de 1976, el Consejo Superior de la Administración de Justicia incorporó al actor a la Carrera Notarial, confiriéndole los derechos que consagra el artículo 178 del Decreto 960 de 1970; que de conformidad con el artículo 181 de dicho decreto, el doctor CARVAJAL ORTEGA ha debido ser confirmado en el cargo que ocupaba; que en el momento de expedirse el decreto impugnado, el citado notario no se encontraba en situación de retiro forzoso ni de pérdida del empleo.

Como normas superiores infringidas con los actos acusados, el demandante citó los artículos 178 y 181 del Decreto 960 de 1970, en concordancia con los artículos 144, 147 y 185 del mismo decreto, y la Resolución No. 015 de febrero 24 de 1976, dictada por el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

En cuanto al concepto de la violación, en el escrito demandatorio se afirma que el doctor VICTOR CARVAJAL ORTEGA no estaba en ninguna de las circunstancias de retiro forzoso que determina el artículo 185 del Decreto 960 de 1970, ni tampoco se encontraba comprendido por ninguna de las causales de pérdida del empleo que establece el artículo 144 de la citada disposición, por lo que el Gobierno Nacional debió confirmar al actor como Notario Doce del Círculo de Medellín; que con la expedición de los actos enjuiciados se violan igualmente el artículo 30 de la Constitución Nacional, el artículo 67 del C.C.A., y el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, en concordancia con el artículo 5 del Plebiscito de 1957 y 16 de la Carta; que con la expedición de los actos impugnados no se protegió el derecho del demandante a permanecer en el empleo que venía desempeñando; que de la misma manera fueron infringidos el artículo 6o. del Acto Legislativo No. 1 de 1979, el artículo 62 del C. C. A., el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal y el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, en concordancia con los artículos 14 de la misma ley, 120 ordinal 3, 62 y 76 ordinal 10 y 188 de la Constitución Política; que para expedir los actos acusados se tuvieron en cuenta los artículos 45 y 46 del Decreto 717 de 1974 que señalan la edad para el retiro forzoso de los notarios, con lo cual se violó el artículo 60 del acto legislativo No. 1 de 1979, pues tales artículos son inexequibles y por lo tanto el gobierno no podía darles aplicación, ya que es manifiesta la contradicción entre el decreto reglamentario 717 de 1974 y el decreto extraordinario 960 de 1970; que los artículos 183 y 194 del decreto 960 de 1970 fueron expresamente derogados por el artículo 46 del decreto 2163 de ese año; que no puede un simple decreto reglamentario entrar a estatuír una causal de retiro forzoso por edad, que no determina la disposición reglamentada, teniendo en cuenta que es la ley la competente para el efecto; que se desconoció el principio general de derecho, según el cual todo acto administrativo debe ser motivado, si no es de mero trámite, que por las diversas razones expuestas resulta también afectado de nulidad el acto por el cual se confirmó el nombramiento de la doctora MARTHA INES ALZATE como Notario Doce de Medellín (fls. 51 a 58).

En el proceso se hicieron presentes, como parte impugnadora la doctora MARTHA INES ALZATE DE RESTREPO, quien mediante apoderado presentó los correspondientes alegatos, (fls. 60 a 61 y 64 a 70), y la Superintendencia de Notariado y Registro. (folio 90).

El proceso fue reconstruido por auto de mayo 26 de 1988 (folio 95). La doctora Fiscal Quinta de la Corporación, en su concepto de enero 18 de 1989, considera que deben denarse las súplicas de la demanda (fls. 194 a 197).

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

En el concepto emitido por la distinguida colaboradora del Ministerio Público a que se ha hecho referencia, se manifiesta lo siguiente:

> Uno de los puntos más importantes para dilucidar el presente caso es el de establecer si los artículos 45 y 46 del Decreto 717 de 1974 son inconstitucionales como lo sistiene el señor apoderado del actor. Esta normatividad fue derogada por el artículo 148 del decreto - reglamentario número 2148 del 1o. de agosto de 1983. Pero como los actos acusados se profirieron con anterioridad a esta controversia, esta gira sobre la aplicabilidad de los artículos citados del Decreto 717 de 1974.
>
> El Consejo de Estado, en providencia de Sala Plena, de fecha 22 de octubre de 1981, definió este punto al señalar que el Decreto antes mencionado no violó ordenamiento superior alguno. En estas condiciones, para la fecha de los actos acusados, los notarios que cumplían la edad de 65 años debían retirarse al terminar el respectivo período, perdiendo así la garantía de estabilidad en el cargo, como funcionario de la Carrera Notarial, por haberse configurado una de las causales de retiro forzoso expresamente consagrada en el Decreto 2400 de 1968 en su artículo 31.
>
> En el presente caso está rpobado con la partida de Bautismo visible al folio 188 del expediente, que el actor fue bautizado a los cuatro días de nacido, el 15 de octubre de 1912. O sea, que para el momento en que se produjo el nombramiento del Notario que lo reemplazó -Mayo 8 de 1980- para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1980 al 31 de octubre de 1984, el demandante había llegado a la edad de rtiro forzoso y por ende había perdido la estabilidad alegalda.
>
> En estas condiciones, y sin entrar a estudiar las otras snormas señaladas como violadas, por considerar que sobraría cualquier pronunciamiento al respecto habiéndose probado la edad del actor, se concluye que los actos demandados siguen amparados por la presunción de legalidad. (fl. 197).

En efecto, acorde con el planteamiento de la doctora Fiscal del Consejo de Estado, para la fecha de expedición de los actos enjuiciados se encontraba vigente el artículo 46 del decreto 717 de 1974, según el cual "Señálase como edad de retiro forzoso para los Notarios la de sesenta y cinco años", disposición que luego vino a ser derogada por el decreto 2148 de 1983 (artículo 148).

De otra parte, la Corporación en sentencia de octubre 22 de 1981 (Sala Plena), Consejero Ponente doctor IGNACIO REYES POSADA, declaró que el gobierno nacional no había excedido la potestad reglamentaria con la expedición de los artículos 45, 46, 48 y 49 del decreto 717 de 1974 acusados de nulidad, ya que no se hizo otra cosa que desarrollar y concretar un sistema de retiro forzoso para los notarios implícito en los textos del decreto 960 de 1970 y expresamente establecido para todo empleado público en el artículo 31 del decreto extraordinario 2400 de 1968, razón por la cual aquel decreto no reglamentó normas derogadas sino vigentes, no obstante la derogatoria de los artículos 183, 186 y 187 del decreto extraordinario 960 de 1970 (Diccionario Jurídico, Tomo IV, 1981-1982, páginas 579 a 584).

Como el doctor VICTOR CARVAJAL ORTEGA, para la fecha de la expedición del decreto acusado contaba con más de 65 años de edad, como se infiere de los documentos que reposan a folios 88, 118 y 191 del expediente, era procedente, que el gobierno nacional ordenara su retiro del servicio notarial, como en efecto sucedió.

Así las cosas, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Fiscal,

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 8 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Julio Ramírez, Conjuez, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

BANCO DE LA REPUBLICA - Régimen de personal / **EMPLEADO PUBLICO** - Régimen aplicable / **JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA / OFICINA DE CAMBIOS**

El artículo 214 del Decreto 444/67 contempla una situación excepcional en la cual coloca a los empleados del Banco de la República que presten sus servicios en la Oficina de Cambios, consistente en asimilarlos a funcionarios públicos para efectos de su responsabilidad legal; y es evidente que ellos son responsables ante la ley por la conducta que observen en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que para efectos de la responsabilidad desde el punto de vista disciplinario deben considerarse empleados públicos y las sanciones se les aplicarán en la misma forma en que se aplican a los demás empleados públicos. Siendo ello así, la competencia de esta jurisdicción para conocer de los litigios originados en la exigencia de responsabilidades a tales funcionarios es nítida.

BANCO DE LA REPUBLICA - Vigilancia/**SUPERINTENDECIA BANCARIA**- Facultades/ **PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION** - Facultades / **DESTITUCION / DERECHO DE DEFENSA**

A la Superintendencia Bancaria corresponde una vigilancia especializada sobre el Banco de la República y sobre sus servidores a través de un control disciplinario que ejerce conforme a la ley en cuanto a funciones especializadas se refiere; pero este control no excluye el que pueda ejercer la Procuraduría sobre la conducta de los empleados del Banco que desempeñen funciones públicas y con mayor razón sobre la conducta de quienes por ley se asimilan a empleados públicos. En el sub lite es evidente que la sanción disciplinaria de destitución se aplicó sin que se hubiera cumplido previamente el debido proceso y en consecuencia es clara la

violación del derecho de defensa.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4222. Actor ANTONIO MARIA CLARET PEREZ SANTOS

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Banco de la República contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Antonio Pérez Santos demandó del Tribunal Administrativo de Bolívar la nulidad de las Resoluciones 14 del 4 de mayo de 1984 y SGJ 039 del 22 de junio de 1984, del Banco de la República, por medio de las cuales se le destituyó del cargo de Jefe Seccional de la Oficina de Cambios de Cartagena. Pidió también, como consecuencia de tal nulidad, el restablecimiento de su derecho, consistente en el reintegro al cargo, el pago de todas las sumas dejadas de percibir y el cómputo del tiempo que estuvo fuera del servicio como realmente laborado, para efectos prestacionales.

Los HECHOS fundamentales de la demanda son estos:

Que trabajó en la Oficina de Cambios del Banco de la República desde el 11 de enero de 1971 hasta cuando fue destituído el 4 de mayo de 1984, lapso durante el cual actuó con eficiencia, honestidad y responsabilidad;

Que los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1984 fue llamado en comisión a Bogotá, sin que se le diera a conocer el objeto de la misma;

Que el día 30, finalmente, se le requirió para rendir declaración sobre diversos hechos, inclusive de carácter familiar y matrimonial;

Que luego no se le permitió reasumir su cargo en Cartagena, y que permaneció sin trabajar hasta que el día 4 de mayo de 1984 el Gerente del Banco en aquella ciudad le dijo que había sido destituído;

Que jamás se le formularon cargos, ni rindió descargos, ni se le adelantó procedimiento disciplinario, ni fue oída la Comisión de Personal, que no existe;

Que, en suma, se desconoció flagrantemente su derecho de defensa al

omitir todos los pasos requeridos para un proceso disciplinario.

EL FALLO RECURRIDO

El Tribunal en la sentencia apelada accedió a las súplicas de la demanda, fundamentando su decisión en lo siguiente:

a) En que los funcionarios de la Oficina de Control de Cambios tienen la categoría de funcionarios públicos pues así lo establecen el Decreto 444 de 1967 y el contrato celebrado entre el Gobierno y el Banco de la República para el manejo de esa oficina.

b) En que el Subgerente Ejecutivo Internacional obró sin competencia al producir la destitución del actor porque siendo el Gerente del Banco de la República el representante legal en dicha entidad, es él quien tiene la facultad de nombrar y remover los funcionarios de la mencionada oficina; y aun cuando la parte pertinente del Acta No. 3732 de 19 de enero de 1984 de la Junta Directiva del Banco da cuenta de que se autorizó al Gerente para delegar en el Subgerente Ejecutivo Internacional esa facultad, no aparece demostrado que hubiera hecho esa delegación por acto administrativo alguno.

c) Que también se produjo violación del artículo 321 del C. de R. P. y M. por no estar firmadas las resoluciones en la forma indicada en esa disposición.

d) Que aún tratándose de un empleado de libre nombramiento y remoción, si se le acusa de haber cometido alguna falta que pueda dar lugar a sanción de destitución, se le debe adelantar un proceso disciplinario conforme al procedimiento establecido en la ley, dentro del cual tenga oportunidad de ejercer el derecho de defensa consagrado en la Constitución Nacional; y en este caso no se cumplió tal procedimiento conforma a la ley 13 de 1984 que era en ese momento la aplicable.

ARGUMENTOS DE LA PARTE RECURRENTE

El Banco de la República al sustentar el recurso de apelación insiste en afirmar que el asunto no es de competencia de esta Jurisdicción.

Que el Tribunal declaró no probada la excepción propuesta sin analizar ni el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 ni los artículos 1o. a 5o. del Decreto 1848 de 1969, únicas disposiciones a partir de las cuales puede definirse la naturaleza jurídica de un servidor estatal.

Que partiendo de la naturaleza jurídica de la entidad puede determinarse la de sus servidores.

Analiza el artículo 214 del Decreto 444 de 1967 y afirma que esta norma

"asimila" a la categoría de funcionarios públicos a los empleados de la Oficina de Cambios para efectos de su responsabilidad legal y al utilizar esa expresión parte de la base de que no son funcionarios públicos.

Sostiene que la asimilación no es total y se refiere solo a la responsabilidad legal pero no al resto de aspectos labvorales, económicos etc., los cuales deberán regirse por el régimen jurídico laboral aplicable a cualquier empleado del Banco de la República, toda vez que la Oficina de Cambios funciona como una dependencia del Banco.

En segundo lugar aduce nulidad del proceso por no haberse notificado en legal forma al Gobierno Nacional.

Por lo que hace al fondo del asunto alega que para la delegación de funciones en el Subgerente Ejecutivo Internacional no hacía falta acto administrativo puesto que la Junta Directiva había autorizado ya la delegación como consta en el acta No. 3732 de 19 de enero de 1984; que esa delegación no se puso en entredicho por el demandante y que en este aspecto es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto 386 de 1982 donde se establece el régimen interno y externo del Banco, excluyendo en forma expresa la aplicación de las normas que reglamentan las entidades descentralizadas, prevaleciendo el derecho privado en las operaciones y actuaciones del Banco.

Critica también lo dicho por el Tribunal acerca de la violación del artículo 321 del C. de R. P. y M. porque tal exigencia solo tiene que ver con los empleados públicos.

En cuanto a la ausencia del proceso disciplinario argumenta que cuando el Banco actúa en relación con la Oficina de Cambios lo hace conforme al artículo 80 del C. C. A. y por tanto debe descartarse la referencia a los Decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, aplicables solo a los procedimientos disciplinarios del sector público.

Que no obstante, al señor Pérez Santos sí le informaron los cargos que dieron lugar a la destitución, se le recibió una exposición y se le concedieron oportunidades para desvirtuarlos y pedir pruebas.

Termina manifestando que so pretexto de haberse incumplido un supuesto proceso disciplinario que no es obligatorio en el Banco de la República, no puede desconocerse la gravedad de la falta e ignorar la inmoralidad y la indignidad.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo estima que el actor sí tenía la categoría de empleado público sujeto a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria.

Que el vicio de incompetencia de que adolece la actuación se opera por un concepto diferente al indicado en la demanda. Pero que es tan manifiesta la violación del artículo 26 de la Constitución, garante del debido proceso, que puede y debe el juzgador aplicar casi que oficiosamente la excepción de inconstitucionalidad.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Competencia de esta jurisdicción

En primer término deberá dilucidarse si el demandante en su condición de Jefe Seccional de la Oficina de Cambios de Cartagena, al servicio del Banco de la República, tenía la categoría de empleado público, pues de ello depende la determinación de la jurisdicción competente para conocer de este proceso.

Para ello no es necesario acudir, como lo solicita la parte recurrente, ni al artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 ni al decreto reglamentario 1848 de 1969.

Como el señor Antonio Pérez Santos prestaba sus servicios en la Oficina de Cambios, la norma aplicable es el artículo 214 del Decreto 444 de 1967.

El artículo 213 de ese estatuto creó la Oficina de Cambios y le atribuyó las funciones en él señaladas, funciones que tienen carácter público.

Además, para el funcionamiento de dicha oficina se previó la celebración de un contrato entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República, quedando ésta como dependencia administrativa del Banco y bajo la vigilancia del Superintendente Bancario.

En cuanto a los empleados de dicha dependencia, previó el artículo 214 que, para efectos de su responsabilidad legal, se asimilarán a la categoría de funcionarios públicos.

En desarrollo de esta norma, la cláusula cuarta del contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República, a través del cual se delegó en el Banco la administración y manejo de la Oficina de Cambios dispuso que sus trabajadores tendrían la categoría de funcionarios públicos, sujetos a las prohibiciones y obligaciones que la legislación consagra para los empleados públicos y su vinculación se haría por nombramiento y posesión y no por contrato de trabajo.

Para la Sala es claro entonces que el artículo 214 del Decreto 444 de 1967 contempla una situación excepcional en la cual coloca a los empleados del Banco de la República que presten sus servicios en la Oficina de Cambios, consistente

en asimilarlos a funcionarios públicos para efectos de su responsabilidad legal; y es evidente que ellos son responsables ante la ley por la conducta que observen en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que para efectos de la responsabilidad desde el punto de vista disciplinario deben considerarse empleados públicos y las sanciones se les aplicarán en la misma forma en que se aplican a los demás empleados públicos.

Siendo ello así, la competencia de esta jurisdidcción para conocer de los litigios originados en la exigencia de responsabilidades a tales funcionarios es nítida puesto que su régimen es el de los empleados públicos y no el de los trabajadores vinculados por contrato.

Despejado entonces el aspecto relacionado con la competencia de esta jurisdicción para conocer el asunto, deberá estudiarse la legalidad de las resoluciones por las cuales se impuso al actor la sanción de destitución, de acuerdo con los planteamientos hechos en la demanda, lo resuleto por el Tribunal y los argumentos del apelante, así:

VICIO DE INCOMPETENCIA RESPECTO DE LOS ACTOS ACUSADOS

Contrariamente a lo afirmado por el señor apoderado del Banco sí cuestiona el actor la facultad que pudiera tener el Subgerente Ejecutivo Internacional para producir los actos acusados, puesto que siendo el Gerente el representante legal de la entidad, es competencia suya nombrar, remover y sancionar.

Argumenta el apelante que la Junta Directiva del Banco autorizó al Gerente para delegar en el Subgerente Ejecutivo Internacional lo atinente a la firma de resoluciones mediante las cuales se nombre, suspenda, destituya. . . . .como consta en el Acta No. 3732 de 19 de enero de 1984.

Da cuenta tal Acta (fl. 31) de esa autorización y también de que el Gerente solicitó a la Junta "autorización para delegar en el Director de la Oficina de Cambios la firma de las resoluciones sobre amonestaciones y multas que pueden ser aplicadas según el régimen disciplinario de los empleados públicos".

La prueba aducida por el señor apoderado del Banco está demostrando en primer lugar, la competencia del Gerente en estas materias, en su calidad de representante del Banco. Y en segundo lugar, la autorización de la Junta para delegarla.

Pero en manera alguna ese documento prueba que la delegación se hubiera efectuado y ella no puede presumirse, porque ni siquiera está invocada en los actos demandados., No es que quiere exigirse un acto administrativo formal de delegación, pero sí la prueba de que se hizo uso en forma verbal o escrita de la autorización concedida por la Junta.

En consecuencia el razonamiento del Tribunal es correcto y también su conclusión en cuanto al vicio de incompetencia que afecta la validez de tales actos.

REGIMEN DISCIPLINARIO APLICABLE

Observa la Sala que en los actos acusados se reconoce la condición de empleado público que ostentaba el señor Antonio Pérez Santos como Jefe de la Oficina Seccional de Cambios de Cartagena. En la primera se hace alusión al proceso disciplinario previsto en los Decretos 2400 y 3074 de 1968 y 1950 de 1973; y en la que resolvió el recurso de reposición se dice cumplido el proceso disciplinario a pesar de no ser indispensable por tratarse de un empleado de libre nombramiento y remoción.

Queda perfectamente claro entonces que cuando el Banco procedió a imponer la sanción de destitución, consideraba al actor empleado público.

Los empleados públicos sean ellos de carrera o de libre nombramiento y remoción, pueden ser sancionados disciplinariamente, pero siempre como consecuencia de un proceso disciplinario previo, en el cual se hayan puesto en conocimiento del inculpado los cargos en su contra y las pruebas que les sirven de fundamento, para que éste sea oído en descargos y tenga la oportunidad de solicitar la práctica de pruebas en orden a desvirtuar las acusaciones.

Como ya lo dijo el Consejo de Estado en sentencias de 17 de junio de 1987 y 23 de mayo de 1989, ésta última emanda de la Sala Plena de la Corporación, a la Superintendencia Bancaria corresponde una vigilancia especializada sobre el Banco de la República y sobre sus servidores a través de un control disciplinario que ejerce con arreglo a los artículos 33 de la ley 25 de 1923, 5o. del decreto extraordinario 3233 de 1965 y a la ley 45 de 1923, es decir, en cuanto a sus funciones especializadas se refiere. Pero este control no excluye el que pueda ejercer la Procuraduría sobre la conducta de los empleados del Banco que desempeñen funciones públicas y con mayor razón sobre la conducta de quienes por ley se asimilan a empleados públicos, aplicando el procedimiento previsto en la ley 25 de 1974.

Ellos desde luego también pueden ser sancionados directamente por la autoridad nominadora, observando las disposiciones que regulan el procedimiento disciplinario, y para el caso específico de autos, la ley 13 de 1984.

LOS ACTOS DEMANDADOS

La Resolución No. 12 de 4 de mayo de 1984, de cuyo contenido resulta imposible establecer por quién fue dictada, impone la sanción de destitución al señor Antonio Pérez Santos.

En ella se menciona una supuesta investigación administrativa iniciada a raíz de la queja formulada contra el señor Pérez Santos por la firma Indufrial.

Se dice también que fue oído en descargos.

La Resolución No. 039 de 22 de junio de 1984 resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la anterior y no accede a reponerla.

Esta fue expedida por el Subgerente Ejecutivo Internacional del Banco de la República, de lo cual se infiere que fué este funcionario quien profirió la No. 12 de 4 de mayo de 1984.

El documento que obra a folios 24 a 29 da cuenta de una declaración rendida por el actor ante funcionarios de la Oficina de Investigaciones especiales el día 30 de abril de 1984 y es la que se tiene como diligencia de descargos. Pero en verdad no lo es, por cuanto con anterio5ridad no se había formulado contra él ningún cargo.

La diligencia se comenzó informando al señor Pérez Santos que había sido llamado para "explicar el movimiento de la oficina (a su cargo) en las dos últimas semanas del pasado mes de marzo, previas a su salida de vacaciones".

En el curso de la diligencia, y después de oir detalles acerca de conversaciones que el declarante había sostenido con diferentes personas sobre los planes que tenía para sus vacaciones, -admitiendo haberles comentado a empleados de indufrial que de pronto viajaría a Miami pero advirtiendo que nada les había exigido-, se le preguntó si estaba enterado del motivo por el cual se requería su presencia en la ciudad de Bogotá, a lo cual contestó que no, porque el telex que había recibido no indicaba detalles. Agregó algunos comentarios sobre la incomodidad del Doctor Calvo (gerente regional) con él, a pesar de la cual había calificado bien sus servicios.

Luego se le preguntó si a las personas que había mencionado, les había planteado la posibilidad de que le prestaran un apartamento en la ciudad de Miami, a lo cual contestó que no.

Se le averiguó si conocía a los señores Enrique Zurek Mesa y Jorge Taua Suárez (directivos de la firma Indufrial) y dijo que no.

Afirmó que sus vacaciones no las había pasado en Miami y habló de otros temas relacionados con su situación familiar.

Como puede observarse, formalmente no se le corrió pliego de cargos y en la diligencia que se analiza solo se recibió su declaración sobre hechos que hubieran ocurrido antes de su salida a vacaciones, pero sin formularle acusaciones concretas.

Así las cosas, mal puede hablarse de diligencia de descargos.

Tampoco el Banco ha demostrado que hubiera puesto en conocimiento del inculpado, antes de destituirlo, las pruebas recopiladas para establecer la falta por la cual lo sancionó posteriormente.

Para la Sala es evidente que la sanción disciplinaria de destitución se aplicó sin que se hubiera cumplido previamente el debido proceso y en consecuencia es clara la violación del derecho de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional.

No sobra agregar, que el procedimiento de que trata el artículo 80 del C. C. A., invocado por la parte recurrente, se refiere a la ejecución de políticas monetarias, cambiarias y crediticias; es decir, se aplica cuando el Banco actúa en esas materias; pero nada tiene que ver con la facultad y el procedimiento para imponer sanciones a los empleados públicos así estén al servicio del Banco de la República.

NULIDAD PROCESAL

Por último dirá la Sala que la nulidad alegada por el Banco y que se refiere a la falta de notificación en legal forma a una de las partes ya fue resuelta por el Tribunal. Pero es de advertir, que esa causal solo podía ser alegada por la parte afectada y no por el Banco de la República que desde el comienzo del proceso ha comparecido para defender sus derechos.

Luego del análisis de los cargos formulados contra la decisión del a-quo, la Sección Segunda no encuentra mérito para revocarla y si suficientes fundamentos para impartirle confirmación.

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, oído el concepto Fiscal,

FALLA:

Confírmase la sentencia de 14 de diciembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso iniciado por el señor ANTONIO PEREZ SANTOS.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala celebrada en sesión de 29 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaqupín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/**DEMANDA** - Inadmisión

El agotamiento de la vía gubernativa como requisito previo para el ejercicio del control jurisdiccional, no depende del tipo de acción que se ejerza, sino del contenido del acto administrativo que se acusa. Si se trata de un acto de contenido general, no habrá lugar al agotamiento de vía gubernativa, porque contra él no caben recursos tal y como lo establece el artículo 49 del C. C. A. Pero si el acto cuya legalidad se controvierte es de contenido particular y concreto, es preciso agotarla, para que la administración tenga primero la oportunidad de revisar sus actos, y si es preciso los modifique o los revoque.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 5455. Actor: COMPAÑIA DE PRODUCTOS GRULLA S.A. Recurso de Súplica.

Se procede a decidir el recurso de súplica interpuesta por la Compañía de Productos Grulla S. A. contra el auto de 3 de abril de 1991, proferido por el Consejero Joaquín Barreto Ruiz.

ANTECEDENTES

La Compañía de Productos Grulla S. A., mediante apoderado y en ejercicio de la acción pública demandó la nulidad de la Resolución 0319 de 30 de agosto de 1990 de la Inspección Primera de Relaciones Colectivas de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia por medio de la cual

se ordenó la inscripción de la Junta Directiva del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Transformadora del Caucho, Plástico, Polietileno, Poliuretano, Sintéticos, partes y derivados de estos procesos SINTRAIMCAPLA y la consecuente cancelación de dicha inscripción.

Con el escrito de demanda se solicitó suspensión provisional del acto acusado, medida que fue sustentada con posterioridad fundamentalmente en la reproducción por parte de este de las Resoluciones 0369 de 25 de noviembre de 1985, 0411 de 23 de diciembre de 1985 y 0143 de 13 de mayo de 1986 emanadas del Ministerio de Trabajo las cuales fueron anuladas por el Consejo de Estado mediante sentencia de 14 de agosto de 1990, sin que, a juicio del demandante, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación.

El auto de 3 de abril de 1991 suplicado inadmitió la demanda, motivado en el hecho de no haberse indicado "los procedimientos empleados o los recursos previamente interpuestos tendientes a esclarece, gubernativamente, las posibles causas o situaciones que pudieran fundamentar las pretensiones", es decir, por no haberse agotado la vía gubernativa conforme a lo ordenado por el artículo 135 del C. C. A.

El recurso de súplica se basa en los siguientes argumentos:

1.- Se ejerció la acción de nulidad y por tanto no es obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa, pues el artículo 135 del C. C. A., hace esta exigencia respecto de la acción de restablecimiento del derecho.

2.- "La notificación defectuosa de un acto administrativo permite acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa". La demandante argumenta que, aún aceptando que fuera obligatorio el agotamiento de la vía gubernativa, la administración en este caso no hizo ningún esfuerzo para notificar personalmente la resolución acusada y al notificarla por edicto, omitió la información sobre los recursos que procedían, las autoridades antes quienes debían interponerse los mismos y los plazos, como lo exige el artículo 47 del C. C. A.

Por lo tanto, a su juicio, de acuerdo con el artículo 48 del C. C. A., la notificación por edicto de la Resolución 0319 de 30 de agosto de 1990 se tiene por no hecha y el particular tiene la opción de agotar la vía gubernativa o demandar directamente.

3.- "Los actos que desconocen la cosa juzgada no requieren agotamiento de la vía gubernativa". Aclara la sociedad recurrente que la acción ejercida se fundamenta en la violación del artículo 158 del C. C. A., inciso segundo; por tanto la cosa juzgada quedaría enervada si no se hiciere efectivo un mecanismo expedito como el que consagra la disposición citada y además tuviera que

agotarse previamente un procedimiento gubernativo.

CONSIDERACIONES

Se referirá la Sala a cada uno de los argumentos formulados por la recurrente así:

1o. El agotamiento de la vía gubernativa como requisito previo para el ejercicio del control jurisdiccional, no depende del tipo de acción que se ejerza, sino del contenido del acto administrativo que se acuse.

Si se trata de un acto de contenido general, no habrá lugar al agotamiento de vía gubernativa, porque contra él no caben recursos tal y como lo establece el artículo 49 del C. C. A.

Pero si el acto cuya legalidad se controvierte es de contenido particular y concreto, es preciso agotarla, para que la administración tenga primero la oportunidad de revisar sus actos, y si es preciso los modifique o los revoque.

Si como en el caso que nos ocupa, contra la resolución acusada cabía el recurso de apelación en la vía gubernativa y ese recurso es obligatorio, no puede sustraerse tal acto del control administrativo solo porque quien lo impugna por vía jurisdiccional no manifieste abiertamente cuál es el restablecimiento que pretende obtener con la nulidad solicitada.

Estima la Sala que esa no es la acertada interpretación del artículo 135 del C. C. A., parece ser que en él se presumió que cuando se demanda un acto de carácter particular ello conduce al restablecimiento del derecho del actor. Pero el agotamiento de la vía gubernativa continua siendo obligatorio cuando sea procedente el recurso de apelación.

2o. La notifiación defectuosa de un acto administrativo tiene como consecuencia que el acto no produzca efectos legales :a menos que la parte interesada, dándose por suficientemente enterada, convenga en ella o utilice en tiempo los recursos legales". Pero no implica de ninguna manera que el particular tenga la opción de acudir directamente a la jurisdicción contencioso administrativa, como lo afirma el recurrente.

La posibilidad de demandar directamente los actos administrativos, de que trata el inciso tercero del artículo 135 del C. C. A., es viable en aquellos casos en que las autoridades administrativas no den oportunidad de interponer los recursos, y en este caso, no hay constancia de que se hubiere intentado interponerlos y la administración hubiera impedido por algún medio tal gestión.

Observa la Sala que el texto preparado para la notificación personal

a la empresa contiene todos los requisitos exigidos por el C. C. A., como se observa al respaldo de la resolución.

No debió poderse efectuar y se notificó por edicto indicando que contra la resolución cabían los recursos de reposición y apelación conforme al decreto 01 de 1984, modificado por el decreto 2304 de 1989.

Pero aúnaceptando que la notificación no se hubiera hecho en legal forma, la demanda demuestra que la Sociedad de Productos Grulla S. A., se dió por suficientemente enterada de la resolución, notificándose de ésta por conducta concluyente.

Es decir, que si la Sociedad demandante pretendía la nulidad de la mencionada resolución, debió, dándose por suficientemente enterada, interponer los recursos de la vía gubernativa dentro del término de ley, contado a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del acto administrativo.

3o. En cuanto hace al tercer argumento del suplicante se advierte que se trata de un punto de vista peersonal del recurrente, pero que carece de fundamento legal, ya que no existe disposición que exonere al accionante de agotar la vía gubernativa cuando la causa de la acción sea la nulidad de una resolución que reproduce un acto administrativo ya anulado por esta jurisdicción, y por tanto no puede ser tenido en cuenta.

El establecer si hay reproducción o nó, es decisión que se adopta en etapa posterior, es decir, en la vía jurisdiccional y que nada tiene que ver con la vía gubernativa.

De lo anterior se colige que la demanda no podía ser admitida por falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto del acto demandado.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión

RESUELVE:

Confirmar el auto suplicado, de 3 de abril de 1991, proferido por el Consejero doctor JOAQUIN BARRETO RUIZ.

Ejecutoriada esta providencia vuelve el expediente al Despacho de origen.

Notifíquese y cúmplase.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

BOMBEROS - Regimen prestacional/**PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO/ COMPETENCIA /SUSPENSION PROVISIONAL** - Procedencia

El Concejo del Distrito Especial de bogotá, al crear mediante Acuerdo un régimen especial de pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos, extralimitó sus funciones, quebrantando así normas de la Constitución Nacional. Conviene señalar que, si bien las labores del Cuerpo de Bomberos pueden entrañar determinados riesgos, la ley no ha previsto condiciones especiales para el reconocimiento de sus prestaciones sociales.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Acuerdo número 3 de 1988 (abril 29) del Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker*

Referencia: Expediente No. 5776. Apelación Interlocutorio. Actor JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Alcaldía Mayor de Bogotá, D. E., contra el auto de 6 de abril de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el cual se suspendió provisionalmente el Acuerdo No. 3 de 29 de abril de 1988 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, que establece un régimen especial de pensiones para el personal del Cuerpo de Bomberos.

Discurre el Tribunal que, al confrontar los textos del Acuerdo con el artículo 62 de la Constitución Política, "surge manifiesta la infracción de este

último por parte del primero, debido a que en el texto constitucional se atribuye privativamente a la ley la determinación de "las condiciones de ascenso y de jubilación y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a la pensión del Tesoro Público". (fol. 25).

Y agrega:

"Sin necesidad de elucubraciones o reflexiones y en forma flagrante, se percibe **prima facie** que el Concejo Distrital mediante el Acuerdo demandado, violó directamente el artículo 62 de la Carta Fundamental y, en tales condiciones, se acredita el requisito exigido por el citado artículo 152 del C. C. A., para que proceda la suspensión provisional impetrada en la demanda, tal como lo tiene definido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado y de este Tribunal". (fls. 25-26).

Sostiene en cambio, el impugnante en un extenso escrito que, con fundamento en normas de carácter legal y constitucional, es atributo de los Concejos Municipales determinar toda la estructura de la administración así como las escalas de remuneración de los empleos y que, por su naturaleza, el Cuerpo de Bomberos constituye un núcleo de trabajadores organizados como las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional. Señala, además, que el Acuerdo fue expedido con fundamento en el artículo 197 de la Constitución, el numeral 3o. del artículo 13 del decreto 3133 de 1968, el numeral 3o. del artículo 92 del decreto 1333 de 1986 y el artículo 27 del decreto 3135 de 1968.

Manifiesta, finalmente, que con el Acuerdo demandado se busca que tales funcionarios disfruten de un régimen personal ajustado al de los demás funcionarios del Distrito y al consagrado en los decretos 2663 y 3743 de 1950, que establecen un régimen de jubilación a los 20 años de servicios o menos y cualquier edad, dada la naturaleza de la labor desempeñada; que el Acuerdo no trae nada nuevo a la normatividad y que el Código Sustantivo del Trabajo establece en sus artículos 269, 270 y 272 un régimen de excepción para los operadores de radio, cable y similares, aviadores de empresas comerciales, mineras, labores a temperaturas anormales y al personal dedicado al tratamiento de la tuberculosis. (fls. 40-45).

Para resolver se considera:

Para la Sala es incuestionable que la providencia recurrida debe mantenerse, por las razones que se esbozan a continuación.

La suspensión provisional de los actos administrativos es procedente cuando constituyen una manifiesta violación de preceptos superiores, siendo la contradicción tan clara y evidente que no exija al juzgador razonamientos ni análisis de fondo, según lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación.

En el caso **sub exanime**, el Concejo del distrito Especial de Bogotá, al crear mediante Acuerdo un régimen especial de pensiones para el personal del Cuerpo de bomberos, extralimitó sus funciones, quebrantando así el artículo 62 de la Carta, que atribuye al legislador la facultad de determinar "las condiciones de ascenso y de **jubilación** y la serie o clase de servicios civiles o militares que dan derecho a pensión del tesoro público". Lo reafirma el artículo 76, ordinal 9o., al señalar que corresponde al Congreso "fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus **prestaciones sociales**".

No podía, en consecuencia, el Concejo del Distrito Especial de Bogotá modificar los requisitos establecidos en la ley y crear condiciones diferentes para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Ciertamente las facultades de los Concejos tienen que ver con la estructura de la administración, las funciones de las dependencias o las escalas de remuneración conforme al artículo 197, numeral 3o., de la Constitución, pero no en lo que concierne a las prestaciones sociales de los funcionarios. Conviene señalar qie, si bien, como lo apunta el recurrente, las labores del Cuerpo de Bomberos pueden entrañar determinados riesgos, la ley no ha previsto condiciones especiales para el reconocimiento de sus prestaciones sociales, como sí lo tiene establecido expresamente para los casos que destaca el apelante. Lo que ocurre es que no hay posibilidad de analogía en esta materia.

Dadas estas circunstancias, es obvio que se dan los presupuestos del artículo 152 del C. C. A., para la suspensión provisional del acto enjuiciado.

Como así lo dispuso el A-Quo, su decisión deberá ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección SEgunda,

RESUELVE:

Confírmase la providencia de seis (6) de abril de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / PENSION DE JUBILACION / TIEMPO DOBLE

No importa que el miembro de las fuerzas armadas tuviera o no derecho en el momento del retiro, a cada una de sus prestaciones sociales, sino que se prolonga en el tiempo cuando las correspondientes prestaciones se ubiquen en la situación individual de él. Si, por ejemplo, para la época del retiro, sólo tenía derecho para lo atinente al auxilio de cesantía, el tiempo de servicio se tendrá en cuenta para lo que a ese auxilio corresponda, pero no significa que se agote el efecto del "tiempo doble" con relación a las demás prestaciones.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sala Segunda.- Bogotá, D. E., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5337. Resoluciones Ministeriales (Consulta de la sentencia de 8 de junio de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca). Actor LUIS DARIO CONTRERAS MONTAÑEZ.

Decídese acerca de la consulta de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca a ocho (8) de junio de mil novecientos noventa (1990), que accedió a las pretensiones de la demandada incoada en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), en cuanto hace a la resolución No. 2265 del 15 de septiembre de 1982, emanada del Ministerio de Defensa Nacional.

I. DEL PETITUM

Impetróse por el libelista la declaratoria de nulidad del acto arriba

mencionado que decidió el no reconocimiento y pago de la pensión mensual de jubilación a favor del hoy actor, "ex-especialista tercero del ejército" y que, "para los fines legales consiguientes, agreguése copia de la presente resolución a la Hoja de Vida" de dicho ex-especialista.

Igualmente solicitó, como consecuencia de ello, que se condene a la NACION (Ministerio de Defensa Nacional), a reconocer y pagar al demandante Contreras Montañez, una pensión de jubilación, en cuantía del 75% del promedio de los haberes devengados en el último año de servicios, más los reajustes de Ley. Y que, el derecho al disfrute de la mencionada pensión se decrete a partir del 14 de octubre de 1981 en adelante, "cuando el interesado cumplió la edad de 50 años y más de 20 años de servicios a entidades oficiales".

II. CUESTIONES FACTICAS

Narra el escrito demandatorio que el señor Contreras ingresó al ejército somo suboficial el 16 de abril de 1951 y que en esa calidad estuvo hasta el 16 de mayo de 1958, cuando fue retirado por voluntad propia con el grado de sargento segundo, y un total liquidado para prestaciones sociales de 11 años, 2 meses y 4 días, como aparece en la certificación de servicios y en la resolución 3539, expedida por el Ministerio de Guerra el 18 de agosto de 1958, tal vez por el cómputo de "tiempos dobles", por alteraciones en el orden público. De allí pasó a la Aduana Nacional, donde estuvo entre el 19 de julio de 1962 y el 11 de febrero de 1969, para un total de 6 años, 6 meses y 22 días, según constancia que aparece en autos.

Más tarde, ingresó nuevamente al Ministerio de Defensa (el antiguo de Guerra), como empleado civil, y allí estuvo entre el 1o. de julio de 1971 y el 1o. de abril de 1978, fecha esta última en que le fue aceptada la renuncia del cargo de especialista "tercero", con un total de 6 años, 10 meses y 4 días, como también consta en autos.

El señor Contreras Montañez nació en la localidad de Herrán (Norte de Santander) el 14 de octubre de 1931, por lo que es claro que cumplió 50 años de edad el 14 de octubre de 1981.

Con base en esa situación fáctica y con base en lo preceptuado por el art. 83 del decreto 610 de 1977, parágrafo 2o., que regula las disposiciones del personal civil del ramo de Defensa, Contreras, por conducto de su apoderado judicial, solicitó al Ministerio el reconocimiento y pago de su pensión de jubilación, pero le fue negada mediante el acto demandado, con el argumento de que no reúne ninguno de los requisitos establecidos por la ley, es decir, ni el tiempo de servicios ni la edad que es la de 55 años, dado que "para este caso particular no se puede computar el tiempo doble que le fue reconocido sólo para lo atinente a prestaciones sociales como suboficial del ejército".

Ese acto, el hoy demandado, agotó la vía gubernativa por emanar del despacho del propio ministro.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Estima el demandante que el acto tantas veces señalado es violatorio de los arts. 17 y 30 de la Constitución, del aart. 9o. del C. S. del T., y del parágrafo 2o. del art. 83 del decreto 610 de 1977, porque "el trabajo constituye obligación social de todo ciudadano y goza de la especial protección del Estado'; porque, en el caso sub-lite, el Ministerio de Defensa nego la pensión al señor contreras, "a sabiendas de que él había reunido íntegros los requisitos para concederla", mutilándose un tiempo de servicio legalmente computado como doble desde mucho tiempo atrás para efectos de cesantías, por lo que hubo quebranto del art. 30 de la Carta sobre derechos adquiridos.

Y en cuanto al art. 83, parágrafo 2o. del decreto 610 de 1977 (Estatuto de Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional), también fue desconocido por el acto, pues según esa norma, "el empleado público del Ministerio de Defensa Nacional que el 1o. de enero de 1972 hubiere cumplido dieciocho (18) años discontinuos de servicio en el Ministerio de Defensa Nacional, en la Policía Nacional o en otras entidades oficiales, tendrá derecho a la pensión de jubilación de que trata el presente Artículo, al cumplir veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad. . . . .".

Hace extensas consideraciones que serán analizadas más adelante por la Sala.

IV. ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

Estudia en primer lugar la parte motiva del acto demandado, cuyo argumento principal descansa en la circunstancia de que, para el 1o. de enero de 1972, fecha a que se refiere el parágrafo 2o. del tantas veces citado art. 83 del decreto 610 de 1977, sólo tenía catorce (14) años, un (1) mes y diecisiete (17) días de servicios continuos al Ministerio de Defensa y a otras entidades del Estado, no siendo pertinente reconocer el tiempo doble, en el lapso comprendido entre el 16 de mayo de 1958, con fundamento en que ese tiempo doble sólo se reconoció para efectos del auxilio de cesantías, es decir, para la única prestación social a que tenía derecho para esa época; por lo tanto, el acto acusado, al interpretar el parágrafo 1o. del art. 140 del decreto 612 de 1977 y al hecho que estriba en la fecha de nacimiento del actor (14) de octubre de 1931), deduce que no tenía derecho a dicha pensión por no haber cumplido la edad para ese 1o. de enero de 1972.

Después de transcribir las normas en cuestión, deduce que el acto tuvo en cuenta una interpretación equivocada de las normas que aplicó o pretendió

aplicar, y de allí que acoja las peticiones de la demanda en forma favorable. Quepa agregar que dos de los magistrados integrantes de la sala falladora salvaron el voto; sus expresiones han de ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento que ha de hacer la Corporación al albsolver la consulta.

V. DEL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Comulga la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado con los raciocinios expuestos por el Tribunal y llega a la conclusión de que la sentencia de 8 de junio de 1990 debe ser confirmada. Dice lo siguiente:

"Y no es que se pueda sostener, que los tiempos dobles no puedan ser computables para efectos del reconocimiento de pensión de jubilación del personal civil, por cuanto el artículo 144 del Decreto 501 del 4 de marzo de 1955, es claro al señalar que el "tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, desde la fecha en que se declare turbado el orden público hasta la expedición del Decreto por el cual se declare restablecida la normalidad, **se computará como tiempo dible de servicio para efecto de** asignaciones de retiro, **pensiones** e indemnización por invalidez o por muerte, para auxilio de cesantía y prima de servicio".

"Al establecer la norma pretranscrita que el tiempo doble de servicios se computará para efectos de pensiones, no está limitado tal reconocimiento a los militares que aspiren a obtenerla, sino que también se hace extensivo dicho beneficio a las personas que en alguna época tuvieron tal expedición y que se hicieron acreedores a tal cómputo de tiempo doble, pero que con posterioridad, como acontece en el **sub lite**, aspiran a obtener pensión de jubilación no como militares sino como civiles.

"No se requiere abundar en razonamientos adicionales, para llegar a la conclusión de que la presunción de legalidad que cobija a la Resolución impugnada logró ser desvirtuada, pues el demandante acreditó reunir los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación reclamada, debiéndose, por tanto, en el sentir de esta Fiscalía, acceder a las súplicas impetradas en el libelo inicial, tal como fue resuelto en la sentencia consultada que amerita ser confirmada".

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1.- Como bien lo dice la Fiscalía, el art. 144 del decreto 501 de 1955 es muy claro que las normatividades que hablan sobre tiempos dobles por turbación del orden público para miembros de las fuerzas militares -y que estaban vigentes para la época en que estuvo de suboficial el hoy actor-, tenía un carácter extenso en cuanto a sus efectos se refiere; dice:

"El tiempo de servicio en guerra internacional o conmoción interior, desde

la fecha en que se declare turbado el orden público hasta la expedición del Decreto por el cual se declare restablecida la normalidad, se computará como tiempo doble de servicio para efectos de asginaciones de retiro, pensiones e indemnizaciones por invalidez o por muerte, para auxilio de cesantía y prima de servicios".

No importa, por consiguiente, que el miembro de las fuerzas armadas en estas circunstancias tuviera o no derecho, en el momento del retiro, a cada una de las prestaciones sociales que la disposición expecífica, sino que se prolonga en el tiempo para cuando las correspondientes prrestaciones se ubiquen en la situación individual de él. Si, por ejemplo, para la época del retiro, sólo tenía derecho para lo atinente al auxilio de cesantía, el tiempo de servicio se tendrá en cuanta para lo que a ese auzilio corresponda, pero no significa que se agote el efecto del "tiempo doble", pues el mismo acompaña, como "tiempo doble" computable con lo que el transcurso de los haya haya determinado, como es lo que hace a asignaciones de retiro -propias para los militares-, PENSIONES -que también enumera la disposición y que es para los civiles-, e indemnizaciones por invalidez o por muerte, auxilio de cesantía y prima de servicios, las que estarán como derechos cuando vayan surgiendo los requisitos del caso.

2.- El art. 33, parágrafo 2o. del decreto-ley 610 de 1977, también transcrito por el Tribunal y por la agencia fiscal señala:

"El empleado público del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional que el 1o. de enero de 1972 hubiese cumplido dieciocho (18) años discontinuos de servicio en el Ministerio de Defensa, en la Policía Nacional o en otras entidades oficiales, tendrá derecho a la pensión de jubilación de que trata el presente artículo, al cumplir veinte (20) años de servicio y cincuenta (50) años de edad".

De manera que el único requisito preliminar que exige la norma es el de que, a 1o. de enero de 1972 el empleado civil -o público, como dice el artículo- llevase dieciocho años (por lo menos, se entiende), de servicios discontinuos (y con mayor razón si son continuos,) en el Ministerio de Defensa, en la Policía Nacional o en otras entidades públicas, para que así, al llegar a cumplir los veinte años (continuos o discontinuos) de servicio y cincuenta (50) años de edad, surgirá el derecho a la pensión de jubilación.

3.- Al mediar la situación jurídica abstracta con la situación jurídica personal del actor, se tiene entonces lo siguiente, al tenor de las pruebas:

a) En la primera etapa, o sea, cuando estuvo de suboficial del Ejército, computados los tiempos dobles que le fueron reconocidos para los efectos que en esa época -cuando se retiró- eran pertinentes (el auxilio de cesantía), pero que quedaron en suspenso para los demás que contempla el citado art. 144 del decreto 501 de 1955

como se ha visto, completó 11 años, 2 meses y 4 días (cuaderno principal, fol. 4).

b) En la segunda etapa, o sea cuando estuvo vinculado a la Aduana Nacional, 6 años, 6 meses y 17 días, (entre el 24 de julio de 1962 y el 11 de febrero de 1969).

c) En la tercera etapa, cuando estuvo vinculado como empleado público (civil) del Ministerio de Defensa (entre el 1o. de julio de 1971 y el 1o. de abril de 1978, completó 7 años y 9 meses).

4.- Como bien lo dice la Fiscalía, lo anterior totaliza 25 años, 5 meses y 11 días, y para el 1o. de enero de 1972 ya contemplaba más de los dieciocho años de servicio (18 años, 2 meses, 11 días); en consecuencia, al llegar a los 50 años de edad el 14 de octubre de 1981, es claro que se consolidó su derecho a la pensión de jubilación, pese a que ya se hubiera retirado como empleado público del Ministerio de Defensa.

5.- Es evidente entonces que el acto acusado desconoció las normas preacusadas por la demanda como violadas, por lo cual la Sala ha de confirmar la sentencia consultada, no compartiendo, por lo que acaba de indicarse, los alcances de los dos magistrados que disintieron de la mayoría dar a las disposiciones en comento.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 8 de junio de 1990 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en este asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su órigen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA / DESVIACION DE PODER / DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL

Se configura un propósito deliberado de la administración de obstruir la actividad sindical mediante la desvinculación de los empleados sindicalizados. Se usó indebidamente la facultad discrecional otorgada por la ley a la administración, con evidente desviación de poder de ésta, sancionando una actividad lícita, tutelada no sólo por la C. N. sino por la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., cinco (5) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 467. Reconstrucción - Apelación Sentencia. Actor JOHEL ANTONIO QUINTERO MARTINEZ.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de agosto 24 de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta en el proceso promovido por el señor Johel A. Quintero Martínez contra la Universidad Tecnológica de los Llanos Orientales para impetrar la nulidad de la Resolución No. 710 de noviembre 29 de 1979 y el correspondiente restablecimiento del derecho.

El a-quo negó las pretensiones de la demanda por falta de pruebas sobre los hechos alegados, expresando:

"Para la Sala deben despacharse desfavorablemente las pretensiones del demandante, por carencia absoluta de material probatorio ya que los hechos en que se apoya la demanda no están en manera alguna probados". (folios 14-23).

El señor Fiscal Cuarto de esta Corporación es de criterio que se desestimen las pretensiones y se confirme la sentencia apelada, y, al respecto, manifiesta:

"Examinado el caso se llega a la conclusión de que el demandante era empleado de libre nombramiento y remoción y que el nominador no hizo cosa distinta a la de ejercitar su facultad discrecional. Ni por asomo, se prueba la alegada persecución sindical, razón por la cual no fue desvirtuada la presunción de legalidad del acto acusado". (Folio 133).

Por haber desaparecido en el incendio del Palacio de Justicia, el expediente fué reconstruido conforme a los términos del decreto 3825 de 1985, por lo que, no observándose nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe hacerse notar que el Tribunal se limitó a transcribir las consideraciones de un fallo anterior suyo proferido en el proceso del señor Carlos E, Izaquita Almanza, de idénticas características.

Cabe observar, igualmente, respecto del razonamiento del a quo, que el actor subsanó en la segunda instancia la deficiencia probatoria señalada en la primera. Se acreditó lo relativo a la fundación del Sindicato, la nómina de fundadores, el reconocimiento de personería jurídica, y, finalmente la sanción impuesta a la Universidad por el Ministerio del Trabajo mediante Resolución No. 001 de enero 28 de 1980 por persecución sindical. (fls. 92 A 103, 125 a 128).

Invocó el actor las normas contenidas en el artículo 18 de la Constitución, la ley 19 de 1958, los artículos 26 y 61 del decreto 2400 de 1968 y los artículos 66 y 67 de la ley 167 de 1941.

Sobre estas normas elaboró el concepto de violación, concretamente en torno de los siguientes aspectos:

- El funcionario público está limitado en el ejercicio de la facultad discrecional para no actuar de manera caprichosa o arbitraria, sin tener en cuenta el objetivo que a través del servicio público se persigue.

- Las constancias que exige el artículo 26 del decreto 2400 de 1968 deben ser "serias, acordes con la realidad administrativa, constancias que no solamente se hagan para llenar el requisito".

- En la declaración de insubsistencia del actor hubo desviación de poder, pues obedeció a "un interés mezquino del señor Rector, a un interés particular, por cuanto encontraba en la organización sindical un obstáculo

a sus deseos de repartir cucotas burocráticas a sus tenientes políticos. . . . Se ha recorrido un camino para liquidar una organización sindical violentando también la protección constitucional que la ley establece para el derecho de asociación. . . . " (fls. 3 - 10).

No comparte la Sala el criterio del Ministerio Público por cuanto, dadas las circunstancias que acreditan los autos, evidentemente se configura un propósito deliberado de la administración de obstruir la actividad sindical mediante la desvinculación de los empleados sindicalizados.

Se corrobora este criterio con el simple examen de la Resolución No. 001 de enero 28 de 1980, donde el Ministerio del Trabajo expresa:

"El despido a que hacen mención los afectados con la medida tomada por el Señor Rector de la Universidad, WUILSON VILLALBA, JOHEL QUINTERO, CARLOS IZAQUITA, JORGE MORA, HUGO LEON, en su calidad de Presidente, Vicepresidente, Fiscal y Tesorero de la Junta Directiva del Sindicato y los afiliados, JAIRO ACOSTA, PEDRO CHAVEZ, CARLOS MAHECHA, CARLOS RODRIGUEZ, LUIS SABOGAL, y JULIO CESAR SANCHEZ, todos los anteriores fundadores del mismo al rendir sus declaraciones señalan al Señor Rector de la Universidad, como autor directo de la persecución Sindical de que fué objeto su organización debido a que con el despido declaró insubsistente a todos los miembros de la Junta Directiva cuyo Sindicato nació a la vida jurídica desde el momento en que el Ministerio del Trabajo profirió la Resolución, 06895 del diez de diciembre de 1979 que clasifica al Sindicato como de primer grado y de base y le otorga su respectiva personería jurídica". (fls. 96-98).

Otro factor de convicción se encuentra en la secuencia de hechos en que se involucra la fundación del Sindicato con la serie de insubsistencias que le siguieron, entre ellas la del accionante.

No cabe duda, por lo mismo, de que se configura aquí el uso indebido de la facultad discrecional otorgada por la ley a la administración, con evidente desviación de poder por parte de ésta, sancionando una actividad lícita, tutelada no sólo por la Constitución Política sino también por la ley.

Es el caso, en consecuencia, de revocar el fallo de primer grado para atender, en subsidio, 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:

1.- Revócase la sentencia de agosto veinticuatro (24) de mil novecientos

ochenta y dos (1982) proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

2.- Decrétase la nulidad de la Resolución No. 710 de noviembre 29 de 1979, expedida por el Rector de la UNIVERSIDAD TECNOLOGICA DE LOS LLANOS ORIENTALES, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor JOHEL ANTONIO QUINTERO MARTINEZ del cargo de Ayudante de Laboratorio.

3.- La Universidad Tecnológica de los Lanos Orientales deberá reintegrar al citado demandante al cargo atrás mencionado o a otro de igual o superior categoría y pagarle las sumas que por concepto de sueldos y prestaciones sociales haya dejado de percibir entre la fecha de la declaración de insubsistencia y la del reintegro, con los correspondientes incrementos.

4.- Declárase, para todos los efectos legales pertinentes, que no ha existido solución de continuidad en los servicios del actor a la entidad demandada durante el tiempo transcurrido entre las dos fecha señaladas en el numeral anterior.

5.- De las sumas que correspondan al actor conforme al numeral 3º de esta sentencia, deberán descontarse los valores que el mismo haya recibido, durante el mismo lapso, del tesoro público o de entidades en que tenga parte principal el Estado por concepto de servicios personales, con arreglo al precepto del artículo 64 de la Constitución Política.

6.- A la sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL - Regímen de Personal / **EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL / EMPRESAS PUBLICAS DE BARRANQUILLA** - Naturaleza Jurídica

Las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla son un establecimiento público, porque se trata de una entidad municipal con patrimonio propio, personería jurpídica y autonomía administrativa, cuyo objeto es la prestación de un haz de servicios publicos. La regla general aplicable en relación con sus servidores consiste en que tienen el carácter de empleados públicos, con excepción de quienes se dedican a la construcción o sostenimiento de obras públicas y de aquellos que se cataloguen en los estatutos como trabajadores oficiales.

DECRETASE LA NULIDAD de la Resolución número 05 y del Decreto 118 del 12 y 21 de marzo de 1973 respectivamente, proferidos en su orden por la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y por la Alcaldía de esa ciudad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., junio once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 3773. Asuntos Municipales. Actor: JOSE JOAQUIN RINCON CHAVEZ. (Contraloría Municipal de Barranquilla).

El doctor José Joaquín Rincón Chaves, en su calidad de Contralor Municipal de Barranquilla, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 84 del C. C. A., en demanda presentada el 7 de octubre de 1985 ante el Tribunal Administrativo del Atlántico solicitó la nulidad de la Resolución No. 05 y del Decreto No. 118 de 12

y 21 de marzo de 1973 respectivamente, originarios, en su orden, de la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y de la Alcaldía Municipal de la misma ciudad.

Así se sintetizan los hechos expuestos en el libelo:

- El Decreto 191 de 1960, expedido por la alcaldía Municipal de Barranquilla, aprobatorio de los estatutos de las Empresas Públicas Municipales de esa ciudad, entre otras cosas, determinó el nombre de esa entidad, definiéndola como una persona jurídica de derecho público, precisando su autonomía para la administración de los servicios públicos cuya prestación se le encomendó y señalando las funciones de su Junta Directiva, órgano que mediante la Resolución No. 05 de 12 de marzo de 1973, adicionó los estatutos de dichas empresas de la siguiente manera:

> "Adiciónese a los Estatutos de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla la siguiente norma: Capítulo XIII del Régimen Laboral - Artículo 70: Todos los Trabajadores que prestan sus servicios a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla con excepción del Gerente, los Subgerentes y Jefes de División, tienen el carácter de trabajadores oficiales" (fls. 8 y 9).

- La Resolución mencionada fue aprobada por la Alcaldía Municipal de Barranquilla, por medio del Decreto No. 118 de 21 de marzo de 1973.

- Afirma el actor que los actos administrativos mencionados, "al elevar a la categoría de trabajadores oficiales a todos los empleados de dichas empresas, con excepción del Gerente y Subgerentes y Jefe de División, están violando el carácter de establecimientos públicos con el cual fué creada las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y convertir en esta forma en régimen laboral en una empresa Industrial y Comercial del Estado, entidades éstas que tienen sus diferencias sustanciales delimitadas por las leyes que la regulan tanto en su régimen jurídico como en su régimen laboral; ya que como norma general los trabajadores de los establecimientos públicos son empleados públicos con las excepciones establecidas" (fl. 31).

En el libelo se citan como transgredidos por los actos administrativos acusados, los arts. quintos de los Decretos 1050 y 31255 de 1968 y 1, 2, 3 y 4 del Decreto 1848 de 1969, cuyo concepto de violación se sintetiza así:

Las Empresas Públicas de Barranquilla son un establecimiento público de orden municipal como lo consagra el Acuerdo No. 24 de 23 de marzo de 1960 del Concejo Municipal de esa ciudad, aprobado por el Decreto 191 de 1960 de la Alcaldía Municipal de la misma y, por tanto, el régimen laboral aplicable a sus servidores es el que regula a las personas que prestan sus servicios en los

establecimientos públicos, conforme al cual (art. 5o. del Decreto 3135 de 1968) las personas que en ellas laboran tienen el carácter de empleados públicos, con excepción de los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas que son trabajadores oficiales, contemplando la posibilidad de que en los estatutos de tales establecimientos se precise qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo, esto es, cuáles pueden tener la categoría de trabajadores oficiales.

La Resolución No. 05 de 1973, dice el accionante, elevó a todos los trabajadores que prestan sus servicios a las Empresas Públicas de Barranquilla, con excepción del Gerente, Subgerentes y Jefes de División, a la categoría de trabajadores oficiales, pero "guardó silencio en el señalamiento de las actividades que fueran a ser desempeñadas por estos trabajadores oficiales, viéndose así que todos sus trabajadores en general son trabajadores de construcción y sostenimiento de Obras Públicas, concepto este que va en contraposición con la realidad de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, ya que de todos es sabido la gran nómina de empleados que prestan sus servicios a dichas empresas y los cuales no tienen el carácter de trabajadores oficiales" (fl. 33).

Por consiguiente, concluye el accionante, la Resolución No. 05 de 1973 y el Decreto Municipal 118 de ese mismo año, son contrarios y violatorios del precepto legal citado.

Por lo demás asevera el actor, que de conformidad con los arts. 1o., 2o., 3o. y 4o. del Decreto 1848 de 1969, se consideran como empleados públicos las personas vinculadas a los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta, definidas en los arts. 5o., 6o. y 8o. del Decreto 1050 de 1968, mediante relación legal y reglamentaria. Y tienen la condición de trabajadores oficiales los que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras.

De suerte, sostiene el demandante, que ostentando las Empresas Públicas de Barranquilla el carácter de establecimiento público, sus trabajadores se clasifican como empleados públicos, salvo quienes laboran en la construcción y sostenimiento de obras públicas y quienes se vinculan a ella por contrato de trabajo, que son trabajadores oficiales.

Por consiguiente, al otorgarle a todos los servidores de las susodichas empresas, la categoría de trabajadores oficiales, se están quebrantando los preceptos comentados del Decreto 1848 de 1969.

En sentencia fechada el 25 de julio de 1988, el Tribunal del conocimiento, negó las súplicas de la demanda, para lo cual, razonó así:

"De las sentencias transcritas se desprende que para la fecha de presentación de la demanda las normas de los Decretos Leyes 1050 y 3135 de 1968, y del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 le eran aplicables a los servidores de los municipios y de sus entidades descentralizadas. Estos estatutos determinan la clasificación de los empleados oficiales en empleados públicos y trabajadores oficiales. El artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968 establece a manera de regla general, entre otras prescripciones, que los servidores de los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo cuando ellos están dedicados a la construcción y sostenimiento de obras públicas en que tienen la calidad de trabajadores oficiales. En concordancia con este precepto el artículo 3o. literal a del Decreto 1848 de 1969 estatuye que cuando los establecimientos públicos están dedicados a la actividad enunciada su personal directivo o de confianza son empleados públicos" (fl. 114).

Precisó luego el a-quo, el alcance de la expresión obras públicas, afirmando:

"Para este efecto debe acudirse a la definición que haya hecho el legislador y en particular el Decreto Ley 222 de 1983. Este estatuto en su artículo 81 define a los contratos de obras spúblicas como aquellos que se celebran para la construcción, montaje, instalación, mejoras, adiciones, conservación, mantenimiento y restauración de bienes inmuebles de carácter públicos o directamente destinados a un servicio público. Con fundamento en esta definición se tiene entonces que las dependencias o entidades dedicadas a la construcción y sostenimiento de obras públicas serán aquellas que tienen como objeto las actividades enunciadas en el precitado artículo 81". (fl. 114).

Y concluye:

"Si bien es cierto que los Estatutos de dicha entidad (Decreto 191 de 1960 de la alcaldía Municipal de Barranquilla) no precisa su naturaleza jurídica el Tribunal estima que sus características corresponden a las que para los establecimientos públicos señala el artículo 5o. del Decreto Ley 1050 de 1968, a saber: ha sido creada por un acuerdo; está encargada de cumplir funciones administrativas como son las de prestación de los servicios públicos de acueductos, alcantarillado, aseo, pavimentación y mercado; tiene personería jurídica, autonomía administrativa, y su patrimonio es independiente y está formado por los bienes públicos y los impuestos que señala el artículo 8o. de los Estatutos. El Tribunal considera también que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, dadas las funciones administrativas que cumplen, tiene las características de una entidad dedicada a la construcción y sostenimiento de obras públicas.

Siendo las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla un establecimiento público dedicado a la construcción y sostenimiento de obras públicas

sus servidores son trabajadores oficiales, salbo los que desempeñen cargos directivos o de confianza que son empleados públicos, según una recta interpretación del artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968 y su reglamento: el artículo 3o. literal a del Decreto 1848 de 1969" (fl. 115).

La apoderada de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia mencionada, solicitando hacer claridad sobre la naturaleza jurídica de la entidad que representa, pues considera que si bien en la sentencia se definió que ellas son un establecimiento público, lo cierto es que la Resolución No. 05 de 12 de marzo de 1973 y el Decreto 118 de ese mismo año, al establecer que todos los servidores de dichas empresas con excepción del Gerente, Subgerentes y Jefes de División tienen el carácter de trabajadores oficiales, no considera las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla como un establecimiento público, "porque si así fuera habría sostenido que todos sus trabajadores eran empleados públicos, a excepción de los dedicados a trabajos de construcción y Obras Públicas" (fl. 118).

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, en su concepto de fondo fechado el 14 de septiembre de 1989, solicita se confirme el fallo impugnado, resaltando:

". . . que la empresa reune las características de Empresa Industrial y Comercial del Estado, siendo por lo mismo sus servidores trabajadores oficiales salvo las excepciones consagradas en los estatutos que señalen qué actividades de confianza o dirección pueden ser desempeñadas por personas que ostentan la calidad de empleados públicos de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 7 del Decreto 1050 de 1968.

En este orden de ideas, la empresa al no ser un establecimiento público por no constar en el expediente ningún documento que acredite que hubiera sido convertida en esta clase de entidad descentralizada a términos de los artículos 35 del Decreto 1050 de 1968 y 45 del Decreto 3130 del mismo año, podía entonces la Junta Directiva como en efecto lo hizo, hacer la clasificación plasmada en el acto acusado sin infringir el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, ni los artículos 1 a 3 del Decreto 1848 de 1969" (fl. 148).

Agotado el trámite del recurso de alzada y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidirlo, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Para los efectos de esta providencia, es decir para determinar la juridicidad de los actos demandados, resulta necesario precisar si las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, institución oficial de orden municipal dotado de personería jurídica, de acuerdo con el estatuto de su creación, la normatividad que regula la materia, y, especialmente, el propósito perseguido al crearlas,

constituyen un establecimiento público como lo sostienen el demandante, el Tribunal y la apoderada de la misma entidad o si por el contrario, es una empresa industrial o comercial del Estado, como lo afirma el apoderado del Sindicato de los trabajadores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y la Colaboradora Fiscal.

Sobre el particular se anota que, con antecedentes que se remontan a 1932, 1933, y 1939 (art. 3o. Acuerdo 24 de 1960), mediante el Acuerdo No. 24 de 23 de mayo de 1960 expedido por el Concejo de ese municipio, las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, se constituyeron como un organismo autónomo, descentralizado, con personería jurídica y patrimonio propio. Esto es, su existencia es anterior a la reforma Constitucional y Administrativa de 1968 (Acto Legislativo No. 1 de 1968. Decretos 1050 y 3135 de 1968), a partir de la cual se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la definición legal de las entidades descentralizadas que forman parte de la estructura administrativa nacional, cuya existencia a niveles departamental y municipal se previó en los arts. 187, ordinal 6o. y 197 ordinal 5o., con sujeción estricta a lo previsto en las leyes.

No se contaba entonces, para el año 1960, en que surgieron como estre autónomo las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, con una precisión legal del concepto de cada una de las entidades descentralizadas como existe hoy, luego de la reforma administrativa a que se hizo referencia.

De ahí, que ni el estatuto de creación de las citadas empresas (Acuerdo No. 24 de 1960), ni en los estatutos adoptados por su Junta Directiva y aprobados por medio del Decreto 191 de 1960, se determine con exactitud su naturaleza jurídica, de modo que para establecer ésta, debe desentrañarse de los mencionados actos administrativos el propósito que tuvo el Concejo Municipal, reflejado también en los estatutos de la entidad, cuando le dio nacimiento.

Debe entonces precisarse si la intención de ese cuerpo edilicio fue buscar realizar, a través de una entidad descentralizaada, una determinada actividad por un procedimiento de derecho público o de derecho privado. Si lo primero, se estará frente a un establecimiento de derecho público; si lo segundo, la institución mencionada es, indiscutiblemente, una empresa industrial o comercial del Estado.

La Sala da prevalencia a los parámetros comentados, por cuanto a pesar de que a partir del Decreto 1050 de 1968 al definirse los establecimientos públicos y las empresas sindustriales y comerciales del Estado, se señala que las primeras cumplen funciones administrativas, y las segundas actividades industriales y comerciales, lo cierto es que, en la práctica, el Congreso, las Asambleas Departamentales o los Concejos Municipales, son los que determinan si la actividad especial que se les encomienda realizar (de índole comercial o industrial), se ha de desarrollar con sujeción al derecho público, en cuyo caso, la actividad se torna

eminentemente administrativa, o al derecho privado, despojándola entonces de ese carácter.

Sentados los anteriores parámetros que delimitan el ámbito del análisis subsiguiente, se tiene que de lo dispuesto en el Acuerdo No. 24 de 23 de mayo de 1960, se colige que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, son un establecimiento público, porque se trata de una entidad municipal con patrimonio propio, conformado por los bienes que el municipio de Barranquilla tenía vinculados a ellas en virtud de los Acuerdos Nos. 48 de 1938, 10 de 1933 y 18 de 1939 (art. 3o.); personería jurídica y autonomía administrativa (art. 1o.); cuyo objeto es la prestación de un haz de servicios públicos (art. 2o.), con facultades para recaudar, administrar e invertir el producto de las rentas municipales que tiene bajo su administración, en orden a incrementar el patrimonio de las Empresas y a contribuir al ensanche y mejoramiento de los servicios que ella presta (art. 4o.) y con la obligación de contribuir con un determinado porcentaje de sus rentas al municipio (art. 8o.); con una Junta Directiva que realiza funciones administrativas conformada por 5 miembros, de los cuales 4, en últimas, son escogidos por el Concejo Municipal; en control permanente sobre sus bienes y actividades, ejercido por un Auditor designado para la elaboración de su presupuesto (art. 18); el cual por disposición del Concejo debe ser incluido como anexo en el presupuesto general del municipio (art. 19), y con una supervisión sobre los resultados de labores realizadas cada caño por parte del Concejo Municipal, ante el cual la Junta Directiva y el Auditor deberán presentar a ese efecto el respectivo informe (art. 26).

Por lo demás, los estatutos de las Empresas, aprobados por el Decreto Municipal 191 de 13 de junio de 1960, establecen que ellas se dirigirán en riguroso criterio de eficacia administrativa con la finalidad de garantizar a los ciudadanos el funcionamiento regular, permanente y económico de los servicios públicos cuya administración se les ha encomendado (art. 15), lo cual excluye como finalidad primoridal la de realizar sus actividades con exclusivo ánimo de lucro, que es una de las características esenciales de las empresas industriales o comerciales del Estado.

Por todo ello, para la Corporación es claro que las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, entidad que no ha sido transformada por el Concejo Municipal en su naturaleza jurídica, a la luz de lo estatuido en el Acuerdo No. 024 de 1960 y el Decreto Municipal 191 de ese mismo año y en razón de haber optado el Municipio de Barranquilla por prestar los servicios públicos a ellas asignados por el procedimiento del derecho público, ostenta la categoría de establecimiento público.

A tal conclusión se arriba no sólo confrontando el contenido de los actos administrativos de creación de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, y que fijan sus estatutos, con lo preceptuado en los Decretos 1050,

3130 y 3135 de 1968, contentivos de la Reforma Administrativa de ese año, sino con lo previsto en el ordenamiento jurídico anterior, conforme al cual las normas de derecho privado se aplicaban únicamente a las empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se explotaren con fines de lucro, o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas por éstos (art. 4o. Decreto 2127 de 1945), pues las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla no corresponden a las susodichas categorías, toda vez que, como se dijo, no fue la intención del Concejo Municipal crear la entidad con el fin primoridal de que obtuviera pingües utilidades, sino que, se repite, lo que surge de la lectura del Acuerdo No. 24 de 1960, es que el interés de dicha Corporación fue el de que el nuevo ente, de manera más técnica, especializada y eficiente prestara los servicios públicos a los habitantes de Barranquilla.

De otra parte, aunque los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, pavimento y mercado que son los que se atribuyeron a las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, podrían, en un momento determinado, ser prestados por particulares, no es lo usual que éstos, a iniciativa propia, resuelvan encargarse de suministrar, bajo su responsabilidad, el haz de los servicios enunciados, a toda una ciudad.

De suerte, que aunque podría tratarse de una institución técnicamente susceptible de ser fundada por particulares, no tiene como fin exclusivo la explotación de los referidos servicios públicos con ánimo de lucro, en los términos en que tales particulares conciben el ejercicio de la actividad industrial o comercial, como tampoco se trata de una institución idéntica a las organizadas por particulares, por las razones atrás expuestas.

No hay duda pues, que el Concejo Municipal de Barranquilla, al constituir las Empresas Públicas Municipales de esa ciudad, tuvo en mente desplazar la prestación de los servicios citados a un ente jurídico oficial distinto del municipio, pero bajo las directrices plasmadas en las normas de derecho público, y no con sujeción preferencial al régimen de derecho privado.

Dilucidado lo anterior, debe establecerse si la clasificación de los servidores de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla prevista en la Resolución No. 05 de 1973 de la Junta Directiva de esa institución, aprobada por el Decreto Municipal No. 118 del mismo año, se ajusta al régimen de personal aplicable en los establecimientos públicos, o si por el contrario, lo desbordó.

Al efecto, se anota, que de conformidad con lo estipulado en el art. 5o. del Decreto 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, salvo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas, quienes tienen el carácter de trabajadores oficiales. Además prevé, que en los estatutos de estas entidades se debe determinar qué actividades pueden desempeñarse por personas vinculadas

mediante contrato de trabajo, que tengan, por consiguiente, la calidad de trabajadores oficiales.

Por su parte, la Sala llama la atención sobre el hecho de que el art. 3o. del Decreto 1848 de 1969, en cuanto establecía que son trabajadores oficiales los que prestan sus servicios en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial, con excepción del personal directivo y de confianza que serán empleados públicos, fue declarado nulo por el Consejo de Estado en sentencia del 16 de julio de 1971 y agosto 8 de 1973.

Para 1973, época en que se profirieron los actos acusados, no había disposición legal alguna, como existe desde la expedición de la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 de 1986, que estableciera expresamente los criterios que debían regir a efecto de establecer la clasificación de los empleados de los municipios y de sus entidades descentralizadas. Sinembargo, en la práctica y así lo ha aceptado la jurisprudencia, la clasificación de los servidores mencionados debía sujetarse a lo dispuesto en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Para el caso, la regla general aplicable en relación con los servidores de las Empresas Públicas Municiaples de Barranquilla consiste en que sus servidores tienen el carácter de empleados públicos, con excepción de quienes se dedican a la construcción o sostenimiento de obras públicas y de aquellos que se cataloguen en los estatutos como trabajadores oficiales.

En este orden de ideas, se tiene que la potestad de los órganos directivos de los establecimientos públicos, más exactamente de su Junta Directiva, llega hasta la determinación precisa de cuáles de sus servidores son, como excepción, trabajadores oficiales, mas no para que en un acto de omnipotencia, den al traste con la regla general (todos los servidores son empleados públicos) y convertir la excepción en norma general (todos los servidores son trabajadores oficiales), porque ello implicaría una evidente burla al mandato del legislador según el cual la generalidad de los empleados de los establecimientos públicos tienen el carácter de empleados públicos, y solamente algunos de ellos tienen la calidad de trabajadores oficiales.

Por tanto, a la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla, le estaba vedado efectuar la clasificación de sus servidores en la forma contenida en la Resolución No. 05 de 1973, porque incurre en la irregularidad jurídica a la cual se hizo referencia.

Y no se puede aceptar lo aseverado por el Tribunal, en el sentido de que por ser las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla un establecimiento pública dedicado a la construcción y sostenimiento de obras públicas sus servidores son trabajadores oficiales, salvo los que desempeñen cargos directivos o de confianza, porque lo cierto es que solo algunas de las actividades del referido ente son de tal naturaleza; y en consecuencia, si existen personas dedicadas a la

actividad refereida, también es verdad inocultable que en las Empresas hay otras y no en número reducido, que desempeñan funciones propias de los empleados públicos, esto es, de índole administrativa.

Por lo demás, tampoco puede admitirse en aras de la legalidad de los actos impugnados, que en el sub-lite sea aplicable el criterio exceptivo consagrado en el literal b) del art. 3o. del Decreto 1848 de 1969, porque, según se indicó, tal norma fue anulada por el Consejo de Estado.

Significa lo anterior, que la clasificación de los trabajadores de las citadas empresas contenidas en la Resolución No. 05 y el Decreto 118 de 1973, no se ajusta a lo preceptuado en el ordenamiento jurídico sobre el particular, pues los servidores de los establecimientos públicos, de acuerdo con las normas citadas son, por regla general, empleados públicos, y sólo por excepción tienen la condición de trabajadores oficiales quienes, se dedican al sostenimiento y construcción de obras públicas o desempeñan aquellas actividades que con carácter exceptivo hayan sido señaladas para ser cumplidas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Se impone pues, la revocación de la sentencia y la declaratoria de nulidad de los actos administrativos demandados.

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:

Revícase la sentencia de 25 de julio de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico en el presente asunto.

En su lugar, decrétase la nulidad de la Resolución No. 05 y del Decreto 118 de 12 y 21 de marzo de 1973 respectivamente, proferidos en su orden por la Junta Directiva de las Empresas Públicas Municipales de Barranquilla y por la Alcaldía de esa ciudad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Causales/ **PRUEBA RECOBRADA / TESTIMONIO**

La causal segunda de revisión hace referencia a la prueba documental, pues el término o vocablo "piezas" tiene exactamente ese alcance y no a la prueba testimonial que no se practicó o no se allegó oportunamente, porque esta causal de revisión, al igual que las restantes, debe interpretarse en criterio restrictivo y con referencia única a la prueba documental, toda vez que al hacerlo extensivo a toda clase de medios probatorios que consten en escritos, haría muy fácil la negligencia o descuido de la parte interesada que no usó ni ejerció los instrumentos y medios procesales que le otorga la ley, para impedir que el fallador tomara decisiones sin que previamente se hubiere evacuado la totalidad de los pruebas que, en su sentir, acreditan los supuestos de hecho en que apoya sus pretensiones, como sucedió en el sub lite.

Consejo de Estado.- Sala de lo contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., once (11) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: Doctor Alvaro Lecompte Luna.

Referencia: Expediente No. 3660. Recurso Extraordinario de Revisión. Actor y Recurrente: JOSE ORLANDO GONZALEZ NIETO.

Conoce la Sala del recurso extraordinario de revisión interpuesto por José Orlando González Nieto contra la sentencia de 27 de noviembre de 1986, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso que aquel incoó contra la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-.

En el escrito introductorio del recurso (fls. 36 a 48 cdno. ppal.), se cita como

causal de revisión el numeral 2) del artículo 188 del C. C. A., y se narran como hechos los siguientes:

1. En demanda presentada ante el mencionado Tribunal el 26 de abril de 1986, el actor solicitó la nulidad de la Resolución No. 0022 de 2 de enero de 1986, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Teniente de Aduanas 5055-20 de la Subdirección del Resguardo de la Dirección General de Aduanas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, a título de restablecimiento del derecho, pidió se le reintegrara al mismo cargo, el pago de sueldos, primas, prestaciones y bonificaciones dejados de percibir con ocasión de su desvinculación del servicio público.

2. El demandante alegó que su remoción se produjo con desviación de poder, sin que con ella se buscara el mejoramiento del servicio porque siempre fue un eficiente y capacitado trabajador y que el real motivo que originó su insubsistencia fue la persecución de que fue víctima por parte de sus superiores, a partir del 20 de abril de 1983, fecha en la cual aprehendió una mercancía presumiblemente de contrabando, hecho en el cual resultó involucrado Germán Poveda Camacho, hijo del entonces Director General de Aduanas, doctor Rafael Poveda Alfonso. Tal presunción se tradujo en desmejoramientos continuos por traslados a Aduanas consideradas como castigos, negativas a los ascensos a que por ley y tiempo de servicios tenía derecho y órdenes contradictorias por espacio de dos años, hasta culminar en la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

3. Invoca en su defensa su impecable hoja de vida y solicita la recepción de varios testimonios sobre el hostigamiento de que fue objeto por parte del Subdirector y del Director de Aduanas y de los Subdirectores del Resguardo Nacional de Aduanas.

4. El Tribunal del conocimiento, por auto del 14 de agosto de 1986, abrió el proceso de pruebas por el término de dos meses y al efecto, libro los Despachos Comisorios números 096 y 097 a los Tribunales Administrativos de Santander y Cundinamarca respectivamente, con el fin de que recibieran los testimonios de los Capitanes de Aduana Jaime Torres Castro, Miguel Alfredo López y Rafael Bautista Quijano y del Coronel Alvaro Rudd Henderson, ex-Subdirector del Resguardo Nacional de Aduanas.

5. Sin esperar a la evacuación del Despacho Comisorio No. 097 y a pesar de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca comunicó al de Nariño con Radiograma de 13 de noviembre de 1986 que el despacho se estaba ddiligenciando, este profiere sentencia denegatoria de las peticiones de la demanda, el 27 de noviembre de ese mismo año.

6. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca precepcionó los testimo-

nios el 20 y 26 de enero de 1987, los cuales, por su contenido, son pruebas decisorias de la persecución desarrollada contra el actor, de que no existió mejoramiento del servicio con su declaratoria de insubsistencia y de las negativas a ascenderlo a pesar de sus méritos.

7. La sentencia impugnada se fundamenta en la consideración de que no se presentaron pruebas de la persecución alegada.

8. Recibido por el Tribunal Administrativo de Nariño el aludido Despacho Comisorio, se ordenó su archivo, al igual que ya se había dispuesto el del expediente respectivo.

El Tribunal Administrativo de Nariño no accedió a las pretensiones del demandante, con apoyo en las siguientes consideraciones:

"... el acto aquí acusado y que decreto la insubsistencia del teniente de Aduanas José Orlando González Nieto sin hacer motivación alguna, se encuentra amparado por la presunción de legalidad, presunción que no ha sido desvirtuada, ay que no se ha demostrado en forma fehaciente, que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, incurrió en la desviación de las atribuciones propias de su cargo y que para la producción del acto acusado no privó el criterio del buen servicio. Al menos, se repite, en este proceso no existen indicios probatorios de importancia que conduzcan a tal conclusión.

Y es que, no podemos aceptar las argumentaciones del señor Fiscal de la Corporación cuando pide se acceda a las súplicas de la demanda, porque la verdad sea dicha, si bien se sabe de la larga vinculación del demandante a la Aduana Nacional y la buena hoja de vida que exhibe, no sabemos con certeza, que la desvinculación a que se alude fue motivada única y exclusivamente por razón de persecución o por malquerencia del Director de Aduanas, motivada por efectos de la incautación de un contrabando a su hijo. Pues, si ello fuera el móvil determinante, creemos que la insubsistencia se hubiese producido inmediatamente a la ocurrencia de tal hecho (abril de 1983).- Folio 15) y no al cabo de casi tres años de ello. Pues, un simple informe suministrado por el mismo interesado y dirigido a otra autoridad aduanera no acredita en ningún momento, que el dueño del cargamento incautado en el mes de abril de 1983, y en proximidades del Aeropuerto El Dorado, pertenecía al hijo del Director General, menos que ello haya provocado la insubsistencia al cabo de dos largos años, con tanta mayor razón si tenemos en cuenta y según decir del mismo Teniente González, que sólo se tuvo conocimiento sobre el dueño de la mencionada mercadería de contrabando, por expresiones del conductor del vehículo que la transportaba. Se imponía una prueba más diciente al respecto y que haga relación, no sólo a la buena conducta y prolongada permanencia del afectado, sino a

que efectivamente se produjo la incautación de una mercadería de contrabando al hijo del Director, que los actos de persecución se iniciaron a raíz de esa incidencia, dando pruebas de ello, y finalmente, que ese mismo hecho se fue a tal extremo que provocó la cuestionada insubsistencia, ya que entre otras cosas, se estableció suficientemente, que ni siquiera el Director de Aduanas dicta los actos administrativos de insubsistencia sino el propio Ministro de Hacienda que es el nominador. Y esa posible influencia ejercida por el Director y con respecto a este alto funcionario, no se la ve en este caso concreto.

En resumen, quiere dejar sentado el Tribunal, que bajo ningún aspecto se está desconociendo, que la atribución de nombrar y remover libremente a sus subalternos, se la ha conferido con el primordial objetivo de mejorar la administración. Pues, lo que sí se quiere precisar en que cuando se trata de poner de presente la desviación de poder como aquí ocurre, debe la parte actora, probar a plenitud que la desvinculación de una persona se debió en términos generales a un interés particular del nominador, al propósito de perjudicar a él, al ejercicio de una venganza, etc. Y si no se acredita cuando menos tales exigencias la presunción de legalidad del acto no se habrá desvirtuado". (fls. 23, 24 y 25 cdno. ppal.).

El recurrente, como se expresó, invoca como causal de revisión la segunda del artículo 188 del C. C. A. y la fundamenta en el hecho de que en la sentencia se insiste en aseverar que no se presentaron pruebas de origen siquiera indiciario que permitieran deducir la persecución alegada por el demandante; por lo tanto, estima el impugnador, que los testimonios que se aportan, decretados en tiempo procesal, pero que por razones de fuerza mayor sólo se recopilaron despues de dictada la sentencia, abundan en aserciones que de haber sido examinadas por el Tribunal Administrativo de Nariño lo hubieran llevado a concluir que sí existió la persecución anotada en el libelo, que no hubo mejoramiento del servicio con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor y, consecuencialmente, a variar la parte resolutiva de la sentencia.

Sobre la calidad de los testimonios, dice el recurrente que tienen validez incuestionable, por cuanto provienen de sus jefes inmediatos quienes tienen competencia y autoridad suficientes para dictaminar quien es buen funcionario y si existió o nó mejoramiento del servicio y si hubo persecución contra el accionante a partir de la incautación de las mercancías presumiblemente de contrabando hecho respecto del cual resultó involucrado un hijo del Director General de Aduanas de esa época. Testimonian, asimismo, que esa persecución continuó por más de dos años hasta culminar con la declaratoria de insubsistencia de su cargo.

Destaca el recurrente las razones que impidieron la presentación oportuna de esas priezas procesales, resaltando la imposibilidad para evacuar opor-

tunamente tales pruebas por el factor tiempo y distancia. Igualmente se refiere al hecho de que el Tribunal de Nariño no esperó recibir el despacho comisorio No. 097 debidamente diligenciado, a pesar de que mediante radiograma del 13 de noviembre de 1986, se le comunicó que se estaba diligenciando.

Para resolver, cumplidos los trámites pertienentes

SE CONSIDERA:

1.- La demanda que dió origen al proceso que ahora se analiza fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Nariño el 21 de abril de 1986. Es decir, ya en vigencia del Código Contencioso Administrativo acogido por el Decreto-Ley 01 de 1984. En consecuencia, no obstante que en el libelo se exprese que el asunto es de conocimiento del Tribunal mencionado, en primera instancia (fl. 8, del cuaderno No. 2), **lo ha sido en única**, al tenor de lo que al respecto de cuantías señalan el ordinal 6 del art. 132 del señalado Código, y el ordinal 6 del art. 131 ibidem en armonía con el art. 265 de la misma obra, tratándose de procesos de restablecimiento del derecho de carácter laboral en que se controviertan actos que impliquen destitución, **declaración de insubsistencia,** revocación de nombramiento o cualesquiera otros que conlleven retiro del servicio. Es apenas obvio, entonces, que para le época en que fue incoada la demanda, posterior a la fecha de primero de enero de mil novecientos ochenta y seis, ya se había producido el reajuste de las cuantías señaladas inicialmente por el Código, por lo que siendo el último sueldo devengado por el actor la suma de $67.659.oo mensuales, resulta estár inferior a los $80.000.oo fijado para aquellas calendas para determinar la competencia por el factor de la cuantía para esta clase de asuntos.

Es, por tanto, procedente el conocimiento del recurso extraordinario de revisión interpuesto, al tenor de lo preceptuado en el art. 186, segundo inciso, del Código Contencioso Administrativo.

2.- El Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 01 de 1984), antes de su reforma por el Decreto-Ley 2304 de 1989, contemplaba así la segunda causal de revisión, en su artículo 188:

> "Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia, con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión diferente".

Reiteradamente la Corporación ha sostenido que esta causal hace referencia a la prueba documental, pues el término o vocablo **"piezas"** tiene exactamente ese alcance y no a la prueba testimoniao que no se practicó o no se allegó oportunamente, porque esta causal de revisión, al igual que las restantes del art. 188, debe interpretarse con criterio restrictivo y con referencia única a la prueba documental, toda vez que al hacerlo extensivo a toda clase de medios probatorios

que consten en escritos -lo que es apenas obvio en un procedimiento como el colombiano que necesariamente envuelve ese carácter- haría muy fácil suplir la negligencia o descuido de la parte interesada que no usó ni ejercitó los instrumentos y medios procesales que le otorga la ley, para impedir que el fallador tomara decisiones sin que previamente se hubiere evacuado la totalidad de las pruebas que, en su sentir, acreditan los supuestos de hecho en que apoya sus pretensiones, como sucedió en el **sub lite.**

De suerte, pues, que la palabra **"piezas"**, está tomada o usada por el art. 188 del C. C. A., como sinónima de **"documentos"**, o sea, que de acuerdo al art. 251 del C. de P. C., "son documentos, los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares". En cambio, el testimonio, aunque las respuestas del deponente consten en un escrito o en una grabación como resultado de su práctica en sede judicial, guarda una naturaleza muy distinta, pues es un medio de prueba que consiste en la aseveración de una cosa o de un hecho a través de la declaración, bajo la gravedad del juramento, de un tercero. Tan evidente es lo que aquí se afirma que en la relación o enumeración de los medios de prueba admitidos por la ley (art. 175 C. de P. C.), se comprende "la declaración de parte, **el testimonio de terceros,** el dictamen pericial, la inscripción judicial, **los odcumentos,** los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez". (Las subrayas no son del texto transcrito).

Además, quepa recordar que tal es el alcance que las jurisprudencias de la Corte y del Consejo de Estado, y los tratadistas han dado a esta causal de revisión exotraordinaria, dado que precisan cómo ella tiene lugar cuando, después de pronunciada la sentencia, se encuentran **documentos** que habrían variado la decisión contenida en la misma, y que el recurrente no pudo aportarlos al proceso por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria. En otras palabras, que no se haya podido aportar por el recurrente **prueba documental;** que esa prueba **se encontró** después de dictada la sentencia revisada; que la prueba no pudo aportarse oportunamente al proceso cuya sentencia se revisa, por fuerza mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria, y que la susodicha prueba haya sido determinante de la sentencia. Por ende, no se trata de mejorar una prueba o de producir otra con posterioridad a la sentencia revisada; si fuera así, no habría nunca cosa juzgada, pues bastaría que el vencido mejorara la prueba o la mejorara posteriormente para que se diera la causal.

Mas, aun admitiendo que los testimonios que se apaortan al recurso **sub-lite** pudieran tenerse como "piezas" recobradas, se tiene, como es fácil observarlo, que ellos fueron oportunamente solicitados por el accionante o su recepción fue decretada por el Ttribunal de Nariño mediante providencia visible al folio 104

del cuaderno respectivo, en el cual se dispuso a prueba por el término de dos meses. También que al vencimiento del aludido término, sólo había sido devuelto, debidamente diligenciado, el Despacho Comisorio que con el fin de recepcionar un testimonio habíase librado al Tribunal Administrativo de Santander (fls. 109 a 129 cdno. del Tribunal). El Tribunal de Nariño, previo requerimiento al Tribunal de Cundinamarca para que diligenciara el Despacho Comisorio No. 097 de 1986 librado con el fin indicado (fl. 137 cdno. del Tribunal), dispuso dar traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, **providencia que no fue impugnada por el demandante** con el propósito de impedir que se fallara el proceso sin tener en cuenta las pruebas testimoniales (no documentales) que consideraba decisivas para desvirtuar la legalidad del acto acusado.

Esa conducta procesal del accionante dentro de la actuación de la única instancia, indudablemente, denota ausencia de diligencia en procura de una acertada tramitación del juicio, lo que no puede ser constitutivo de fuerza mayor o de caso fortuito ni atribuirse a obra de la parte contraria.

En tales circunstancias, la prueba presentada con el recurso como recobrada no tiene la condición de **pieza** en el sentido a que se refiere la causal segunda del art. 188 del C. C. A., y, por lo tanto, no es posible su prosperidad.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 27 de noviembre de 1986 en este asunto.

No hay lugar a costas. Devuélvase la caución.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUPRESION DEL CARGO / RETIRO DEL SERVICIO / ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia /**TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS / CONSULTA**

De acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado y con la finalidad de la acción de restablecimiento del derecho, la acción está correctamente utilizada. Si bien es cierto el acto por el cual se suprimen cargos es de contenido impersonal, no puede desconocerse que cada uno de los cargos suprimidos está siendo desempeñado por un empleado y que la supresión implica por regla general el retiro del servicio. El retiro del servicio en el caso de autos se produjo como consecuencia directa de la supresión del cargo, es decir de tal supresión emana el desconocimiento del derecho que la demandante pretende le sea restablecido.

Habiendo sido apelada esta providencia por la entidad pública que fue condenada, carece de competencia la Sala para ocuparse de aspectos diferentes a los planteados por el recurrente en apelación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., doce (12) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 4349. Actor: SANDRA MONGE HAMANN

El Departamento del Valle del Cauca mediante apoderado interpone recurso de apelación contra la sentencia de 19 de septiembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de dicho Departamento.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal la señora SANDRA MONGE HAMANN solicitó la nulidad de la resolución 1110 de 30 de julio de 1985, por la cual el Contralor General del Departamento del Valle del Cauca suprimió algunos cargos, y entre esos el de Visitador que ella ocupaba.

Como consecuencia de la nulidad y a manera de restablecimiento del derecho pidió el reintegro a ese cargo o a otro igual o superior categoría y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de devengar.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal encontró que era viable el ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho en este caso, aun cuando el acto demandando fuera de carácter general; no aceptó el planteamiento hecho por el Departamento sobre indibida representación de la parte demandante; y en cuando al fondo del asunto consideró que el Contralor Departamental carece de facultad para suprimir cargos y por esa razón accedió a las súplicas de la demanda.

RAZONES DE LA IMPUGNACION

El señor apoderado del Departamento solicita se revoque la sentencia apelada porque, en su sentir, el fallo ha debido ser inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda, en razón a que se interpuso la acción de restablecimiento del derecho contra un acto de carácter general, impersonal y objetivo, lo cual no era procedente.

Cita en su apoyo apartes de un auto del Consejo de Estado del 29 de marzo de 1955.

En cuanto a la razón de fondo que tuvo el Tribunal para anular el acto acusado no hace manifestación ninguna.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que la facultad organizativa de las Contralorías Departamentales corresponde a las Asambleas y la realiza mediante la determinación de su estructura, creando, suprimiendo y refundiendo los empleos de la entidad.

Concluye que, estando probada la incompetencia del Contralor Departamental, las peticiones del libelo demandatorio están llamadas a prosperar y por tanto debe confirmarse la sentencia apelada.

Tramitado el recurso en legal forma, procede la Sala a dictar sentencia

mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

La inconformidad del recurrente se contrae al punto relacionado con la viabilidad de la acción de restablecimiento del derecho para obtener la nulidad de la resolución por la cual el Contralor del Departamento del Valle del Cauca suprimió algunos cargos de la planta de personal, y el restablecimiento de un derecho particular.

Sea lo primero anotar que la jurisprudencia citada por el señor apoderado del Departamento fue modificada por la que en materia de acciones contencioso administrativas sentó el Consejo de Estado en sentencia de 10 de agosto de 1961, con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta y que es la que en la actualidad se mantiene, con algunas precisiones hechas con posterioridad en sentencia de 21 de agosto de 1972, con ponencia del Consejero Humberto Mora Osejo. Según esta doctrina, no es la generalidad o la particularidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad de la acción, sino los motivos determinantes de la misma -tutela del orden jurídico y mantenimiento de la legalidad abstracta, o restablecimiento de un derecho particular-.

Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los que las normas legales asignan a la acción.

Si lo que se pretende es el restablecimiento de un derecho particular, la acción adecuada será precisamente la de restablecimiento, interpuesta dentro de los términos legales.

En el caso de autos, dentro del término de los 4 meses señalado por el artículo 136 del C. C. A., para la caducidad, la señora Sandra Monge Hamann interpuso la acción de restablecimiento del derecho para pedir la nulidad de una resolución por la cual el Contralor Departamental suprimió algunos cargos de la planta de personal de la Contraloría. Y como uno de tales cargos era ocupado por la actora, solicita igualmente el restablecimiento de su pretendido derecho.

Estima la Sala, que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado y con la finalidad de la acción de restablecimiento del derecho, según se desprende del artículo 85 del C. C. A., la acción está correctamente utilizada.

Si bien es cierto, el acto por el cual se suprimen cargos es de contenido impersonal, no puede desconocerse que cada uno de los cargos suprimidos está siendo desempeñado por un empleado y que la supresión implica por regla general el retiro del servicio.

Siendo ello así, si la supresión no se ajusta a derecho, el empleado puede

válidamente obtener la nulidad y como consecuencia de ella el restablecimiento de su derecho de permanencia en el empleo.

Da cuenta el expediente que la resolución 1110 de 30 de julio de 1985, suprimió 15 cargos de visitadores, y como la señora Sandra Monge ocupaba uno de ellos, se le comunicó mediante oficio de fecha 31 de julio de 1985, suscrito por el Jefe de Personal de la Contraloría Departamental, que como consecuencia de la supresión del cargo ordenada en la resolución 1110 de 30 de julio de 1985, a partir de la fecha cesaba su vinculación con la Contraloría Departamental.

Es claro entonces que el retiro del servicio se produjo en este caso como consecuencia directa de la supresión del cargo, es decir, de tal supresión emana el desconocimiento del derecho que la demandante pretenda le sea restablecido, invocando acertadamente la acción consagrada en el artículo 85 del C. C. A.

No prospera entonces el único cargo que el Departamento formula contra la sentencia del Tribunal.

Habiendo sido apelada esta providencia por la entidad pública que fue condenada, carece de competencia la Sala para ocuparse de aspectos diferentes a los planteados por el recurrente en apelación.

Ordena el artículo 184 del C. C. A., que las sentencias que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, sean consultadas y se entenderá interpuesta la consulta en favor de la entidad; pero dispone también el mismo artículo que la consulta solo se surte cuando la providencia no es apelada por la Administración.

En este orden de ideas es preciso confirmar la sentencia del Tribunal que dispuso la anulación del acto que suprimió el cargo ocupado por la actora y ordenó el restablecimiento de sus derechos.

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

FALLA:

1o. Confírmase la sentencia del 19 de septiembre de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para decidir el proceso incoado por la señora Sandra Monge Hamann.

2o. Adiciónase tal sentencia en el sentido de disponer que el Departamento del Valle del cauca ordene descontar de las sumas que se paguen a la señora Sandra Monge Hamann en cumplimiento de este fallo, lo que ella hubiere

recibido de entidades públicas por concepto de sueldos, prestaciones sociales u honorarios, durante el mismo lapso de tiempo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64 de la Constitución Nacional.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO - Improcedencia

Para la Sala es claro que el artículo 71 del C. C. A., no contiene una simple ritualidad, sino que establece una regla de competencia según la cual la administración no está facultada para revocar directamente sus propios actos cuando han sido acusados ante la jurisdicción y se ha admitido la demanda. Siendo regla de comptencia el artículo 71 era de aplicación inmediata y no había lugar a excluir de su imperio las actuaciones ya iniciadas antes de su vigencia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., doce (12) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro*

Referencia: Expediente No. 3763. Resoluciones Ministeriales. Actora MARIELA VEGA DE HERRERA

Se decide el recurso de apelación interpuesto, mediante apoderado por MYRIAM NAVARRO JAIMES contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Santander.

ANTECEDENTES:

En ejercicio de la facultad concedida por el inciso 3o. del artículo 127 del C. C. A., antes de ser modificado por el Decreto 2304 de 1989, la doctora Fiscal del Tribunal Administrativo de Santander pidió al Consejo de Estado declarar nula en su integridad la Resolución No. 017 de 11 de junio de 1984, emanada de la Junta Seccional de Escalafón de Santander.

La demanda se fundamento en los siguientes

HECHOS:

"Mediante Resolución No. 016 del 17 de noviembre de 1981, la Junta Seccional de Escalafón de Santander, excluyó del Escalafón Nacional Docente a la educadora Myriam Navarro Jaimes, con base en un proceso disciplinario adelantado en su contra por infracción al Decreto 2277 de 1979.

"Este acto fue demandado ante el H. Consejo de Estado por parte de la sancionada y la demanda fue admitida por esa H. Corporación en providencia del 7 de junio de 1983, la cual quedó ejecutoriada el 24 del mismo mes.

"La misma Junta, por medio de la Resolución 017 del 11 de junio de 1984, revocó directamente todos los actos producidos en el proceso disciplinario, dispuso restablecer en el Escalafón Nacional a la actora y ordenó a la entidad nominadora reintegrarla al empleo, así como pagarle los salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la acción disciplinaria".

Como normas violadas con el acto acusado, la demanda citó: artículo 20 de la C. N.; artículo 71 del Decreto 01 de 1984; artículo 6o. del Decreto 596 del 1980.

Por auto de 26 de marzo de 1985, el Consejo de Estado ordenó remitir el proceso, por competencia, al Tribunal Administrativo de Santander.

El Tribunal en la sentencia apelada anuló la Resolución No. 017 de 11 de junio de 1984 por haber sido expedida cuando ya se hallaba vigente el artículo 71 del C. C. A., adoptado por el Decreto 01 de 1984, el cual hace imposible la revocación directa de los actos administrativos, cuando el acto ha sido demandado ante la jurisdicción contencioso administrativa y se ha dictado auto admisorio de la demanda, puesto que los actos que dicha resolución revoca habían sido acusados ante el Consejo de Estado, y el auto admisorio de la demanda se dictó el 7 de junio de 1983, quedando ejecutoriado el 24 de ese mismo mes y año.

La señora Myriam Navarro de Jaimes persona directamente afectada con las resultas del juicio, a pesar de no haber sido citada para hacerse parte en el proceso interpone ahora recurso de apelación saneando así la causal de nulidad procesal en que se incurrió en la primera instancia, y expone los siguientes argumentos para fundamentarlo: que no se puede invocar el contencioso popular de anulación para perseguir pronunciamiento sobre derechos subjetivos; que en este caso el Tribunal adecuó la acción pública a la de restablecimiento del derecho pero que se vulneró el derecho de defensa de la señora Navarro Jaimes al omitir la notificación personal que debía hacérsele del auto admisorio de la demanda; que si realmente se trataba de una acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral, se habría presentado caducidad puesto que la resolución

demandada quedó ejecutoriada el 18 de junio de 1984 y la demanda se recibió en el Consejo de Estado, despacho de destino, el 14 de noviembre de 1984; que no es cierto que la Junta de Escalafón careciera de competencia para proferir el acto acusado pues que sí era competente, conforme al artículo 32 del Decreto 2372 de 1981; que la revocatoria directa sí era viable porque la actuación se había iniciado el 20 de agosto de 1983 y por tanto debía regirse por el Decreto 2722 de 1959 y no por el Decreto 01 de 1984, al tenor de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 153 de 1887.

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto de fondo estima que el acto acusado se profirió con violación del artículo 71 del C. C. A., el cual es de aplicación inmediata al referirse a la sustanciación y ritualidad de los juicios; es decir, que no procedía la revocación directa de actos que ya habían sido demandados ante la jurisdicción, por estar admitida la demanda.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

En cuanto al primer motivo de inconformidad planteado por la recurrente, es decir, el relacionado con la acción que debía intentarse y su caducidad, observa la Sala que a pesar de haberse pedido únicamente la nulidad de la Resolución No. 017 expedida por la Junta Seccional de Escalafón de Santander el 11 de junio de 1984, esa nulidad implicaba por sí sola un restablecimiento de derechos para la Nación, consistente en que, al quedar vigente la exclusión del escalafón docente dispuesta en los actos revocados, la señora Myriam Navarro Jaimes no podría continuar vinculada a la docencia oficial y la Nación, no tendría que seguir reconociéndole remuneración alguna.

Debe concluirse entonces que es una acción de restablecimiento del derecho, incoada por el Ministerio Público en beneficio de la Nación, y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 143 de la Constitución Política y en el artículo 127 del C. C. A.

Por tanto no puede hablarse de caducidad de la acción, en el tpermino de 4 meses porque el demandante no es un particular sino una entidad pública y en ese caso, al tenor de lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo 136 del C. C. A., vigente el 29 de octubre de 9184, cuando se presentó la demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander el término de caducidad era y es de 2 años.

En cuanto al argumento que se refiere a la legalidad de la revocatoria directa dispuesta por la Junta Seccional del Escalafón de conformidad con el artículo 40 de la Lewy 153 de 1887, por oposición a lo decidido por el Tribunal que consideró de aplicación inmediata el artículo 71 del C. C. A., dirá la Sala lo siguiente:

Las reglas de competencia son de aplicación imediata, como también lo son las que se refieren a la sutanciación y ritualidad de los juicios; sin embargo, cuando se produce un cambio de legislación hay normas que indican cómo debe efectuarse el tránsito de una a otra y cómo deben solucionarse los problemas que surgen con ocasión del mismo.

Es así como el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe:

> "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezara regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Esta norma consagra el principio de aplicación inmediata de las normas sobre procedimiento, exceptuando los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias ya iniciadas.

En el caso concreto de autos, la petición de revocación directa hecha por la señora Myriam Navarro Jaimes se hizo -como se indica en el acto acusado- el 20 de agosto de 1983.

Estima la Sala que con esa petición se inició una actuación, regida en ese entonces por el Decreto 2733 de 1959, el cual permitía la revocatoria directa de los actos administrativos en cualquier tiempo, siempre que no se hubiera proferido sentencia definitiva sobre su legalidad.

Pero cuando se accedió a la petición de revocatoria directa mediante la resolución No. 017 de 11 de junio de 1984, acusada, ya se encontraba vigente el artículo 71 del C. C. A., que eliminó la posibilidad de revocar cuando se hubiere dictado auto admisorio de la demanda.

Es necesario dilucidar entonces, si este artículo 71 concierne únicamente a la sustanciación y ritualidad de la actuación o es regla que señala competencia.

Para la Sala es claro que la norma no contiene una simple ritualidad, sino que establece una regla de competencia según la cual la administración no está facultada para revocar directamente sus propios actos cuando han sido acusados ante la jurisdicción y se ha admitido la demanda.

Por tanto, siendo regla de competencia, el artículo 71 era de aplicación inmediata y no había lugar a excluir de su imperio las actuaciones ya iniciadas antes de su vigencia.

En el expediente hay constancia (fl. 17) según la cual, por auto de 7 de junio

de 1983, -ejecutoriado el 24 de los mismos mes y año, el Consejo de Estado admitió la demanda presentada por Nyriam Navarro Jaimes ".....Contra la Resolución número 016 de 1981 y demás actos proferidos por la Junta Seccional de Escalafón de Santander y la Junta Nacional de Escalafón Docente, relacionados con un proceso disciplinario adelantado en contra de la demandante en dicho año".

En este orden de ideas es preciso concluir que el 11 de junio de 1984, la Junta Seccional del Escalafón de Santander carecía de competencia para revocar los actos que ya habían sido acusados mediante demanda admitida; y al hacerlo, violó el artículo 71 del C. C. A.

Lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia apelada que se basó precisamente en la infracción de dicho artículo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, oído el concepto Fiscal, administrando justicia en nombre de la República de colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 2 de agosto de 1988 por el Tribunal Administrativo de Santander dentro del proceso instaurado por la señora Fiscal de esa Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 4 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente,*Reynaldo Arciniégas Baedecker,* ausente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONTRALOR MUNICIPAL / Nombramiento /**ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO** - Procedencia/ **ACTO PARTICULAR**

La decisión escrita del Alcalde, es la que ha debido ser acusada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque siendo la causa de la desvinculación del accionante del cargo de Contralor Municipal, por lo menos mientras el Tribunal Administrativo resolviera cuál era el Contralor válidamente elegido, debía juzgarse su legalidad a fin de poder establecer si procedía o no el restablecimiento del derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente:

Referencia: Expediente No. 5513. Apelación Interlocutorios. Actor: HECTOR AUGUSTO PARRA ZULETA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Héctor Augusto Parra Zuleta contra el auto de 19 de noviembre de 1990 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

ANTECEDENTES:

1o. El señor Hector Augusto Parra Zuleta a través de apoderado instauró acción de reparación directa contra el Municipio de Caucasia para que esta localidad sea decalrada responsable de la totalidad de daños y perjuicios que se le ocasionaron por haberlo desvinculado de 'HECHO" del cargo de Contralor Municipal, para el que había sido nombrado por el Concejo Municipal, y en

consecuencia pretende 1o. Que se la paguen la totalidad de los sueldos y prestaciones dejados de percibir, entre la fecha de la desvinculación y la de reintegro, o aquella en que venza el período.

2o. Perjuicios morales equivalentes a 1.000 gramos de oro, el precio que certifique el Banco de la República a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

3o. Que para todos los efectos prestacionales se considere que no ha existido solución de continuidad entre la fecha en que hizo entrega del cargo y la de reintegro, o subsidiariamente, la de vencimiento del período.

Adujo como hechos principales de la acción, que fue designado por el Concejo Municipal de Caucasia como Contralor del Municipio en propiedad, cargo que ejerció no obstante la resistencia de su antecesor para entregárselo. Que elegido el nuevo Alcalde y después de haberlo este reconocido como Contralor del Municipio, verbalmente le manifestó que no seguiría trabajando con él, lo que a juicio del demandante fue una extralimitación de funciones, pues fue retirado por el Alcalde sin competencia para ello.

El Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda porque consideró que la acción entablada debía ser la de nulidad y restablecimiento del derecho y que el trámite de caducidad de cuatro meses previsto para este tipo de acciones, en el caso presente debe contarse desde la fecha en que se entregó el cargo, esto es 6 de junio de 1990. Advierte que como la demanda fue presentada el 13 de noviembre de 1990, la acción está caducada.

Contra dicho proveído se interpone el recurso de apelación argumentando el recurrente que no se trata de una acción de Restablecimiento del Detrecho ya que no se expidió ningún acto administrativo, sino que "DE HECHO" el Alcalde de Caucasia, retiró al actor manifestándole en forma verbal que no seguiría trabajando con él, acogiéndose a lo ordenado por el inciso 3 del artículo 62 de la Ley 11 de 1986 y entregando al señor Fred Iván Domínguez el Oficio No. 18 de 5 de junio de 1990 para que recibiera del actor la Oficina de la Contraloría.

En consecuencia el demandante considera que la causa de la petición de un hecho de la administración, siendo la acción adecuada la de Reparación Directa que tiene una caducidad de 2 años, y por tanto instaurada en tiempo.

CONSIDERACIONES:

Estima la Sala que le asiste razón al Tribunal, por lo siguiente:

a) Las peticiones de la demanda están encaminadas a volver las cosas al estado anterior de la ocurrencia del denominado "HECHO" que produjo como consecuencia el retiro del servicio del accionante.

Es así como solicita el pago de sueldos y prestaciones dejados de percibir entre la desvinculación y el reintegro al cargo y que se considere que no hubo solución de continuidad para efectos de prestaciones sociales.

Esta clase de peticiones solo son viables cuando la causa del perjuicio es un acto administrativo, que al ser anulado desaparece de la vida jurídica y hace posible volver las cosas al estato anterior.

Pero no cuando la causa del daño es un hecho, porque los hechos una vcez ocurridos no desaparecen, no son susceptibles de ser anulados.

Por esa razón el artículo 86 del C. C. A., consagra la acción de reparación directa para esos casos, traduciéndose el restablecimiento de una indemnización de perjuicios, precisamente ante la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior.

b) Según se desprende de los hechos relatados en la demanda, el señor Héctor Augusto Parra Zuleta hizo entrega del cargo de Contralor Municipal de Caucasia el 6 de junio de 1990, como consecuencia de una orden emanada del Alcalde Municipal, contenida en el oficio No. 018 de 5 de junio de 1990, dirigida al Doctor Fred Iván Domínguez, anterior Contralor Municipal.

Esta fue indudablemente una manifestación de voluntad emanada del Alcalde Municipal, que produjo efectos jurídicos tales como el retiro del servicio del señor Héctor Augusto Parra.

Afirma el mismo demandante que esa decisión según le comentó verbalmente el Alcalde, la tomó teniendo en cuenta que había dos Contralores elegidos en el Municipio para el mismo período. Es decir, que el Alcalde consideró, que mientras se surtía el trámite previsto en el artículo 101 del Código de Régimen Municipal para dilucidar estas situaciones, debía darse aplicación a la parte final de dicho artículo que reza:

> "Mientras se realiza la posesión del Contralor, Personero, Tesorero, Auditor o Revisor válidamente elegido, la persona que venía desempeñando el cargo continuará ejerciéndolo".

La decisión contenida en el Oficio No. 018 de 5 de junio de 1990 es la que ha debido ser acusada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque siendo la causa de la desvinculación del accionante del cargo de Contralor Municipal, por lo menos mientras del accionante del cargo de Contralor Municipal, por lo menos mientras el Tribunal Administrativo de Antioquia resolviera cuál era el Contralor válidamente elegido, como lo ordena el artículo 101 del C. de R. M., debía juzgarse su legalidad a fin de poder establecer si procedía o no el restablecimiento del derecho en la forma solicitada en la demanda.

En este orden de ideas se concluye que la acción adecuada en este caso era la de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesto dentro del término legal, y no la de reparación directa.

Como la demanda no se dirige contra el acto administrativo que ha debido acusarse y de haberlo hecho la acción estaría caducada cuando se presentó, el auto inadmisorio apelado deberá confirmarse.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Confírmase el auto de 19 de noviembre de 1990 por el cual el Tribunal Administrativo de Antioquia inadmitió la demanda presentada por el señor Héctor Augusto Parra Zuleta.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del 11 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SINDICATO - Constitución / **SINDICATO** - Directivos

Aprobar una junta directiva sindical que está integrada con socios que no debieran serlo, como presuntamente ocurrió con la aprobada por los actos acusados, no implica infringir el artículo 416 del C. S. del T. debido a que esta norma se refiere a la imposibilidad de que los sindicatos de empleados públicos puedan presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas y a las facultades de los sindicatos de trabajadores oficiales. La situación planteada no encaja dentro de la violación de normas que se denuncia, sencillamente porque el vicio no estaría en el acto de elección y en su aprobación, sino en la constitución de la organización sindical o en el acto de afiliación de los empleados públicos que a la postre resultaron elegidos, lo cual es diferente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz*

Referencia: Expediente No. 2495. Resoluciones Ministeriales. Actor: MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL

El Municipio de Santa Rosa de Cabal, presentó demanda, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, para que se declaren nulas las resoluciones 09 de enero 20 y 03 de febrero 24 de 1986 mediante las cuales la Inpección Nacional de Trabajo y la correspondiente División Departamental del Ministerio del ramo, aprobaron la elección de la Junta Directiva Sindical elegida por la organización denominada Sindicato de Trabajadores Oficiales del Municipio de Santa Rosa de Cabal.

En los hechos de la demanda se relata que dicho Municipio recurrió en apelación el acto principal, porque la mesa directiva sindical quedó conformada indebidamente por haber sido integrada por empleados públicos y trabajadores oficiales, pero que aquel acto fue confirmado.

En el capítulo de las disposiciones violadas se invocaron los artículos 5o. del decreto extraordinario 3135 de 1968, 1o., 2o. y 3o., de su reglamentario el 1848 de 1969 y los artículos 409 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el concepto de la violación se expresa que algunos de los integrantes de la junta directiva sindical son empleados públicos, a la luz de las disposiciones del decreto 3135 de 1968 y 1848 de 1969, situación que no tuvo en cuenta para aprobar la correspondiente elección ni para resolver el recurso de apelación que se interpuso; que existen sentencias tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia acerca de la aplicabilidad de tal normatividad a los servidores del orden municipal; que si la organización sindical es de trabajadores oficiales no puede aprobarse la constitución de una junta directiva conformada por estos y por empleados públicos, máxime si se tiene en cuenta que los sindicatos de los últimos no pueden presentar pliegos de peticiones, ni firmas convenciones colectrivas, y menos gozar de fuero sindical.

La vista Fiscal

El Ministerio Público en su concepto de fondo (fl. 130) opina que las súplicas impetradas no pueden prosperar, debido a que no se encuentra cómo pudieron haber sido infringidas las normas que invoca la demanda.

Llegado el momento de decidir la acción propuesta, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1. La circunstancia de que un empleado público sea elegido en la junta directiva de un sindicato de trabajadores oficiales o viceversa, no cambia su condición jurídica de empleado público o trabajador oficial, según el caso, en razón de que esta depende, como se ha dicho reiteradamente, de los mandatos de la ley que no establecen la uno o la otra por aquella circunstancia. Luego, es imposible que se hubieran violado las normas de los decretos extroaridnario 3135 de 1968, y reglamentario 1848 de 1969, con la expedición de los actos acusados.

2. De otro lado, el amparo del fuero sindical se genera por el cumplimiento de los requisitos exigidos en la parte segunda del Código Sustantivo del Trabajo, excepción hecha de los casos establecidos en el artículo 409 allí contenido; de donde se infiere que no es suficiente estar en la junta si se presenta el caso de escepción, como sucede en los empleados de manejo. Además la existencia de las

excepciones a tal amparo no significan la imposibilidad de ser elegido en la junta directiva de un sindicato, aspecto éste que se gobierna por el artículo 389 de la misma obra. Consecuentemente tampoco pudieron haber quebrantado los los actos impugnados, el artículo 409 de aquel código.

3. A juicio de la Sala, aprobar una junta directiva sindical que está integrada con socios que no debieran serlo, como presuntamente ocurrió con la aprobada por los actos acusados, no implica infringir el artículo 416 del C. S. del T., debido a que esta norma se refiere a la imposibilidad de que los sindicatos de empleados públicos puedan presentar pliegos de peticiones y celebrar convenciones colectivas y a las facultades de los sindicatos de trabajadores oficiales.

La situación planteada, pues, no encaja dentro de la violación de normas que se denuncia, sencillamente porque el vicio no estaría en el acto de elección y en su aprobación, sino en la constitución de la organización sindical o en el acto de afiliación de los empleados públicos que a la postre resultaron elegidos, lo cual es diferente.

Por consiguiente, la Sala negará las peticiones 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:

NIEGANSE las peticiones de la demanda presentada por el Municipio de Santa Rosa de Cabal.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Aprobado en la Sala el día 11 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente,*Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL / DEMANDA - Interpretación

Es obvio y de simple sentido común que la Corporación, estando demostrados los presupuestos de hecho y de derecho, no puede negar el reconocimiento de un derecho así se haya pedido en forma inadecuada. Cuando se causó el derecho a la sustitución pensional, ya ésta tenía caracter vitalicio, es decir, había desaparecido la anterior figura de sustitución temporal, lo cual, interpretándose la demanda en su debido alcance, ha de significar para el juzgador que se trata de la sustitución con existencia legal al momento de solicitarse.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veinte (20) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Reynaldo Arciniégas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 598. Reconstrucción - Apelación Sentencia. Actora: SILVIA DE JESUS GARCIA PALACIO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de octubre 13 de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las súplicas de la demanda. (fls. 4-10).

El proceso fué reconstruido a solicitud de la parte actora en la forma prevista en el Decreto 3825 de 1985. (fls. 32-38).

Son HECHOS fundamentales de la demanda los siguientes:

"1o.) el día 6 de agosto de 1975 falleció en la ciudad de Medellín la señora Eumelia Palacio Vda. de García, quien al momento de su muerte estaba

jubilada por servicios prestados al magisterio, prestación que venía pagando la Caja Nacional de Previsión.

2o.) La señorita Silvia de Jesus García Palacio, hija única de doma Eumelia Palacio Vda. de García, solicitó de la Caja Nacional de Previsión el traspaso de la pensión a que creía tener derecho, por ser su madre jubilada, prestación que le fue denegada por medio de la Resolución No. 2671 de agosto 29 de 1977.

3o.) Contra el acto administrativo referido se interpusieron los recursos de reposición y apelación, sin que nada se haya resuleto sobre el particular, por lo cual hay lugar a la aplicación del llamado silencio administrativo, siguiendo el tenor literal del parágrafo único del artículo 18 del decreto nacional 2733 de 1959.

4o.) Pretendo, por tanto, por medio de esta demanda que se haga el reconocimiento a que hubiere lugar". (folio 11).

El Tribunal desoyó las peticiones de la demanda con apoyo en las siguientes consideraciones:

"La demandante estableció ante la Caja Nacional de Previsión Social que dependía económicamente de la causante (fo. 56 la reclamación administrativa), pero no demostró su invalidez para hacerse acreedora a la sustitución pensional pedida ante esa institución.

El apoderado de la demandante consciente de la necesidad de acreditar o establecer el estado de salud de su patrocinada aportó un certificado médico expedido por el Dr. Ramón Franco que no sólo describe las dolencias que padece la señorita Silvia de Jesús García Palacio, sisno que da cuenta de su desamparo económico. De idéntica manera impetró la práctica de un dictamen pericial como médicos nombrados por el Tribunal para demostrar la incapacidad de la actora, pero no obstante haber sido decretadas, entre otras, ésta y la ratificación o mejor, reconocimiento de su firma por el Dr. Ramón Franco F., no hizo ninguna gestión conducente a la práctica de las mismas.

No vacilaría la Sala al proferir un fallo favorable si se hubiera demostrado con las pruebas conducentes al caso, la invalidez de la demandante pero como no actuó en esta forma, no es viable acceder a las pretensiones de la señorita García Palacio, ya que, de procederse así, sería suficiente demostrar la dependencia económica entre el pensionado fallecido y el presunto beneficiario, violándose de esta manera la ley 33 de 1973 y su decreto reglamentario 690 de 1974". (fls. 8-9).

Por su parte, el Fiscal Cuarto de esta Corporación en su concepto de fondo

considera que debe prosperar el recurso interpuesto y atenderse las súplicas de la demanda, pues: "En la segunda instancia, mediante auto de octiubre 24 de 1986, numerales 4 y 5 (folios 53 y 54 Cuaderno Principal) fueron decretadas las pruebas que el a quo echó de menos, para su evacuación se comisionó al Tribunal Administrativo de Antioquia y cuya realización se acredita con las documentales que obran de folio 79 a 81 del cuaderno principal, referentes a las pruebas que aparecen de folios 63 a 65 del mismo cuaderno". (fls. 111-112).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- Está fuera de cuestión el razonamiento del a quo en que afirma que "no vacilaría la Sala en proferir un fallo favorable si se hubiera demostrado con las pruebas conducentes al caso, la invalidez de la demandante. . . .", pues, según explica, "la demandante estableció ante la Caja Nacional de Previsión Social que dependía económicamente de la causante (fol. 56 de la reclamación administrativa) pero no demostró su invalidez para hacerse acreedora a la sustitución pensional pedida ante esa institución". (fls. 4-9).

Esta deficiencia aparece subsanado en la segunda instancia, donde el apoderado de la accionante solicitó la práctica de las pruebas conducentes (fl. 15).

Se acreditó a satisfacción, mediante tAles pruebas, no solamente la incapacidad de la actora para cualquiera actividad remunerada sino su absoluta dependencia respecto de su extinta madre.

Se recibió el testimonio y el dictamen pericial de los médicos doctores Ramón Franco F. y Efraín Isaza Maya (fls. 79-81). El primero, quien dice haber atendido profesionalmente a la madre de la demandante por más de 20 años y conocer a esta desde entonces (fo. 68), expresa sobre ella:

"Por el conocimiento que tengo y el estudio hecho sobre la paciente, no creo que esta señorita pueda valerse para su sustento ni física ni intelectualmente porque su preparación intelectual es casi nula, debido a que siempre estuvo bajo el cuidado de su madre y la única soltera de cuatro o cinco hermanos que son, posiblemente a que su estado intelectual y su capacidad mental no le ayudaron a conseguir unas relaciones de tipo amoroso que la llevaran al matrimonio y físicamente tampoco se capacitó para desempeñar ningún oficio. Su coeficiente intelectual es tan bajo que raya en los límites de la oligofrenia" (fls. 79-80).

En declaración rendida en septiembre 12 de 1983 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, por comisión del Consejo de Estado, había afirmado:

".....A esa niña la conozco hace veinte años, la niña Silvia de Jesús Garcia

Placio, pues vivía con su señora madre quien fué mi paciente durante veinte años, tratada en el Consultorio Departamental, la señora Eumelia era maestra jubilada y yo era médico al servicio del Consultorio Departamental. Al morir la señora Eumelia conocí más intimamente a la señorita Silvia, pues quedó sóla, ya que sus hermanos todos son cadados y ella era la compañera de su madre. Silvia era muy enferma, la mamá se precupaba mucho por ella, creo que es la menor de la familia, se trata de una bronquítica crónica, padece además de artritids reumatoidea, enfermedades que según la madre señora Eumelia padecía desde niña. Cabe agregar que presenta deficiencias de tiroides, lo que de muestra por alteraciones de tipo hormonal, lo que en la actualidad le ha producido un cuadro de hipertensión arterial, entidades que controlo en mi consultorio desde la fecha en que murió su señora madre Eumeli Palacio. Debo agregar que hamás he cobrado un centavo por consulta de esta niña, es muy pobre, no tiene de qué vivir, porque conozco su situación econ´òmica, pues ella vivía de la pensión de su señora madre y según parece o ella me ha contado se sostiene actualmente con dádivas de sus hermanos, todos casados y que deben tener sus obligaciones. . . . .

Socialmente es completamente inútil, no solamente por sus enfermedades sino porque se crió al pié de su mamá y no aprendió a hacer absolutamente nada, es inhabil, completamente nula, física, social y culturalmente, su incapacidad data desde antes del fallecimiento de su madre". (fls. 68-69).

El perito doctor Efraín Isaza Moya, se ratificó en el dictámen rendido ante el Tribunal en el que analiza el estado físico y mental de la demandante y concluye así:

"La sola presentación de la Historia Clínica podría servir de base para que los derechos que la señorita Silvia de Jesís reclama le sean concedidos y a ellos con justicia yo me adhiero y justifico". (fls. 64-65).

En efecto, el cuadro clínico que muestra la pericia es realmente impresionante: no son solamente las deficiencias físicas y las numerosas degeneraciones funcionales sino también su precario mundo psiquico, del que afirma el perito:

"Su psiquismo es regular, sus conocimientos son rudimentarios. Tiene ausencias de memoria y en veces es desorientada en tiempo y espacio".

Coincide este criterio con el expresado por el médico doctor Ramín Franco Franco, en su declaración de que "su coeficiente intelectual es tan bajo que raya en los límites de la oligofrenia". (fl. 80).

2.- El Tribunal, según atrás se anotó, tuvo por demostrada la dependencia económica de la accionante respecto de la causante pero no que aquella fuera

invalida para tener, en tal viortud, derecho a la sustitución pensional, que fue justamente lo mismo que dijo la Caja Nacional de Previsión Social en respuesta a la solicitud formulada por vía administrativa. También señala el a quo que la interesada interpuso contra la Resolución No. 2671 de agosto 29 de 1977 los recursos legales procedentes.

Dijo el Tribunal:

'Del estudio detallado del proceso se deduce que a la fecha del fallecimiento de la señora EUMELIA PALACIO Vda. DE GARCIA, ocurrida el 6 de agosto de 1975 (fl. 33), disfrutaba de la pensión vitalicia de jubilación según se desprende de las certificaciones obrantes a folios 44 y 45 del expediente.

Con fundamento en su calidad de hija de la finada Eumelia Palacio y argumentando reunir las condiciones de dependencia económica e incapacidad para trabajar SILVIA DE JESUS GARCIA PALACIO, solicitó a la Caja Nacional de Previsión se le aceptara la sustitución en el derecho a la pensión de que disfrutaba su madre.

La Caja Nacional de Previsión expidió entonces la Resolución No. 2671 de agosto 29 de 1977 en la que resolvió negar la solicitud de sustitutción pensional manifestando 'Que, aunque la peticionaria dependía económicamente de la causante (fl. 56) obra una partida de bautismo que certifica su nacimiento el 6 de junio de 1928, habiendo cumplido en la fecha 48 años de edad y la norma transcrita habla de hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o invalidez, caso este que no aparece demostrado en la presente solicitud.

Posteriormente y dándose por notificada de la Resolución aludida, la actora presentó memorial de reposición y apelación sin obtener pronunciamiento alguno de la entidad demandada y por lo tanto invoca en el libelo presentado ante esta jurisdicción, la configuración del fenómeno del silencio administrativo.

La demandante estableció ante la Caja Nacional de Previsión Social que dependía económicamente de la causante (fl. 56 la reclamación administrativa) pero no demostró su INVALIDEZ para hacerse acrredora a la sustitución pensional pedida ante esa institución". (fls. 4-9).

3.- Aparte de los hechos acreditados en la primera instancia según se acaba de ver, también lo esta el deceso de la causante en agosto 6 de 1975 (fl. 106). Por otra parte, en el acto enjuiciado, dándose por cumplidos los requisitos legales a excepción de la invalidez, se niega la sustitución impetrada a la Caja Nacional de Previsión Sopcial. (Cuad. Adm. Fls. 1-2 y 28-29).

En la demanda se pide ordenar el pago a la actora de "la pensión jubilatoria

que percibía al momento de fallecer su madre EUMLEIA PALACIO VDA. DE GARCIA, **por cinco años** contados desde el 17 de agosto de 1975 en adelante, en cuantía igual a la que fuere legal y con los incrementos a que hubiere lugar".

Se invocan las normas de los artículos 2o. de la ley 64 de 1947, 12 de la ley 171 de 1961, 19 del decreto 434 de 1971 y 36 del decreto 3135 de 1968. (fls. 11-14).

Es bien sabido que la ley 171 de 1961 disponía en su artículo 12 que, al fallecer un emepleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores de 18 años o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que, además, dependieran económicamente de él, tendrían derecho de sustituirse en la pensión según las reglas del artpículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, durante los dos años subsiguientes. El mismo derecho aparece reiterado en el artículo 39 del decreo0ley 3135 de 1968, en tanto quem por decreto-ley 434 de marzo 27 de 1971, artículo 19, la sustitución pensional se amplió a cinco años. El artículo 21 de este decreto dispuso adicionalmente:

> :A los beneficiarios de la sustitución pensional de que tratan los artículos anteriores, que disfruten o tengan causado el derecho a sustituirse en la pensión, el término de sustitución les será prorrogado hasta completar los cino (5) años antes señalados".

El decreto-ley 435 del mismo año en su artículo 15 reiteró el anterior precepto en términos similares, refiriéndose al sector privado.

Finalmente, la ley 33 de diciembre 31 de 1973 dispuso en su artículo 1o. que los beneficiarios de la sustitución pensional lo serían "en forma vitalicia", aclarando que para los hijos sería "hasta cumplir la mayoría de edad, o al terminar sus estudio, o al cesar la invalidez."

Cierto es que la accionante pidió la sustitución pensional sólo por el término de **cinco años,** según se lee en el PETITUM de la demanda (fls. 11-13). Pero también es cierto que, a la fecha de la muerte de la causante, agosto 6 de 1975 (fl. 106), ya estaba vigente la citada ley 33 de 1973, que tornó vitalicia la sustitución. Olvidó esta circunstancia el apoderado de la accionante al presentar su demanda en septiembre 22 de 1978 (fl. 13 vuelto).

Sin embargo, es obvio y de simple sentido común que la Corporación, estando demostrados los presupuestos de hecho y de derecho, no puede negar el reconocimiento de un derecho así se haya pedido en forma inadecuada. Dicho en otros términos, está acreditado en el **sub lite** que, cuando se causó el derecho a la sustitución personal, ya ésta tenía carácter vitalicio, es decir, había desaparecido la anterior figura de sustitución temporal, lo cual, interpretándose la demanda en su debido alcance, ha de significar para el juzgador que se trata de

la sustitución con existencia legal al momento de solicitarse.

En el caso, por lo tanto, de acceder a las súplicas de la demanda, en la forma que acaba de exponer, lo cual implica revocar el fallo apelado, en consecuencia. No hay lugar a decretar la prescripción de mesadas por cuanto la solicitud a la Caja fue formulada en octubre 30 de 1975 (fol. 29 Cuad. Adm).

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

FALLA:

1.- Revócase la sentencia de trece (13) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

2. Decrétase la nulidad de la Resolución No. 2671 de agosto 29 de 1977, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

3.- La Caja nacional de Previsión Social reconocerá y pagara a la señorita SILVIA DE JESUS GARCIA PALACIO, por vía de sustitución, la pensión de jubilación de que disfrutaba la señora EUMELIA PALACIO viuda de GARCIA, con los reajustes legales pertinentes.

4.- A la sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 11 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR / PENSION DE INVALIDEZ - Reconocimiento

Con las pruebas que obran en el proceso no consta que la enfermedad se hubiera detectado al actor al ser examinado por sanidad militar cuando ingresó a prestar su servicio militar, no que éste haya renunciado a las prestaciones que surgirían de esta incapacidad. El Decreto Extraordinario 2728 de 1968, exige que a partir de la vigencia de tal estatuto el soldado tiene derecho a la pensión de invalidez si es desacuartelado por tener una incapacidad absoluta y permanente, sin la exigencia de que la causa de la enfermedad se hubiera generado en el servicio. El requisito de que la incapacidad se padezca en el servicio volvió a exigirse posteriormente por el artículo 61 del Decreto 1836 de 1979, y por el artículo 90 del Decreto-ley 94 de 1989.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Bogotá, D. E., junio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Diego Younes Moreno*

Referencia: Expediente No. 1795. Resoluciones Ministeriales. Actor GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ.

GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, mediante demanda, solicitó se declarara la nulidad de la Resolución No. 1756 de 23 de junio de 1981, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, y por la cual le fue negada la pensión de invalidez, como ex-soldado del Ejército Nacional, y en razón de su incapacidad sicofísica, así como el reajuste de la compensación unitaria a 36 meses.

Solicita como consecuencia de la nulidad que se decreten a su favor, la

pensión de invalidez y el reajuste de la indemnización unitaria a 36 meses, con base en el sueldo básico que la ley fije para un Cabo Segundo del Ejército o Marinero.

Subsidiariamente pide que el monto de la indemnización se cancele con base en el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que fijen las autoridades médico-laborales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y sobre el sueldo básico de un Cabo Segundo del Ejército Nacional.

Agrega, que de los valores reconocidos, se descuente lo que él haya percibido por el mismo concepto.

Para pedir, expresa que por reunir los requisitos de aptitud sicofísica fue seleccionado por el Servicio de Reclcutamiento del Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio, el día 6 de marzo de 1978, habiendo sido dado de baja a comienzos de 1979, por incapacidad relativa y permanente debido a una psicosis esquizofrénica crónica expresa que una vez separado del Ejército debido a esta afección, debió retirarse del trabajo que logró obtener en el Hospital Psiquiatrico "José Joaquín Vargas".

El actor señala que el Ministerio de Defensa Nacional mediante Resolución No. 1572 de 9 de agosto de 1979, le reconoció únicamente el valor de 15.7 meses de la asignación básica de un Cabo Segundo. Ante esta situación, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez y el reajuste indemnizatorio y el Ministerio de Defensa expidió la Resolución No. 1756 de 23 de junio de 1981, negando estas peticiones.

Como disposiciones violadas, cita las siguientes:

Artículos 17 y 169 de la C. N.; 9o. del C. S. T.; 2, 3 y4 del Decreto 2728 de 1968, Decreto 1836 de 1979m Resoluciones 4029 Bis de 1961 y 9823 de 1968 (Reglamento de Aptitud Sicofísica para el personal de las Fuerzas Militares).

Reconstruido el proceso, de conformidad con lo preceptuado en el Decreto 3825 de 1985, se ordenó que una vez allegadas las pruebas, el expediente debía darse en traslado al Agente del Ministerio Público para concepto.

En el alegato de conclusión, la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional, luego de efectuar el análisis correspondiente al proceso, solicita a la Corporación, se declare la caducidad de la acción respecto de la solicitud de reajuste de la indemnización, pues el acto administrativo impugnado se produjo el 23 de junio de 1981, y la demanda se presentó solamente hasta el 25 de abril de 1983.

Agrega que respecto al otorgamiento de la pensión de invalidez, el

Ministerio de Defensa Nacional, no se opone por cuanto "el actor a su retitro presentaba un índice de lesión 21 y 100% de disminución de la capacidad laboral, requisitos que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia dan lugar a la mencionada prestación".

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, solicita se declare caducada la acción relacionada con la petición de reajuste de inde,mnización y se acceda a la pensión de invalidez en virtud de que el actor presente una disminución de la capacidad laboral del 100%.

En el expediente se encuentra debidamente probado lo siguiente:

1.- El joven ALEMAN LOPEZ GERMAN RODRIGO, ingresó al Grupo de Caballería Mecanizada No. 1 General Rincón Quiñones, el día 9 de marzo de 1978 habiendo sido dado de baja con novedad fiscal del primero de enero de 1979, con motivo de la declaración médica de incapacidad relativa y permanente.

2.-La incapacidad médica otorgada a ALEMAN LOPEZ y mediante la cual se ordenó su baja, tuvo origen en el dictamen producido en el Hospital Militar Central, mediante las instancias administrativas de laq Junta Médica y del Consejo Técnico Médico Militar, cuyos dictámenes están contenidos en las Actas No. 1887 y 1888 de 7 y 23 de noviembre de 1978, y cuyas conclusiones señalan que el soldado ALEMAN LOPEZ GERMAN RODRIGO presenta una esquizofrenia crónica tratada antes de su ingreso a las FF. MM., la cual fue diagnosticada antes de su ingreso al servicio y por lo tanto no fue adquirida por causa ni razon del mismo, la cual le determina una incapacidad relafiva y permanente, no siendo apto para el servicio militar.

Agrega el dictamen que de acuerdo con los Decretos 1378 de 1967, y 2728 de 1968 le corresponde por la psicosis esquizofrénica crónica, un índice lesional catorce (14).

3) Con base en los anteriores dictámenes medico-militares, se produjo el retiro del servicio militar, ordenándosele indemnizar mediante la Resolución No. 1572 del día 8 de agosto de 1979, sin que en ella se discutiera o negara la pensión de invalidez. Dicho acto administrativo fue notificado y aceptado expresamente por el actor, con fecha 17 de agosto de 1979, sin que contra él se interpusieran recursos en la vía administrativa.

4) Siete meses después, el día 28 de marzo de 1980, el actor mediante apoderado, ante el Ministerio de Defensa Nacional, solicita le sea otorgada la pensión de invalidez debido a su incapacidad absoluta y permanente y haber sido declarado por sanidad militar como no apto para el servicio de las Fuerzas Militares. Así mismo solicita el reajuste de la compensación unitaria por invalidez.

Esta solicitud fue resuelta negativamente, por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante resolución No. 1756 del 23 de junio de 1981, por considerar que no es viable la pensión de invalidez, cuando la incapacidad es relativa y permanente, supuesto que no reunió el peticionario frente a las actas de Junta y Consejo Tecnico Médico y además porque no solicitó la modificación de los índices fijados en las actas médicas, dentro de los cuatro meses siguientes "a la fecha de la ejecutoria de la resolución que le reconoció dicha prestación, a través de la convocatoria del Tribunal Médico de Revisión Militar y de la Policía, conforme lo determina el Capítulo II numeral 7 literal f) del Decreto 382 de 1968", habiendo caducado la acción y "por consiguiente su situación por sanidad no admite modificación alguna".

Para resolver se considera:

1.- La Resolución No. 1572 del 8 de agosto de 1979, mediante la cual se concede la indemnización al actor, se dictó con base en la incapacidad relativa y permanente fijada por la Junta Médica y el Consejo Técnico Médico-Militar y por lo tanto, de acuerdo con el inciso primer5o del artículo 3o. del Decreto Extraordinario 2728 de 1968, invocado por el Ministerio de Defensa, y cuyo texto preceptúa:

"Artículo 3o.

"El soldado o grumete de las Fuerzas Militares que sea desacuartelado por **incapacidad relativa y permanente,** tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague, por una sola vez, **una indemnización wque fluctuará** entre uno (1) y treinta y seis (36) meses de sueldo básico que corresponda a un Cabo Segundo o Merinero, según el índice de lesión que fije la Sanidad Militar". (se subraya).

El Ministerio de Defensa manifestó posteriormente que no podía conceder la pensión de invalidez, por cuanto la incapacidad no se había catalogado como "incapacidad absoluta y permanente", de acuerdo con el artículo 4o. del precitado decreto, cuyo texto dice:

Artículo 4o.

"a partir de la vigencia del presente Decreto, el **soldado** o grumete de las Fuerzas Militares que sea **desacuartelado** por **incapacidad absoluta y permanente** para toda clase de actividades, **tendrá derecho** a que por el Tesoro Público se le pague una **pensión mensual** equivalente al sueldo básico que corresponda en todo tiempo a un Cabo Segundo o Merinero **y a las prestaciones unitarias a que se refiere el artículo anterior".** (se subraya).

2) Debe observarse que no habiéndose discutido el derecho a la pensión de

invalidez cuando se reconoció la indemnización y por tratarse de una prestación cuyo derecho es imprescriptible, le asistía razón al actor para que posteriormente solicitara el otorgamiento de tal prestación social, si de otra parte, la incapacidad laboral, le impedía trabajar normalmente una vez fue dado de baja del Ejército, como se afirma en la demanda.

3) La Sala debe examinar la validez de dicha resolución, frente al procedimiento agotado por el Ministerio, en el trámite de la petición, de una parte, y de la otra, frente al dictamen médico legal del Ministerio de Trabajo, alleagado al proceso a solicitud del Consejo de Estado y mediante el cual se determina que el ex-soldado GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ, al momento de ser retirado del servicio y a la fecha de experticio, tenía un índice lesional grado veintijuno, y una incapacidad laboral del ciento por ciento (100%) en cualquiera de las áreas ya civiles o ya militares, por encontrarse afectado de la enfermedad mental, denominada "PSICOSIS ESQUIZOFRENICA".

4) El derecho sustancial consagratorio de las prestaciones sociales para los soldados, y grumetes, vigente para la época de los autos, estaba consagrado en el decreto extraordinario No. 2728 de 2 de noviembre de 1968. Los artpiculos 3o y 4o. antes transcritos, regularon con exactitud, el contenido, alcance y consecuencias de la incapacidad, que si era relativa y permanente, generaba una indemnización, regulable conforme al decreto reglamentario 1378 de 1967 y si la incapacidad era absoluta y permanente, generaba, sin más requisitos, según el artículo 4o. del citado decreto ley 2728, una pensión equivalente al sueldo correspondiente a un Cabo Segundo o Marinero.

5) Como el Ministerio invoca la caducidad del derecho para pedir la pensión de invalidez, debe señalarse que el artículo 10o. del Decreto 2728 de 1968, estatuto igualmente invocado por el propio Ministerio de Defensa, preceptúa que el derecho a reclamar las prestaciones sociales allí consignadas, y entre las cuales se menciona la pensión de invalidez para los soldados de las Fuerzas Militares, prescribe en el término de cuatro años, plazo aplicable a las mesadas, el término de caducidad aún no había vencido el día 28 de marzo de 1980, fecha en que solicitó la referida pensión.

6) En la misma forma, como el Ministerio de Defensa Nacional, advierte que no se realizaron nuevos examenes medicos al actor, debe señalarse que ante la solicitud de pensión de invalidez, ha debido dicho organismo, oficiosamente dar el trámite previsto en el Título VI del Decreto Ley 1836 de 1979, consagrado para la revisión de pensiones de invalidez, que básicamente es el mismo señalado en el Decreto 383 de 1968, enviando al actor a los medicos de sanidad militar para que una vez evaluado por los especialistas en psiquiatría, se pusiera a su disposición el examen o examenes, con el objeto de que el ex-soldado solicitara la convocatoria del Tribunal Médico Militar o de que el Ministerio así lo ordenara por considerar que se debía revisar la incapacidad y así definir si le asistía razón

o no al peticionario.

7) Anteesta indefinición del Ministerio, cobra real importancia, la certificación de Medicina del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, en cuanto a que el actor se encontraba afectado en su capacidad laboral en un ciento por ciento, para ejercer toda clase de actividad laboral, grado que se dice ya padecía al momento de su desvinculación del ejército.

Su texto dice:

"... .una vez practicado un estudio minucioso y exhaustivo del total del informativo del actor, así como también una vez elaborado un análisis a fondo de la anamnésis y de todos y cada uno de los argumentos medico-laborales insertos en el informativo, así como también practicada la correspondiente evaluación médica personal de este despacho y de las interconsultas que se consideró necesarias llevar a cabo al mismo, me permito dictaminar que, el cuadro clínico actual que presenta como es la "PSICOSIS ESQUIZOFRENICA CRONICA" le determina en la actualidad un índice lesional de veintiuno (21) correspondiente a un porcentaje de disminución de la capacidad laboral equivalente a un CIEN POR CIENTO (SIC) (100%). Dicho cuadro evolucionó estando al servicio de las FF. MM., y aunque el paciente antes de su ingreso ya había sido tratado psuquiatricamente, las FF. MM. no han debido aceptarlo como soldado dado que es de suponer que un cuadro de estas características necesita de cuidados y tratamientos médico-clínicos permanentes y en alguno de los casos precisa hospitalización en entidad especializada (como en el caso del Sr. GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ). Es posible a la vez dictaminar que para la fecha en que fue declarado no apto (Nov. 7 de 1978) su índice lesional era de veintiuno (21) y su porcentaje de disminución laboral también era de CIEN POR CIENTO (SIC) (100%). Es de entender, que el índice de disminución de la capacidad laboral del CIEN POR CIENTO (SIC) (100%). es para todo tipo de actividad laboral, así como también para las actividades propias como soldado al servicio de las FF. MM.

8) Aunque en las Actas de Junta Médica y del Consejo Técnico Médico se dice que la afección fue siganostiçada antes de su ingreso al servicio y por lo tanto no fue adqurida por causa ni razón del mismo, examinados los expedientes No. 413&79 y 0467/80 M. D. N. originarios de las Resoluciones 1572/79 y 1756/81 pertenecientes al demandante y remitidos debidamente autenticados por el Ministerio de Defensa, no consta que dicha enfermedad se hubiera detectado al actor al ser examinado por sanidad militar cuando ingresó a prestar su servicio militar, ni que este haya renunvciado a las prestaciones que surgirían de esta incapacidad.

De otra parte, el decreto extraordinario 2728 de 1968, exige que a partir de la vigencia de tal estatuto, el soldado tiene derecho a la pensión de invalidez

si es desacuartelado por tener una incapacidad absoluta y permanente, sin la exigencia de que la causa de la enfermedad se hubiera generado en el servicio.

El requisito de que la incapacidad se padezca en el servicio, volvió a exigirse posteriormente por el artículo 61 del decreto 1836 de 1979 y por el artículo 90 del decreto ley 94 de 1989.

9) No existiendo causal que exonere al Ministerio de Defensa Nacional al pago de esta prestación social, la Sala considera que al actor debe otorgársele la pensión consgrada para los soldados del Ejército Nacional en el artículo 4o. del Decreto Extraordinario 2728 de 1968, norma vigente para la época en que se ordenó el desacuartelamiento del demandante.

10) No puede accederse al examen del reajuste de la indemnización, en virtud de que la resolución No. 1572 de 8 de agosto de 1979, no fue recurrida ante el Tribunal Médico0laboral, dentro de los cuatro meses siugientes a su ejecutoria, como lo exige el artículo 28 del Decreto 1836 de 1979, en armonía con el Decreto 382 de 1968.

Mediante la presente sentencia, se retorna al criterio jurisprudencial anterior a la sentencia de 27 de mayo de 1991, expediente 1011-9381, actor UBALDINA MUÑOZ VDA. DE FIERRO, Consejero ponente, Dr. Joaqupín Barreto Ruiz.

En mérito de lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de colombia, y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal

FALLA:

PRIMERO.- Declárase la nulidad de la Resolución No. 1756 de 23 de junio de 1981, expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto niega la pensión de invalidez del ex-soldado GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ.

SEGUNDO.- La Nación Colombiana, Ministerio de Defensa Nacional, pagará al ex-soldado GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ, una pensión mensual de invalidez equivalente al ciento por ciento (100%) del sueldo básico que corresponda en todo tiempo a un Cabo Segundo o Merinero, efectiva a partir del vencimiento de los tres meses de alta que fueron concedidos desde cuando se dispuso su retiro del servicio.

TERCERO.- En aplicación del Artículo 64 de la C. N., se ordena el descuento de sumas de dinero provenientes del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado y que haya llegado a

devengar el actor como consecuencia de vinculación laboral, a partir de la fecha de separación de las Fuerzas Militares.

CUARTO.- Niegánse las demás suplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobo por la Sala en sesión celebrada el día 29 de mayo de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, salvó el voto, *Clara forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR/ PENSION DE INVALIDEZ - Improcedencia (Salvamento de voto)

> **Si el reglamento mencionado aplicable al caso (Decreto 1378 de 1967, modificado parcialmente por el Decreto 382 de 1968) clasifica las incapacidades e invalideces con la condición comun de que las lesiones o enfermedades hayan sido adquiridas durante el servicio militar o policial, considero que este punto no puede dejar de tenerse en cuenta sólo porque el artículo 4o. (Decreto 2728 de 1968) no se refiera a él, pues es suficiente, a mi juicio, que el reglamento al cual se remite la ley, lo contenga.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veinticinco (25) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Salvamento de Voto

Referencia Expediente No. 1795. Resoluciones Ministeriales. Actor: GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ.

Con todo respeto, expongo a continuación las razones por las cuales me aparte, de la decisión adoptada mayoritariamente por mis distinguidos compañeros de la Sección.

Con fundamento en el artículo 4o. del decreto extraordinario 2728 de 1968, la sentencia admite que la invalidez que presente el personal militar a quien se aplica dicho estatuto, tenga por causa lesiones o enfermedades que no se hayan adquirido durante el servicio.

Ocurre, sinembargo, que el mismo decreto en su artículo 2o. establece que "para los efectos de determinar, **clasificar** y evaluar las aptitudes, incapacidades,

invalideces e indemnizaciones los soldados o grumetes quedan sometidos al "Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. (se subraya). Reglamento que precisamente en su capítulo I, que trata de la **clasificación** de las incapacidades e invalideces, luego de definir lo que se entiende por tales afecciones, determina oi clasifica según su gravedad los diferentes grados de lesión, desde la incapacidad relativa y temporal hasta llegar a la invalidez, pasando por la incapacidad absoluta y permanente, lesiones y enfermedades todas que deben ser "adquiridas durante el servicio en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional", según se lee en la aludida norma.

Nótese que el artículo 4o. del decreto 2728 de 1968, no entra a determinar qué se entiende por incapacidad absoluta y permanente, y antes por el contrario, en ello se remite el aludido reglamento. Siendo ello así, mal puede a mi juicio hacerse caso omiso de un precepto, al cual remite expresamente la ley, para determinar si el soldado estaba afectado de incapacidad y, si el grado de dicha incapacidad era absoluto y permanente.

Si el reglamento mencionado aplicable al caso (Decreto 1378 de 1967, modificado parcialmente por el Decreto 382 de 1968) clasifica las incapacidades e invalideces con la condición compun de que las lesiones o enfermedades hayan sido adquiridas durante el servicio militar o policial, considero que este punto no puede dejar de tenerse en cuenta solo porque el artículo 4o. no se refiera a él, pues, es suficiente, a mi juicio, que el reglamento al cual se remite la ley, lo contenga.

De otro lado, como lo advierte la sentencia, la legislación que se expidió prosteriormente al decreto 2728 de 1968, los decretos extraordinarios 1838 de 1979, y 94 de 1989 mantienen aquella condición. Además, no hacen cosa diferente que continuar la trayectoria que, por lo menos, desde la ley 1a. de 1945 se ha consignado en la legislación al respecto, cuyo artículo 60 establece que los soldados son acreedores a una pensión vitalicia cuando sean retirado de la actividad por inhabilidad absoluta **contraida en el servicio**. Lo propio ocurre, en el artpículo 61 respectio de la inhabilidad relativa **adquirida en el servicio** solo que la cuantía de la pensión es menor.

Posteriormente, mediante el decreto legislativo 991 de 1951 se reguló el mismo tema, exigiéndose en el artículo 1o. que la inhabilidad absoluta fuera **adquirida en el servicio**, y en las condiciones allí establecidas y en el artículo 2o. respecto de la inhabilidad relativa también se reclamó que fuera **adquirida en el servicio.**

Finalmente, si la Sanidad Militar y la Oficina del Trabajo del Ministerio de este ramo coincidieron en afirmar que la enfermedad del actor se había tratado antes de ingresar al servicio militar, es intrascendente que en el examen médico de ingreso aquella no se hubiera detectado.

Joaquín Barreto Ruiz.

PERSONAL DOCENTE / INSPECTOR DE EDUCACION / ESTABILIDAD

Los inspectores de educación tienen carácter docente, situación que determina que al demandante no se le podía desvincular sino por incompetencia o mala conducta comprobadas y después de ser excluido del escalafón

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D. E., veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 1036. Resoluciones Ministeriales (Reconstrucción). Actor LEONARDO A TABARES URREA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por LEONARDO TABARES URREA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de mayo de 1981, por medio de la cual se negaron sus pretensiones de nulidad de la resolución 20070 del 21 de diciembre de 1978, del Ministerio de Educación Nacional que le declaró insubsistente su nombramiento como Delegado Regional en la Comisaría Especial del Amazonas y de reintegro y pago de los haberes dejados de percibir.

En los hechos de la demanda se relata que el demandante se encuentra inscrito en el escalafón de enseñanza secundaria, el cumplimiento del reintegro al servicio ordenado por esta jurisidcción en el año de 1974, los distintos cargos a los cuales fue trasladado hasta cuando fue removido sin que previamente se le excluyera del mencionado escalafón.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de violación se invocaron los artículos 2o., 16, 17, 26, 30, 39, 57 y 120 de la Constitución Política,

1o. del decreto 255 de 1970, 5o. del decreto legislativo 10 de 1958, 2o. del decreto 1723 de 1977, 66, 99, y 100 de la ley 167 de 1941 y las leyes 43 de 1945 y 141 de 1961.

En el concepto de violación aparte de lantearse la violación del derecho del actor a no ser desvinculado sino excluyéndolo del escalafón por incompetencia o mala conducta comprobadas, se afirma que la expedición del acto acusado constituye una reproducción del acto que lo había desvinculado anteriormente y que había sido anulado por esta jurisdicción, prohibida aquella por el artículo 99 de la ley 167 de 1941.

La parte demandada a su vez, se defiende alegando que para remover al demandante no requería adelantar el trámite para exclcuirlo del escalafón docente, debido a que en el momento en que ocurrió la desvinculación se encontraba turbado el orden público y consecuentemente suspendidas las normas concernientes a los derechos, garantías y demás efectos de la carrera docente, por mandato del artículo 3o. del decreto legislativo 2132 de 1976.

El Tribunal de primera instancia para negar las peticiones de la demanda tuvo en cuenta que en el proceso no se encontraba acreditado que el actor estuviera inscrito en el escalafón docente.

La Fiscalia Quinta de la Corporación opina que debe revocarse la sentencia apelada, pues, las pretensiones de la demanda deben prosperar al estar demostrado el fundamento fáctico y jurídico invocado en la demanda.

El expediente hubo de reconstruise como consecuencia de su destrucción en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

Llegado el momento de resolver el recurso, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Está demostrado que el demandante fue inscrito en el escalafón docente de enseñanza secundaria por medio de la resolución 1463 del 11 de julio de 1969 del Gobernador de Antioquia (fl. 29)

De otro lado, el decreto 255 de 1970 le asignó el caracter de Inspectores Nacionales de Educación a los delegados del Ministerio del ramo (Jefes de Oficina-Delegados Regionales) ante la Secretaría de Educación y los Fondos Educativos Regionales, para todos los efectos legales (fl. 31).

Advierte la Sala, además que el actor se venía desempeñando como

Profesional Universitario (Delegado Regional) en la Comisaría Especial del Amazonas, después de haber desempeñado igual delegación en el Departamento de la Guajira, en virtud del reintegro ordenado por esta jurisdicción (fl. 337) y en los Departamentos de Sucre y Atlántico (fl. 290).

Ahora bien, los Inspectores de Educación tienen carácter docente a términos del artículo 5o. del decreto 10 de 1958, situación esta que frente a los artículos 9o. y 10 de la ley 43 de 1945, determina que al demandante no se le podía desvincular sino por incompetencia o mala conducta comprobadas y después de ser excluido del escalafón.

2.- La razón que aduce la parte demandada para no haber cumplido aquel requisito apoyada en lo dispuesto por el decreto legisaltivo 2132 de 1976, no es de recibo porque reiteradamente ha dicho esta Sala que ". . . . .los derechos, garantías y demás efectos de las carreras administrativas, docente, carcelaria penitenciaria, diplomática y consular no se encuentran suspendidas sino en cuanto sea necesario aplicar sanciones por participación en hechos que perturben el orden público, como los señalados en el artículo 2o. del decreto 2132 de 1976, caso en el cual se puede "SUSPENDER" al empleado sin el lleno de los requisitos legales, pero, no declarar su insubsistencia". (sentencia de la sección Segunda del 16 de noviembre de 1978, actor Gladys Guerrero Trujillo, publicada en el Diccionario Jurídico, Editorial Bedout, Medellín, 1982, pag. 393).

3. Verificada por la Sala la violación de las normas arriba mencionadas, especialmente las de la ley 43 de 1945, huelga el estudio de la transgresión del artículo 99 de la ley 167 de 1941.

Consecuentemente, la Sala revocará la sentencia apelada, y, en su lugar, declarará que es nula la resolución acusada y ordenará el reintegro y pago de los haberes dejados de percibir. Además. para los efectos del artículo 64 de la Constitución Política ordenará que se descuente lo que el demandante hubiere percibido del tesoro público por el mismo concepto durante el tiempo comprendido entre la desvinculación y el reintegro.

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 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 19 de mayo de 1981, y en su lugar, se dispone:

1o. Declárase que es nula la Resolución 20070 del 21 de diciembre de 1978 proferida por el Ministro de Educación Nacional que declaró insubsisytente el

nombramiento de LEONARDO A. TABARES URREA como Profesional Universitario 3020-06 (Delegado Regional) en la Comisaria Especial del Amazonas.

2o. A título de restablecimiento del derecho la Nación deberá reintegrar al demandante al mismo cargo y en su defecto a otro igual o superior categoría.

3o. Al mismo título la Nación deberá pagarle al demandante los sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones sociales que se hubieren causado entre la fecha en que se hizo efectiva la desvinculación y la de reintegro, descontándole lo percibido por los mismos conceptos del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, durante el mismo lapso.

4o. Declárase, para todos los efectos legales, que los servicios prestados por el actor no han sufrido solución de continuidad.

5o. La Nación, dentro del término establecido en el artículo 176 del C. C. A., dictará la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para el cumplimiento de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuelvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del dia 19 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, ausente, *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

Pag.

ACOPLAR LIMITADA	12, 23
AIDA SILVA DE PEREZ	725, 732
ALBERTO ESCANDON VILLOTA	642
ALBERTO HOYOS CASTAÑO	429
ALBERTO MARIN RAMIREZ	32
ALFONSO GOMEZ CASTAÑO	542
ALFREDO JURADO MESIAS	622
ALVARO ESCOBAR HENRIQUEZ	276
ALVARO TOBON JARAMILLO	391
ANDRES RODRIGUEZ PIZARRO	423
ANTONIO JOSE GUERRERO QUINTERO	652
ANTONIO MARIA CLARET PEREZ	826
ANTONIO BUSTOS ESGUERRA	100, 110
ARISTIDES HERNANDEZ FERNANDEZ	243
ARMANDO MAJE MARTINEZ	801
ARTHUR ANDERSEN Y CIA COLOMBIA	335
ASOCIAC. PROPIETARIOS DEL CHICO ORIENTAL	112
BETTY FRANCISCA VIÑAS RAMOS	735
CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL	657
CARLOS ALBERTO MARIN RAMIREZ	27, 35, 38
CARLOS GUSTAVO ARRIETA PADILLA	529
CARLOS EDUARDO BEJARANO MONTES	520
CARLOS IVAN FERNANDEZ HERNANDEZ	346
CARTONES AMERICA S.A.	446
CESAR ROLANDO MARCUCCI VERA	255, 399
CIRO HERNANDEZ OSORIO	330, 486
COLMENA	126
COMPAÑIA DE PRODUCTOS GRULLA S.A.	835
COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA DE INDIAS S.A.	378
CONALGODON	362
CONSUELO DE LA TORRE DE HERRERA	767

CONSUELO MORALES MONTEJO 440
CREACIONES ZEPPELIN LTDA. 412
DANIEL CONTRERAS GOMEZ Y OTRO 482
ECOPETROL 690
EDUARDO ALZATE GARCIA 745
EDUARDO PASCUAZA BENAVIDES 91, 93
EFRAIN CESAR MARIÑO 470
ELEAZAR DE JESUS AGUDELO 558
EMPRESA DE TRANSPORTES CREMA Y ROJO LTDA. 503
ERNESTO CAVELIER 238
ERNESTO REY CANTOR 683
FASECOLDA 576
FLORENTINO TANDIOY TISOY 77, 87
FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA 96
GASPAR EMILIO MURILLO CALA 309
GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ 893, 901
GLORIA MARY VELEZ Y OTROS 203, 291
GONZALO BERMUDEZ ROSSI 670
GREGORIO ALVAREZ BUSTAMANTE 476
HECTOR AUGUSTO PARRA ZULETA 879
HERNAN JOSE ALVAREZ GARCES 808
HERNAN DARIO VELASQUEZ GOMEZ 216
HUGO VELASQUEZ JARAMILLO 374
IGNACIO CASTILLA CASTILLA 721
INSTITUTO FARMACOLOGICO COLOMBIANO LTDA. 197
JAIME CORTES PEREZ 285
JAIME GONZALEZ CASTAÑEDA 647
JAIME ENRIQUE PIMIENTA BRITO 666
JAIME RODRIGUEZ RODRIGUEZ 629
JAIR A. HERNANDEZ QUINTERO 358
JOHEL ANTONIO QUINTERO MARTINEZ 848
JORGE SALCEDO SEGURA 260, 272
JOSE ANGEL VASQUEZ RAMIREZ 713
JOSE DE JESUS ACERO SUAREZ 40
JOSE ORLANDO GONZALEZ NIETO 862
JOSE JOAQUIN RINCON CHAVES 852
JOSUE CASTRO CORTES 45, 50
JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO 434
JUAN DE DIOS RAMIREZ GIRALDO 416
JUAN CARLOS CUESTA QUINTERO 839
LA NACION - FONDO VIAL NACIONAL 53, 64
LEONARDO A. TABARES URREA 903
LEONEL GUSTAVO TORRES CARDENAS 740
LIBARDO ANTONIO PRECIADO CAMARGO 703
LIGIA SARMIENTO DE PEÑA 224

LUIS EDUARDO MESA NIEVES 320, 511
LUIS ENRIQUE SILVA PEREZ 498
LUIS FERNANDO CRUZ SABOGAL 707
LUIS HERNANDO ANDRADE RIOS 813
LUIS SANCHEZ CORREA 297
LUIS SOTO ALDANA 753
LUIS DARIO CONTRERAS MONTAÑEZ 842
LUIS JOSE LEMUS SANCHEZ 230
MANUEL DOMINGO ROJAS 548
MARGARITA VELASQUEZ MENDOZA 608
MARIA EUGENIA VELEZ DE RAMIREZ 464
MARIELA VEGA DE HERRERA 874
MARIA LUCILA MORENO DE MORENO 794
MESIAS AUGUSTO ALARCON CORREDOR 121
MIGUEL ANTONIO RODRIGUEZ SUAREZ 761
MUNICIPIO DE HONDA 564
MUNICIPIO DE SANTA ROSA DE CABAL 883
NAPOLEON ROJAS ARIAS 661
OLIVIA ROMAN DE ARBELAEZ 778
OSWALDO RAFAEL GONZALEZ ARRAZOLA 314
RODRIGO PALMAVENGOECHEA 455
RODRIGUEZ & GOMPF S.A. 595, 605
SAMUEL CARDENAS ALVAREZ 302
SANDRA MONGE HAMANN 869
SANTIAGO URIBE 220
SILVIA DE JESUS GARCIA PALACIO 886
SOCIEDAD ANDINA DE LOS GRANDES ALMACENES S.A. 717
SOCIEDAD COOPERS COLOMBIA S.A. 613
SOCIEDAD CHESEBROUGH POND'S (GENEVE) S.A. 247
SOCIEDAD GILLETE COMPANY 405
SOCIEDAD MURRIE Y RODAS LTDA. 67, 71
SOCIEDAD COLOMBINA S.A. 570
TRINIDAD JAIMES VARGAS 785
UBALDINA MUÑOZ VDA DE FIERRO 790
VICTOR CARVAJAL ORTEGA 821
WILSON LEAL ECHEVERRY 208

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

INDICE TEMATICO

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

TEMA	PAG. No.
A	
ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS-Titularidad	99
ACCION DE DEFINICION DE COMPETENCIAS-Titularidad (Aclaración de voto)	110
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO (Salvamento de voto)	71
ACTO CONTRACTUAL	67
ACTO CONTRACTUAL (Salvamento de voto)	71
ACTO SEPARABLE	67
ACTO SEPARABLE (Salvamento de voto)	71
AJUSTE DE VALOR	27
AJUSTE DE VALOR (Salvamento de voto)	32, 35, 38
ALCALDIA MAYOR	99
C	
CADUCIDAD DEL CONTRATO	11
CARRERA JUDICIAL	93
COMPETENCIA	99
CONFLICTO DE COMPETENCIA	99
CONFLICTO DE COMPETENCIA-Trámite	99

TEMA	PAG. No.
CONSTITUCION DE GARANTIAS	11
CONTRATO ADICIONAL	11
CONTRATO ADMINISTRATIVO-Perfeccionamiento	11
CONTRATO DE SEGURO	11, 53
CONTRATO DE SEGURO (Aclaración de voto)	64
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES	67
CONTROVERSIAS CONTRACTUALES (Salvamento de voto)	71
D	
DESVIACION DE PODER-Inexistencia	40
E	
EMPLEADOS DE CARRERA JUDICIAL-Inhabilidades	93
EXCEPCION DE ILEGALIDAD	126
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD	126
EXCEPCIONES	53
EXCEPCIONES (Aclaración de voto)	64
F	
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION	77
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION (Salvamento de voto)	87
FALSA MOTIVACION-Inexistencia	121
I	
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Actualización	27
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Actualización (Salvamento de voto)	32, 35, 38
INSUBSISTENCIA	40, 121
INSUBSISTENCIA (Adición de voto)	91
J	
JUICIO EJECUTIVO	53
JUICIO EJECUTIVO (Aclaración de voto)	64

TEMA	PAG. No.
JUNTA DE ADMINISTRACION-Registro	99
JURIDICCION COACTIVA	53
JURISDICCION COACTIVA (Aclaración de voto)	64
L	
LEY SUSTANCIAL	12
LIQUIDACION DE CONDENA	27
LIQUIDACION DE CONDENA (Salvamento de voto)	32, 35, 38
M	
MAGISTRADO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Inhabilidades	93
MAGISTRADO DE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO-Inhabilidades (Adición de voto)	91
N	
NULIDAD EN LA SENTENCIA	112
P	
PERSONERO MUNICIPAL (Aclaración de voto)	110
PRESCRIPCION	53
PRESCRIPCION (Aclaración de voto)	64
PRESUNCION DE LEGALIDAD	126
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	40
PRUEBA RECOBRADA	112
R	
RECURSO DE SUPLICA	96
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION	45, 53
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION (Salvamento de voto)	50
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION -Técnica	12
RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION-Técnica (Aclaración de voto)	23
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales	112
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia	45, 77, 126

TEMA	PAG. No.
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia (Salvamento de voto)	50
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Rechazo	96
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS	77
RESPONSABILIDAD POR TRABAJOS PUBLICOS (Salvamento de voto)	87
S	
SALA DE DECISION	96
SALA UNITARIA	96
SENTENCIA	53
SENTENCIA-Aclaración	27
SENTENCIA-Aclaración (Salvamento de voto)	32, 35, 38
T	
TERMINO LEGAL	11
TITULO EJECUTIVO	53

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A	
ALCALDE-Destitución	173
ALCALDE-Destitución (Aclaración de voto)	179
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL-Candidato	189
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL-Gastos de Campaña	157
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL-Inhabilidades	189
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE	157, 189
ASOCIACION ENTRE ENTIDADES PUBLICAS	165
C	
CESANTIAS-Liquidación	181
COMISARIA	139
COMPETENCIA	137
CONCEJAL-Incompatibilidades	139
CONCEJAL-Inhabilidades	139

TEMA	PAG. No.
CONDENA CONDICIONAL	173
CONDENA CONDICIONAL (Aclaración de voto)	179
CONSEJO DE ESTADO	137
CONTRALORIA GENERAL-Facultades	139
CONTRATO DE SEGURO	151
CONTRATO INTERADMINISTRATIVO	151
CONTROL FISCAL	139
CONVENIO DE PROGRAMA	137
CONVENIO INTERNACIONAL	137
COOPERATIVA DE MUNICIPALIDADES DE ANTIOQUIA-Naturaleza Jurídica	165
E	
EMPRESA DE TELEFONOS DE BOGOTA-Obligatoriedad	189
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL	165
G	
GOBERNADOR-Facultades	173
GOBERNADOR-Facultades (Aclaración de voto)	179
I	
INTENDENCIA	139
M	
MINISTERIO DE HACIENDA	181
R	
REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL-Régimen prestacional	181
S	
SALA DE CONSULTA	137
SANCION PENAL	173
SANCION PENAL (Aclaración de voto)	179
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos	157

TEMA	PAG. No.
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos (Salvamento de voto)	161
SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos (Salvamento de voto)	161

SECCION PRIMERA

A

ABOGACIA	216
ACCION DE NULIDAD	329
ACCION DE REPARACION DIRECTA	558
ACCION DISCIPLINARIA	216
ACTO ADMINISTRATIVO	314
ACTO COMPLEJO	564
ACTO GENERAL	445
ACTO PARTICULAR	445
ACUERDO DE CARTAGENA	412
ACUERDO DE CARTAGENA-Régimen prevalente	247
ACUERDO METROPOLITANO	470
ACUMULACION DE PROCESOS-Improcedencia	564
AERONAVEGABILIDAD	439
AGUAS-Utilización	416
ALCALDE	285
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL	319, 511
ASAMBLEA CONSTITUCIONAL-Límites	319
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Facultades	308
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL-Funciones	301

B

BIEN DE USO PUBLICO-Restitución	464
BIEN INMUEBLE	416

C

CABECERA MUNICIPAL-Traslado	297
CADUCIDAD	503
CADUCIDAD-Término	482

TEMA	PAG. No.
CANTERAS-Explotación	528
CAR	528
COMITE DE REGALIAS-Funciones	247
COMPAÑIA HOTELERA DE CARTAGENA	378
COMPETENCIA	259, 319, 528
COMPETENCIA (Salvamento de voto)	272
COMPETENCIA FUNCIONAL	197
COMPETENCIA POR CUANTIA	197, 329
CONCEJO MUNICIPAL-Facultades	486
CONGRESO-Facultades	519
CONSEJO DE ESTADO	259, 319
CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de voto)	272
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL	243
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Funciones	301
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Naturaleza	208
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Organización	308
CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación	357, 486
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE INMUEBLES Régimen aplicable	259
CONTRATO DE FIDUCIA-Liquidación	346
CONTROL CONSTITUCIONAL	259
CONVALIDACION DEL ACTO	445
CONVALIDACION DEL ACTO-Improcedencia	498
COPIA DE ACTO	329, 357
COSMETICOS-Regulación	454
C.V.C.	445

D

DEBIDO PROCESO	548
DECRETO EJECUTIVO	259
DECRETO ESPECIAL (Salvamento de voto)	272
DELEGACION DE FUNCIONES	308
DEMANDA-Adición	503
DEMANDA-Interpretación	454, 570
DEMANDA-Requisitos	329, 357
DEROGATORIA TACITA	528
DIRECCION GENERAL DE PRESUPUESTO	276
DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA-Régimen aplicable	498
DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA-Régimen aplicable	255
DOBLE TRIBUTACION	220, 224
DUALIDAD DE FUNCIONES	243

TEMA	PAG. No.
E	
EJERCICIO DE PROFESIONES	519
ELECTRICISTA	519
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS MUNICIPALES-Directivos	291
ESPACIO PUBLICO-Restitución	464
ESTATUTO DEL ABOGADO	216
EXPLOTACION DE MINAS	528
EXPORTACION DE CAFE	391
F	
FACULTAD IMPOSITIVA DEPARTAMENTAL	224
FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL	220, 399
FALTAS CONTRA LA RECTA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	216
FIDEICOMISO	346
FUNCION ADMINISTRATIVA	319
FUNCION DE POLICIA	285
G	
GACETA DEPARTAMENTAL	301
GOBERNADOR-Funciones	301
I	
IMPORTACION OFICIAL-Régimen aplicable	434
INCOMEX-Facultades	391
INTERVENCION DEL ESTADO	259, 362
INTERVENCION DEL ESTADO (Salvamento de voto)	272
INTERVENCION DEL ESTADO-Inexistencia	575
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	498
J	
JUEGOS PERMITIDOS	558
JUNTAS ADMINISTRADORAS ZONALES-Improcedencia	498
L	
LEGITIMACION EN LA CAUSA	416
LEGITIMACION POR PASIVA	570

TEMA	PAG. No.
LICENCIA DE CONSTRUCCION	416
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO	558
LICENCIA DE MARCA	247
LICENCIA DE OPERACION	439
LITIS CONSORCIO FACULTATIVO	503
M	
MINISTERIO DE MINAS	528
MUNICIPIO-Creación	229, 374
N	
NORMATIVA	445
NULIDAD PROCESAL	203
O	
ORGANO DE DIVULGACION	301
P	
PARTES-Designación	454, 570
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO	208
PLANEACION METROPOLITANA	470
PODER DE POLICIA	464, 575
POLIZA DE VIVIENDA	423
POTESTAD REGLAMENTARIA	216, 434
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	423, 575
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL	475
PRESUPUESTO MUNICIPAL	329
PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA	203
PRINCIPIO DE IGUALDAD	445
PRINCIPIO DE INDEROGABILIDAD SINGULAR	445
PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA	445
PROCESO DE REVISION	564
PRODUCTO AGROPECUARIO-Precio	362
PROFESION LIBERAL	335
PROGRAMA GENERAL DE COMPRAS	276
PROYECTO DE ACUERDO	564
PROYECTO DE ORDENANZA-Objeción	542
PUBLICACION	301, 314, 357

TEMA	PAG. No.
R	
RECURSO DE APELACION	203
REFORMA URBANA	423
REGISTRO DE EXPORTACION	391
REGISTRO DE MARCA	405, 412
REGLAMENTO INTERNO	319, 511
REGLAMENTO INTERNO-Naturaleza	319
REPRODUCCION DEL ACTO ANULADO	301
S	
SANCION DISCIPLINARIA-Requisitos	548
SECCION PRIMERA DEL CONSEJO DE ESTADO	528
SECRETARIO DE SALUD-Facultades	454
SEGURO POR DAÑOS	575
SOCIEDAD CIVIL	335
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA	378
SOCIEDAD MERCANTIL	335
SUBSIDIO DE TRANSPORTE-Requisitos	503
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	346
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO-Facultades	412, 238
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES-Facultades	378
SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia	285, 291, 464, 475, 542
SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia	314, 319, 374
SUSPENSION PROVISIONAL-Requisitos	308, 429
SUSTRACCION DE MATERIA-Improcedencia	528
T	
TARIFA	238
TARJETA DE OPERACION	503
TASA-Elementos	399
TERMINACION DEL PROCESO	511
TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL	439
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO	197
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO	247
U	
USO DE MARCA	247

TEMA PAG. No.

SECCION SEGUNDA

A

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procedencia 879
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO-Procedencia 869
ACTO CONFIRMATORIO 703
ACTO DE TRAMITE 707, 767
ACTO DE TRAMITE (Salvamento de voto) 771
ACTO PARTICULAR 879
ACTO PRINCIPAL 703
APERCIBIMIENTO 808
ASAMBLEA 666
ASAMBLEA GENERAL 642
ASIGNACION DE RETIRO 740
ASIGNACION DE RETIRO-Incompatibilidad 761

B

BANCO DE LA REPUBLICA-Régimen de personal 825
BANCO DE LA REPUBLICA-Vigilancia 825
BOMBEROS-Régimen prestacional 839

C

CALIFICACION DE SERVICIOS 707
CARRERA ADMINISTRATIVA 647, 707, 725, 753, 778
CARRERA ADMINISTRATIVA (Salvamento de voto) 732
CARRERA JUDICIAL 735
CARRERA JUDICIAL-Ingreso 801
COMISION DE LA MESA 683
COMPETENCIA 622, 666, 683, 785, 825, 839
COMPETENCIA PRESTACIONES SOCIALES 683
CONFLICTO COLECTIVO DE TRABAJO 642
CONGRESO 666, 683, 839
CONSULTA 869
CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO (Salvamento de voto) 771
CONTRALOR MUNICIPAL-Nombramiento 879

TEMA	PAG. No.
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA	629
D	
DELEGACION DE FUNCIONES	745
DEMANDA-Inadmisión	835
DEMANDA-Interpretación	886
DEMANDA-Requisitos	703
DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO	629
DERECHO DE ASOCIACION SINDICAL	848
DERECHO DE DEFENSA	825
DESTITUCION	825
DESVIACION DE PODER	661, 848
DOCENTE DE CATEDRA	813
E	
EDAD DE RETIRO	821
EMPLEADO DE CARRERA	801
EMPLEADO DEL CONGRESO	683
EMPLEADO PUBLICO MUNICIPAL	852
EMPLEADO PUBLICO-Régimen aplicable	825
EMPRESAS PUBLICAS DE BARRANQUILLA Naturaleza Jurídica	852
ESCALAFON	725, 753
ESCALAFON (Salvamento de voto)	732
ESTABILIDAD	725, 753, 778, 903
ESTABILIDAD (Salvamento de voto)	732
ESTABLECIMIENTO PUBLICO DEPARTAMENTAL	608
ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL-Régimen de Personal	852
F	
FALTA CONTRA LA EFICACIA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA	808
FER	622
FONDO PRESTACIONAL DEL MAGISTERIO Y EMPLEADOS DE LA EDUCACION DE NARIÑO-Naturaleza jurídica	608

TEMA	PAG. No.
H	
HUELGA-Ilegalidad	595, 613
HUELGA-Ilegalidad (Salvamento de voto)	605
I	
INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD	670
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO	703
INSPECTOR DE EDUCACION	903
INSUBSISTENCIA	622, 647, 661, 785, 848
J	
JUEZ-Elección	735
JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA	825
M	
MINISTERIO DE TRABAJO	595
MINISTERIO DE TRABAJO (Salvamento de voto)	605
MORA INJUSTIFICADA	808
N	
NOTARIO	821
O	
OFICINA DE CAMBIOS	825
P	
PARALELISMO SINDICAL-Prohibición	717
PENSION DE INVALIDEZ	761
PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia	790
PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia (Salvamento de voto)	901
PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento	713, 893
PENSION DE JUBILACION	794, 842
PENSION DE JUBILACION-Ultimo año	657
PENSION POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL	652
PERIODO DE PRUEBA	647, 778

TEMA	PAG. No.
PERSONAL CIVIL DEL MINISTERIO DE DEFENSA	761
PERSONAL DOCENTE	657, 794, 813, 903
PERSONAL MILITAR	670, 740, 790, 842, 893
PERSONAL MILITAR (Salvamento de voto)	901
POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites	652, 683, 821
PRESTACIONES SOCIALES	666, 839
PRIMA DE ANESTESIA	666
PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD	595
PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD (Salvamento de voto)	605
PROCESO DISCIPLINARIO	629, 745, 767
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION-Facultades	825
PRUEBA RECOBRADA	862
Q	
QUORUM	613
R	
REAJUSTE PENSIONAL	657
RECURSO DE REPOSICION	608
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION-Causales	862
REGIMEN DISCIPLINARIO	629
REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO	690
REPRODUCCION DEL ACTO	721
RETIRO DEL SERVICIO	869
REVISION DE RECONOCIMIENTOS	761
REVOCATORIA DIRECTA DEL ACTO	690
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO (Salvamento de voto)	771
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO-Improcedencia	874
S	
SALARIO-Compatibilidad	794
SANCION DISCIPLINARIA	745
SINDICATO	642
SINDICATO-Constitución	883
SINDICATO DE BASE	717
SINDICATO-Directivos	883
SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades	825
SUPRESION DEL CARGO	869
SUSPENSION AUTOMATICA	721
SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia	839

TEMA	PAG. No.
SUSTITUCION PENSIONAL	721, 886
T	
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS	869
TESTIMONIO	862
TIEMPO DOBLE	842
TRABAJADOR SINDICALIZADO	642
TRABAJADOR NO SINDICALIZADO	642
V	
VACACIONES	683
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento	608
VIA GUBERNATIVA-Agotamiento	835

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
SEGUNDO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

1. DECRETOS DEL GOBIERNO
2. RESOLUCIONES
3. ORDENANZAS DEPARTAMENTALES
4. ACUERDOS METROPOLITANOS
5. ACUERDOS DISTRITALES
6. ACUERDOS MUNICIPALES
7. DECRETOS DE ALCALDES
8. OTROS ACUERDOS
9. OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS

DECRETOS DEL GOBIERNO

Pag.

DECRETO REGLAMENTARIO 232 DE 11 DE FEBRERO DE 1.967; aparte del artículo 3o. y aparte del parágrafo del artículo 3o. y el artículo 4o. 434

DECRETO 1137 DE 9 DE JUNIO DE 1.971; artículo 13 216

DECRETO REGLAMENTARIO 732 DE 22 DE ABRIL DE 1.976; aparte del artículo 6o. (Anulado) 652

DECRETO 751 DE 1.984, reglamentario del artículo 137 del Decreto Ley 222 de 1.983; artículos 4o., 8o. y 14 276

DECRETO 477DE 11 DE FEBRERO DE 1986; artículo 1º, Inciso 1º 643

DECRETO EJECUTIVO 1376 DE 30 DE ABRIL DE 1.986, por el cual se dictan normas sobre el control de arrendamiento de bienes inmuebles ubicados en áreas urbanas (Anulado) 259

DECRETO 0093 DE 1.989, reglamentario de la Ley 9a. de 1.989 (Anulado) 423

DECRETO REGLAMENTARIO 335 DE 14 DE FEBRERO DE 1.989 346

DECRETO REGLAMENTARIO 0104 DE 5 DE ENERO DE 1.990; aparte del artículo 1o., aparte del artículo 2o. (Anulado) 575

DECRETO REGLAMENTARIO 339 DE 1.991; artículos 2o. y 3o. (Suspendido) 439

RESOLUCIONES

RESOLUCION 05 DE 12 DE MARZO DE 1.973, proferida por la Junta Directiva de las Empresas Públicas de Barranquilla confirmada mediante Decreto 118 de 21 de marzo de 1.973 expedido por la Alcaldía de la misma ciudad (Anulada) 852

RESOLUCION 0132 DE 7 DE FEBRERO DE 1.983; artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., parágrafo del artículo 1o., 11o., 12o., y 13o., expedida por el Jefe de Salud de Bogotá, por la cual se dictan normas sobre el establecimiento que distribuyan, manejen o expendan productos cosméticos (Anulados) 454

RESOLUCION 035 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1.986, expedida por el Consejo Directivo de Comercio Exterior, por medio de la cual se establece el plazo de exportación de café a partir del 1o. de octubre de 1.986 391

RESOLUCION 02988 DE AGOSTO 6 DE 1.986, expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social (Anulada) 690

RESOLUCION 1119 DE 17 DE JUNIO DE 1.987, emanada de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual de asimila el contenido de unas planillas a antecedentes bancarios (Anulada) 238

RESOLUCION 14112 DE 12 DE AGOSTO DE 1987, expedida por la Comisión de la Mesa de la Cámara de Representantes, mediante la cual se "dictan normas para el reconocimiento y pago de las vacaciones y prima de vacaciones de los Representantes, de conformidad con lo establecido por las Leyes 48 de 1962 de 1969 y el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986 683

RESOLUCION 1369 DE 1.991; artículos 1o. 2o y 3o., expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil (Suspendida) 439

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 16 DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1.980, Código Fiscal del Tolima; artículo 177 (Confirma Anulación) 208

ORDENANZA 015 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1.983, expedida

por la Asamblea Departamental del Cesar, mediante la cual se crea el municipio de San Martín (Confirma Anulación) 229

ORDENANZA 003 DE 26 DE JUNIO DE 1.987, emanada de la Asamblea Departamental del Cesar por la cual se organiza y reglamenta la Contraloría General del Departamento; artículos 4 y 7 (Confirma Anulación) 243

ORDENANZA 11 DE 1.987, artículo 10 numeral 6 expedida por la Asamblea Departamental del Huila (Anulado) 224

ORDENANZA 013 DE 1.988,expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá (Confirma Nulidad) 297

ORDENANZA 018 DE 1.988, expedida por la Asamblea Departamental del Meta; artículo 11 (Revoca Suspensión) 429

ORDENANZA 07 DE 6 DE DICIEMBRE DE 1.989, proferida por la Asamblea del Departamento de Santander; artículos 2o., 3o., 5o., 6o., y 10o. (Suspendido) 301

ORDENANZA 005 DE 16 DE OCTUBRE DE 1.990, expedida por la Asamblea Departamental del Meta, por medio de la cual se crea el Municipio de Barranca de Upía (Confirma Suspensión) 374

ORDENANZA 08 DE 1.990, expedida por la Asamblea Departamental de Santander (Revoca Suspensión) 542

ORDENANZA 008 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1.990, expedida por la Asamblea Departamental del Huila; varios artículos (Revoca Suspensión) 475

ORDENANZA 023 DE ENERO 24 DE 1.991, proferida por la Asamblea Departamental del Chocó; artículos 2o., 3o., 5o., y 6o. (Suspendidos) 308

ACUERDOS METROPOLITANOS

ACUERDO 025 DE 30 DE JUNIO DE 1.988, expedido por la Junta Metropolitana de Bucaramanga; artículos 1o., 2o., parágrafo transitorio, y 3o 470

ACUERDOS (PROYECTOS) 026. 027 Y 028 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 1.990, emitidos por el Concejo Municipal de Honda-Tolima 564

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 214 30 DE AGOSTO DE 1.990, expedido por el Alcalde de Armenia; artículo 1o. - modificado por el Decreto 255 de 1.990 (Revoca Suspensión) 285

DECRETOS 389 Y 392 DE 1.990, por medio de los cuales se crean la Secretaría de Educación y Cultura y la Secretaría de Salud Pública del Distrito de Santa Marta, expedidos por su Alcalde Mayor (Confirma Suspensión) 255

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 05 DE 26 DE ENERO DE 1.984,expedido por la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de las Cuencas de los Ríos Bogotá, Ubaté y Suárez -CAR-; artículos 2o. y 3o. (Anulados) 529

ACUERDO 049 DE 1.990, expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales, aprobado mediante Decreto 758 de 1.990 del Presidente de la República; aparte del artículo 29 (Suspendido) 721

OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS

REGLAMENTO DE LA ASAMBLEA CONSTITUCIONAL; artículo 63 (Suspendido) 320

REGLAMENTO DE SERVICIOS, expedido por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá en 1.986; artículos 74 a 80 y apartes de los artículos 81, 82 y 83 (Confirma Anulación) 519