

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

TERCER TRIMESTRE DE 1991

Presidenta
Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente

Yesid Rojas Serrano
Miguel González Rodríguez
Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Víctor M. Villaquirán M.
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas
Presidenta

Clara Forero de Castro
Joaquín Barreto Ruiz
Reynaldo Arciniegas Baedecker
Alvaro Lecompte Luna
Diego Younes Moreno

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

Daniel Suárez Hernández
Julio César Uribe Acosta
Juan de Dios Montes Hernández

Ruth Stella Correa Palacio
Secretaria

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate
Presidente

Guillermo Chahín Lizcano
Carmelo Martínez Conn
Consuelo Sarria Olcos

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente

Jorge Penen Deltieure
Miren de la Lombana de Magyaroff
Luis Eduardo Jaramillo Mejía

Octavio Galindo Carrillo
Secretario

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Javier Henao Hidrón
Presidente

Jaime Betancur Cuartas
Jaime Paredes Tamayo
Humberto Mora Osejo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

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

RELATORES

Sonia Mireya Vivas Pineda
Danilo Rojas Betancourth

IMPRESO EN COLOMBIA PRINTED IN COLOMBIA

Impreso en los Talleres Gráficos de Canal Ramírez Antares Ltda,- Santafé de Bogotá, D.C.

SALA PLENA

DE LO

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO

DEMANDA - Inadmisión/ **COMPETENCIA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**

El auto inadmisorio de la demanda, rigurosamente hablando, ha debido ser dictado por el señor Consejero Ponente y no por la Sección en pleno como lo fue. Sin embargo, como en el libelo en cuestión también se ha impetrado la suspensión provisional del acto acusado y su consideración o estudio corresponde a la Sala o sección en el mismo auto que decida sobre la admisión de la demanda, todo hace entrever que en ello descansa la confusión, en virtud de la cual esta Sala Plena procede a analizar la súplica extraordinaria interpuesta.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS/ CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO

Unicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos de los ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y equidad, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad. Así por ejemplo puede demandarse en acción pública de nulidad los actos electorales o de nominación concretos, el acto que confiere carta de naturalización y la acción de nulidad especial, con caducidad de cinco años, contra actos referentes a marcas. En el *sub-lite* el motivo y la finalidad del demandante no es la defensa de la objetividad propia o impropia de carácter abstracto, sino que sólo lo circunscribe en cuanto a él lo han afectado, amén de que pide una consecuencia para esa anulación, que encierra la cancelación de pagar una obligación suya, de una obligación que gravita sobre él, que es la de pagar la multa.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., dieciseis (16) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. S-180. Actor: Juan Claudio Morales González. Recurso Extraordinario de Suplica.

Decide la Sala el recurso extraordinario de súplica concedido por la Sección Primera de la corporación por auto de quince (15) de marzo último e interpuesto por el ciudadano *Juan Claudio Morales González* contra la providencia fechada a treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y uno (1991) que inadmitió la demanda de quien ahora recurre y que, además, dispuso la remisión del asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que conozca del mismo.

I- OBSERVACION INICIAL

Quepa anotar, en primer término, que el autó objeto del recurso, rigurosamente hablando, ha debido ser dictado por el señor consejero ponente y no por la Sección Primera en pleno como lo fue, dado que el art. 207 del C.C.A. (art. 46 del decreto - ley 2304 de 1989, declarado exequible, por demás, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia calendada a 13 de junio de 1990) así lo estatuye, en cuanto se trate de providencias que admiten o inadmiten una demanda.

Sin embargo, como en el libelo en cuestión también se ha impetrado la suspensión provisional del acto administrativo acusado y que su consideración o estudio corresponde a la sala o sección en el mismo auto que decida sobre la admisión de la demanda (art. 154 del C.C.A., según el texto del art. 32 del mismo decreto - ley arriba citado), todo hace entrever que en ello descansa la confusión, en virtud de la cual esta Sala Plena procede a analizar la súplica extraordinaria interpuesta por el demandante, no obstante que, por razones obvias, la petición de la suspensión provisional no fuera contemplada en el auto que motiva el actual conocimiento de este asunto.

II- DE LA DEMANDA

En ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el art. 84 del Código Contencioso Administrativo, son atacadas las resoluciones 0206 de 1988 -3 de noviembre- y 0622 de 1990 -10 de agosto-, originarias ambas del despacho de la Superintendencia de Control de Cambios. Por la primera, se impone multas a las sociedades Banco Santander y Banco de Occidente y a los señores Alvaro de Jesús Yunes Aduén, José Miguel Martínez Puello, Juan Donado Levy, Mauricio Herrera Forero y Juan Claudio Morales González al tenor de lo preceptuado en los artículos

217 del decreto - ley 444 de 1967 y 2o. del decreto-ley 624 de 1974 por los motivos en ella expuestos; por la segunda, se confirma la anterior, recurrida en reposición por los afectados, entre otros el señor Juan Claudio Morales González. El artículo segundo de este proveído advierte que, si no fueren canceladas las multas dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del mismo, se ordenará su cobro a través del Juzgado Unico Nacional de Ejecuciones Fiscales o se convertirán en arresto a razón de un día por cada treinta pesos ($30.oo) sin exceder de dos años. Al señor Morales González, aquí demandante, le fue notificada esta última resolución el día 17 de septiembre de 1990 (fol. 87) por conducto de su apoderado y se le hizo saber en tal diligencia que contra tal acto no procede recurso alguno y que queda agotada la vía gubernativa.

También solicita el demandante, como parte del *" petitum "*, que se comunique lo decidido a través de la sentencia que ponga fin al litigio del señor Ministro de Hacienda y al señor Superintendente de Control de Cambios, y que se cumpla el fallo según lo ordenado en los arts. 176 y 177 del C.C.A.

III- DEL AUTO RECURRIDO EN SUPLICA

Basicamente explica que, no obstante haberse hecho uso de la *acción de nulidad que define el art. 84 del C.C.A.*, es claro que la incoada es la *acción de nulidad y restablecimiento del derecho que puntualiza el art. 85 ibídem,* porque, como se deriva de los textos de las resoluciones acusadas y hasta del texto mismo de la demanda, por medio de ésta se impugnan decisiones de la Administración que crean en cabeza de la parte actora y de otras personas naturales y morales una situación jurídica concreta y subjetiva y que la consecuencia necesaria de su eventual prosperidad sería el restablecimiento automático del derecho, el cual, pese a que fue omitido por el libelista en las peticione, guardaría estrecha relación con el no pago de la multa impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios.

Siendo entonces en verdad una *acción de nulidad y restablecimiento del derecho* la realmente intentada y dado que los actos a enjuiciar tienen cuantía, deduce la Sección Primera que el asunto que ha de debatirse es dos instancias, correspondiendo la primera de ellas al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por cuanto los actos cuya nulidad fueron emitidos en la capital de la República, en atención a lo estatuido en los incisos primero y tercero del ordinal 9o. del art. 132 del Código Contencioso Administrativo.

IV- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO

Estima, pues, el recurrente-actor que el acto interlocutorio suplicado acoge tesis contraria a la jurisprudencia de la corporación, y señala como tal la que obra en fallo

de 10 de agosto de 1961, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del que fue ponente el señor consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta, y que puede verse en el Tomo LXIII, números 392 a 396, pag. 200 y ss. de los " Anales ", llamada " doctrina de los motivos y finalidades ", que demarca los límites para el ejercicio de la acción de nulidad o de lo contencioso objetivo para que pueda ser usada contra actos de carácter particular cuando se trata de defender el orden jurídico general y abstracto.

Explica el ciudadano - actor que en el caso *sub-lite* han de debatirse aspectos que ofenden el orden jurídico objetivo y, por ende, la seguridad de todos los administrados, porque los actos acusados envuelven una confiscación de bienes como pena, prohibida por las normas específicas de la Carta fundamental (art.34), amén de que ellos fueron emitidos fuera de los plazos fijados por las leyes, lo que igualmente vulnera la plenitud de las formas procesales garantizada por el art.26 de la Constitución. En respaldo de sus aseveraciones, expone criterios de varios tratadistas (García Enterría y Dromi); " la sanción desproporcionada -cita de este último- que absorbe para esencial del capital, que excede de un porcentaje razonable, resulta agraviante a la garantía de inviolabilidad del derecho de propiedad, por lo cual se la considera entonces ' CONFISCATORIA '...".

De allí que solicite la infirmación del auto de 31 de enero de 1991 de la Sección Primera por haber decidido algo con base en doctrina contraria a la jurisprudencia del Consejo de Estado, sin la anuencia de la Sala Plena.

CONSIDERACIONES :

1- *De la jurisprudencia que se dice contrariada.*

Los siguientes son los apartes que transcribe el suplicante de la sentencia de 10 de agosto de 1961:

> " II. Los motivos y finalidades del actor deben estar en consonancia con los que las normas legales asignen a la acción, acuerdo que es presumible cuando se acciona por la vía del contencioso popular de anulación contra actos impersonales y abstractos, porque esta clase de ordenamientos entrañan una violación continua y permanente de la legalidad objetiva, que afecta a la comunidad entera.
>
> III. Distinta es la situación cuando la misma acción se endereza contra actos de contenido particular, caso en el cual la doctrina de los motivos y finalidades opera en dos formas: a) si la declaratoria de nulidad solicitada no implica el restablecimiento del derecho lesionado, el contencioso popular de anulación puede ejercitarse inclusive por el titular de ese derecho en cualquier tiempo; b)

si la sentencia favorable a las pretensiones del actor determina el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión acusada, el recurso objetivo no será admisible, *a menos que la acción se haya instaurado dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del artículo 83 del C.C.A...* "

Las negrillas son del recurrente y de las palabras que destaca colige que la acción de nulidad simple incoada se adecúa a las pautas que indica la dicha jurisprudencia, porque la demanda fue presentada el 27 de noviembre de 1990 y el último acto que se acusa se notificó el 17 de septiembre de ese año, por lo que no ha operado el fenómeno de la caducidad. Como esa es la única condición a que circunscribe la jurisprudencia para que sea posible el ejercicio de la acción objetiva contra actos de contenido particular que impliquen restablecimiento automático de derechos, es innegable que la tesis de la Sección Primera desconoce la " doctrina de los motivos y finalidades " que registra la ameritada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la corporación.

2- *Estudio del cargo.*

2.1.- *Otros puntos de la jurisprudencia acerca de " la doctrina de los motivos y finalidades."*

Para la máxima comprensión de lo que ha de analizarse, la Sala Plena estima necesario recordar los otros fragmentos de la nombrada sentencia que sentó la denominada " doctrina de los motivos y finalidades ", omitidos por el recurrente, a saber:

" I. No es la generalidad del acto impugnado el elemento que determina la viabilidad del contencioso popular de anulación, sino los motivos determinantes de la acción: tutela del orden jurídico y mantenimiento de la administración pública al imperio del derecho objetivo es la finalidad propia que la ley señala a esta acción (artículos 66 y 83 del C.C.A.).

...

...

IV. El motivo determinante de la acción de plena jurisdicción es el quebrantamiento de un estatuto civil o administrativo, pero sólo en cuanto ampara una situación jurídica subjetiva (Artículo 67 del C.C.A.). Sus finalidades propias son el restablecimiento del derecho quebrantado, reparando el daño ya ocasionado o precaviendo un perjuicio eventual. Tal es la razón para que dicho texto dé opción para pedir la simple anulación (lesión jurídica subjetiva y daño

contingente), caso en el cual la declaratoria de nulidad implica, por sí misma y automaticamente, el restablecimiento del derecho (lesión jurídica subjetiva y daño actual), en cuyo caso el interesado podrá intentar la acción con ambos fines, pero en uno y otro evento, dentro de los cuatro meses a que alude el inciso tercero del artículo 83 precitado.

V. El contencioso popular de anulación es el contencioso exclusivo de la legalidad. Se desenvuelve en torno de dos extremos unicamente: la norma transgredida y el acto transgresor, sin que las posibles situaciones jurídicas que se interpongan cumplan papel alguno en la *litis*. El contencioso de plena jurisdicción, y por el contrario, es el contencioso del restablecimiento y de la responsabilidad estatal, el cual se desarrolla alrededor de tres elementos: la norma violada, el derecho subjetivo protegido por ella y el acto violatorio de aquélla y de éste."

2.2.- *Tratamiento de las acciones básicas de lo contencioso - administrativo al tenor de la doctrina de los motivos y finalidades."*

De manera que para aquellos lejanos días en que tuvo lugar la sesión del 10 de agosto de 1961, se quiso significar que era necesario marcar pautas que precisasen cuáles eran los elementos estructurales de las dos acciones fundamentales u ordinarias. Estaba para esa época en plena vigencia la hoy reformada y practicamente derogada ley 167 de 1941 y, por lo tanto, en pleno vigor -y valga la redundancia- los artículos 66, 67 y 68 del antiguo Código Contencioso Administrativo. Y, también para esa época, predominada una posición según la cual unicamente podían ser enjuiciados a través de la llamada acción de nulidad o de lo contencioso objetivo, los actos administrativos genéricos y abstractos, reservándose para la otra acción los actos de tipo subjetivo o particular, salvo excepciones. Se hacía necesario romper el esquema rígido que demarcaba esta perspectiva.

Por eso se dijo:

a) Cualquier acto administrativo - genérico y abstracto, subjetivo y particular, puede ser materia de demanda en acción de nulidad;

b) La filosofía de la acción de nulidad simple consiste en la tutela del orden jurídico y en el mantenimiento de la legalidad abstracta, que pueden haber sido quebrantados por cualquier clase de acto, sin importar su naturaleza. Esa tutela del orden jurídico y ese mantenimiento de la legalidad abstracta son las finalidades propias de la acción de nulidad o de lo contencioso objetivo;

c) Lo que persigue el actor y la causa de esa pretensión deben ser coherentes, deben armonizar con el papel que las normas legales asignan a la acción de nulidad.

Si el motivo del actor es la violación del orden jurídico abstracto y la restauración de la legalidad abstracta vulnerada por el acto que ha de declararse nulo su finalidad, su propósito, habrá armonía evidente entre lo que ansía el actor y lo que quiere la ley. Será adecuada la acción de nulidad o de lo contencioso objetivo;

d) Si por el contrario, la causa o motivo del actor es el desconocimiento de un derecho subjetivo suyo por parte del acto cuya nulidad impetra y su finalidad, aunque no la exprese, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, la acción adecuada será la de plena jurisdicción;

e) Si la acción de nulidad que se haya incoado conlleva el restablecimiento automático del derecho, esa acción puede ejercitarse en cualquier tiempo, pero si ocurre lo contrario, si hay de todos modos un restablecimiento del derecho, si se presentó dentro de los cuatro meses de que habla el inciso tercero del art. 83 del C.C.A., será posible intentarla; no lo será en el evento de que haya transcurrido ese tiempo;

f) Existe opción para el titular de un derecho subjetivo presuntamente violado por acto administrativo, haga uso, bien de la acción de simple nulidad, bien de la acción de plena jurisdicción. En el primer evento, sólo pedirá la anulación pese a que se dé la lesión jurídica subjetiva, para evitar el daño contingente que produzca el acto; en el segundo, pedirá la anulación del acto para que, como consecuencia de ello, se repare el daño actual. En ambos supuestos, el interesado *podrá intentar la acción dentro de los cuatro meses a que alude el art. 83 del C.C.A.*, y

g) El juez administrativo, ante una acción de nulidad simple, sólo estudia si ciertamente hay una norma de superior jerarquía que ha sido quebrantada por el acto transgresor, y ha de prescindir de otras cuestiones o circunstancias ajenas a la *litis*. Si se encuentra ante una acción de plena jurisdicción, su examen girará en torno a tres elementos esenciales: si la norma que menciona el actor ha sido realmente violada por el acto porque vulnera un derecho subjetivo protegido por ella y ese quebranto ha sido ocasionado por el acto que se acusa.

2.3.- Resulta claro entonces que la jurisprudencia acerca de " los motivos y finalidades " tuvo en su época y sigue teniendo un evidente propósito, que no fue otro que por la ambigua redacción de los entonces vigentes artículos 66 y 67 del C.C.A. (ley 167 de 1941), fuesen eludidos los efectos de la caducidad de las acciones y revivir los términos que las normas consagraban y siguen consagrando, para lo que atañe a los derechos subjetivos a través de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo. Además, se quiso resaltar la necesaria compatibilidad entre los motivos y las finalidades del legislador plasmados en las respectivas normas; la Sala de lo Contencioso Administrativo estimó lógico ese instrumento procesal que analizaba la pertinencia concreta del uso de la acción de nulidad contra

actos de alcance subjetivo, para así criticar la prosperidad de ellas en cada caso cuando fuera a dictarse sentencia, y no se resolviese acerca de la relación procesal desde el momento mismo de la admisión de la demanda.

2.4.- Sin embargo, si se permitiera ejercer la acción pública de manera indiscriminada contra actos administrativos creadores de situaciones subjetivas, con la única restricción que señala la jurisprudencia sobre " los motivos y las finalidades " de 1961, se abriría la puerta a una grave y destabilizante inseguridad en las relaciones jurídicas y hasta cierta inequidad que podría calificarse de absurda, porque al particular presuntamente perjudicado con una decisión administrativa, se le limita el derecho de demandar al vencer el plazo de los cuatro meses y se le prohibe el ejercicio de la acción de nulidad para que así eluda la caducidad, pero las demás personas sí podrían acudir a los tribunales o al Consejo de Estado y llevar a juicio situaciones y derechos, creando inseguridad en las relaciones que protege la Constitución.

Es cierto que en este último caso hipotético, el interesado ha de ser llamado para que defienda sus derechos en el proceso, mas en verdad, los derechos y las situaciones particulares que sólo afectan intereses *puramente individuales* y que no tienen nada que ver con los derechos ciudadanos ni con las libertades públicas, deben quedar en firme desde un instante determinado y no sometidos al vaivén de las demandas genéricas que se pueden incoar para someterlos a juicio. Unicamente en el caso de que la situación particular incida en los derechos ciudadanos, del Estado, de las libertades de los asociados y de la comunidad en general al trastornar el orden jurídico y los principios de la igualdad y equidad. Como ese acto administrativo, no obstante referirse a una situación individual o particular, tendría repercusiones de alcance general, es posible acudir a la jurisdicción en ejercicio de la acción de nulidad simple. Así por ejemplo, una acción de nulidad muy especial perfectamente posible, es la que se dirige contra actos electorales o de nominación concretos, al tenor de los arts. 223 y ss. del C.C.A. porque con esa acción ciudadana se busca, se tiene la finalidad de mantener o de proteger la pureza de las elecciones, populares o no, amén de que se nombren personas para la función pública con completo arreglo de las leyes, salvo la caducidad propia de la misma. Así por ejemplo, no obstante que una carta de naturalización confiere a una persona determinada un derecho concreto e individual, es posible que cualquier persona haga uso de la acción de nulidad especial contra ese acto, porque éste puede afectar la adecuada integridad de la nacionalidad al ignorar los principios que enmarcan el título II de la Carta de 1886, y por eso los arts. 221 y ss. del C.C.A. la autorizan. Así por ejemplo, es posible incoar acción de nulidad especial, con caducidad de cinco años, contra actos referentes a marcas, conforme a los arts. 585, 586 y 596 del Código de Comercio. Hay muchos otros ejemplos en los que es evidente la posibilidad de acción de nulidad, aunque sea especial, contra actos de contenido particular e individual.

2.5.- Se hace necesario observar si, conforme a los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo de acuerdo a las modificaciones introducidas por los arts. 14 y 15 del decreto - ley 2304 de 1989, es posible dar plena validez *actual* a la llamada " doctrina de los motivos y las finalidades " tal como quedó plasmada en aquellos pertéritos días de 1961. Se tiene entonces que las nombradas normas están redactadas con las siguientes palabras:

> Artículo 84. *Acción de nulidad.*- Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos. Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios y organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió. También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro."
>
> Artículo 85. *Acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*- Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que se le modifique una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente."

Dedúcese, por lo tanto, de la nueva concepción de las acciones de nulidad - pues ambas lo son, una de lo contencioso - objetivo y la otra de lo contencioso - subjetivo -, obedecen a enfoques similares a los que servían de sustento a las que señalan los arts. 66 y 67 de la ley 167 de 1941. Hoy es de verse cómo la utilización del contencioso objetivo (art. 84) ostenta una regla común: toda persona pública o privada puede acudir a los órganos de esta jurisdicción en demanda de nulidad de actos de toda clase (arts. 216 de la Constitución; 82, 83 y 84 del C.C.A.), puesto que la norma utiliza la expresión genérica " *los actos administrativos* " sin hacer distinción alguna. Pero, qué ocurre con los actos que crean, reconocen o afectan de una manera u otra las situaciones subjetivas o los derechos individuales de alguien ? Pues también será factible esta acción de nulidad simple, siempre y cuando que la ley no haya previsto el uso previsto el uso de otro contencioso - objetivo contra una clase determinada de acto administrativo o que no implique restablecimiento de derecho particular y concreto, porque para eso último resulta claro que la ley estableció, tanto bajo la égida de la ley 167 de 1941 como bajo el actual Código, como motivo o finalidad, una acción diferente: la antaño llamada " de plena jurisdicción " y ahora, " acción de nulidad y restablecimiento del derecho ". En otras palabras, el sentido, la orientación y la inteligencia de la doctrina de los

móviles y finalidades expuestas en 1961 y aclarada a sentencia de 8 de agosto de 1972, fundamentalmente se mantiene a la luz de las nuevas normatividades.

3- *El caso sub-lite.*

3.1.- Solicita textualmente la demanda que tiene ahora la Sala en análisis para resolver la presente súplica, las siguientes declaraciones:

" 1. Decláranse nulas las Resoluciones números 1206 del 3 de noviembre de 1983 (sic) y 0622 del 10 de agosto de 1990 de la Superintendencia de Control de Cambios por medio de las cuales, entre otras cosas, se impuso y se confirmó una multa en cuantía de $182.648.324.00 al señor Juan Claudio Morales González.

2. Comuníquese lo resuelto al señor Ministro de Hacienda y al señor Superintendente de Control de Cambios.

3. El presente fallo se cumplirá según lo ordenado en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo (Decreto número 01 de 1984)."

3.2.- Infiérese de lo visto que el señor Juan Claudio Morales González, o sea, el mismo demandante, dirige la acción contra los actos cuya nulidad impetra, sólo en cuanto a él -persona individual- lo afectan, no obstante que ellos también imponen multas, en diversas cuantías, a otras personas naturales y jurídicas. Pide también que lo resuelto acerca de la anulación de esos actos y en cuanto a él atañe, se comunique al señor Ministro de Hacienda y al señor Superintendente de Control de Cambios, lo que significa que su solicitud va dirigida hacia el no pago, por él, de esa multa, que tiene una cuantía, lo que encierra un restablecimiento del derecho que consiste en no pagar la multa como consecuencia de la anulación de los actos que se la impusieron. Y agrega que ese fallo se cumpla según lo ordenado en los arts. 176 y 177 del C.C.A.

3.3.- Es, pues, evidente, que el motivo y la finalidad del demandante no es la defensa de la objetividad propia o impropia de carácter abstracto, sino que sólo los circunscribe en cuanto a él lo han afectado, amén de que pide una consecuencia para esa anulación, que encierra la cancelación de pagar una obligación *suya,* de una obligación que gravita sobre él, que es la de pagar la multa. Y en eso consiste el motivo y esa es la finalidad que se adecúan a los determinados por la acción de nulidad y restablecimiento del derecho diseñada por el art. 85 del C.C.A.

3.4.- Asiste, pues, razón a la Sección Primera al tener esta acción presentada por el doctor Juan Claudio Morales González en su propio nombre como de " nulidad y restablecimiento del derecho " y que, en tal virtud, y atendiendo la cuantía

de la sanción impuesta por actos acusados, haya determinado la competencia como de asunto propio para ser conocido en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. No encuentra la Sala que se haya ignorado por el auto recurrido en súplica extraordinaria la " doctrina de los motivos y finalidades " adoptada en sentencia de 10 de agosto de 1961 por la Sala de lo Contencioso Administrativo y de allí que no quepa la información de la providencia objeto de este recurso.

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,

RESUELVE :

No se infirma el auto de 31 de enero de 1991, proferido por la Sección Primera de la corporación en este asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y VUELVA EL EXPEDIENTE A LA SECCION DE SU ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 7 de mayo de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo,* Aclara voto; *Jose Joaquín Camacho, Guillermo Chahín Lizcano,* Salva voto; *Clara Forero de Castro, Clara González de Barliza, Amado Gutiérrez Velásquez,* Aclara voto; *Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila,* Aclara voto; *Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

DEMANDA-Inadmisión/ **COMPETENCIA/ NULIDAD PROCESAL** (Salvamento de voto)

Como quiera que la Sección Primera profirió auto inadmisorio de la demanda, cuando tal providencia está atribuida al señor Ponente, precisamente para que ante la Sala de la Sección pueda interponerse el recurso de súplica ordinario, estimo que se produjo una nulidad procesal por aplicación de un procedimiento no previsto en la ley.

Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. S-180. Actor: Juan Claudio Morales González. Recurso extraordinario de súplica.

Con todo respeto manifiesto mi disentimiento con respecto a la decisión de la Sala Plena por medio de la cual se avocó el conocimiento y se resolvió el recurso de súplica extraordinaria intentado contra el auto inadmisorio de la demanda.

Como quiera que la Sección Primera profirió auto inadmisorio de la demanda, cuando tal providencia está atribuída al señor Ponente, precisamente para que ante la Sala de la Sección pueda interponerse el recurso de súplica ordinario, estimo que se produjo una nulidad procesal por aplicación de un procedimiento no previsto en la ley, cuya ocurrencia genera nulidad insubsanable que se transmite a toda la actuación posterior. Por ello, advertida por la Sala Plena esta anómala situación, se ha debido tomar los correctivos del caso y no como se hizo, proceder a resolver de fondo el recurso, sustentando tal actitud en unos supuestos efectos prácticos.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut sup

DEMANDA-Inadmisión/ **COMPETENCIA**/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**- Improcedencia (Aclaración de voto)

Se trata de un recurso de súplica extraordinario, interpuesto, concedido y resuelto, en relación con un auto inadmisorio de la demanda, contra el cual lo procedente era el recurso ordinario de súplica. Ante la irregularidad, era inútil retrotraer la actuación porque ya se sabía cuál era el criterio del resto de la Sala, lo que no obstante no habilita a la Sala Plena para conocer de un recurso extraordinario que la ley no contempla para el presente caso; lo indicado era un fallo inhibitorio.

Aclaración de Voto del Consejero Doctor Carlos Ramírez Arcila.

Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. S-180. Actor: Juan Claudio Morales González.

En el presente caso se trata de un recurso de súplica extraordinario, interpuesto, concedido y resuelto, en relación con un auto inadmisorio de la demanda, contra el cual lo procedente era el recurso ordinario de súplica, pero que en el *sub-lite* se hizo inoperante en razón de que el auto lo profirió la Sala en lugar del ponente. (inciso 5 art. 143 C.C.A.)

Ante esta irregularidad, era inútil retrotraer la actuación porque ya se sabía cual era el criterio del resto de la Sala, lo que no obstante no habilita a la Sala Plena para conocer de un recurso extraordinario que la Ley no contempla para el presente caso, por lo cual no ha debido entrarse a la confrontación de sentencias sino que lo indicado era un fallo inhibitorio.

Carlos Ramírez Arcila.

Bogotá, D.E., 17 de mayo de 1991.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia/ **TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS** (Aclaración de voto)

No habiendo encontrado contradicción de la jurispruedencia invocada por el recurrente en súplica extraordinaria - la de los motivos y finalidades - con la sustentada por la Sección, se debió resolver declarando la no prosperidad del recurso, que no del modo que se hizo: infirmar el auto suplicado. Ello, porque bien se sabe que sólo cuando prospera la súplica es pertinente adentrarse en el examen de si se infirma o no el proveído suplicado.

Aclaración de Voto del Consejero de Estado Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. S-180. Actor: Juan Claudio Morales G.

No habiendo encontrado contradicción de la jurisprudencia invocada por el recurrente en súplica extraordinaria - la de los motivos y finalidades, sentada en sentencia de 10 de agosto de 1961 por la Sala de lo Contencioso Administrativo con ponencia del Dr. Carlos Gustavo Arrieta - con la que la Sección primera sustentó en el auto de 31 de enero de este año al inadmitir la demanda, se debió resolver declarando la no prosperidad del recurso, que no del modo como aparece consignado al fl. 321, de no infirmar el auto suplicado.

Ello, porque bien se sabe que solo cuando prospera la súplica es pertinente adentrarse en el examen de si se infirma o no el proveído suplicado.

Lo primero cuando la Sala Plena reitera el criterio jurisprudencial sentado en la providencia invocada para la confrontación; lo segundo, si decide cambiar su anterior criterio para acoger el sustentado en el interlocutorio o el fallo de la Sección objeto de la súplica. Es esos términos aclaro mi voto favorable a la decisión de la Sala Plena.

Amado Gutierrez Velasquez. Bogotá, Julio 4 de 1991.

REPUBLICA DE COLO
BIBLIOTECA
Corte Suprema de Justic

DEMANDA-Inadmisión/ **COMPETENCIA/ PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL** (Aclaración de voto)

La inadmisión de la demanda no debió dictarse por la Sala sino por el ponente. Es equivocado pensar que es de Sala porque la demanda contiene petición de suspensión provisional. No, el inadmisorio nunca podrá hacer sobre el estudio de la suspensión, porque éste sólo se podrá hacer el supuesto de la admisión del libelo. Al proceder así la Sección Primera desconoció las reglas de competencia e hizo imposible el único recurso viable. Pese a lo dicho y producido ya el error, lo más práctico fue resolver como lo hizo la Sala Plena, para evitar más dilaciones inútiles.

Aclaración de Voto, Carlos Betancur Jaramillo.

Ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente S-180. Actor: Juan Claudio Morales González.

Con todo respeto hago algunas precisiones a mi voto. El auto de enero 31 de 1991, por el cual la sección primera de la corporación inadmitió la demanda presentada por el Doctor Morales González, no debió dictarse por la sala sino por el ponente.

En esto se produjo el error que desencadenó los subsiguientes.

El auto inadmisorio de una demanda dictada por el Consejo de Estado (no en virtud de apelación se entiende) tendrá que proferirse en todos los casos por el ponente y solo será susceptible del recurso ordinario de súplica (artículo 183 del c.c.a.)

Es equivocado pensar que es de sala porque la demanda contiene petición de suspensión provisional. No, el inadmisorio nunca podrá hacer el estudio de la suspensión, porque éste sólo se podrá hacer sobre el supuesto de la admisión del libelo. Al proceder así la sección primera desconoció las reglas de competencia e hizo imposible el único recurso viable.

Pese a lo dicho y producido ya el error, lo más práctico fue resolver como lo hizo la sala plena, para evitar más dilaciones inútiles. Por eso mismo no salvo el voto sino que lo aclaro.

Anoto que las razones expuestas en el auto de enero 31 de 1991 son inobjetables. Pero debieron ser dictadas por el ponente y no por la sala.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Bogotá D.E. junio 27 de 1991.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/ **JURISPRUDENCIA**-Concepto

Como se deduce del texto del artículo 130 C.C.A., de acuerdo con su nueva versión y en lo atinente al recurso cuya filosofía ahora se analiza, no cabe hesitación alguna acerca de que la " Jurisprudencia " contrariada por la doctrina acogida por una de las secciones, sea la " de la corporación", es decir, la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. No es porque los pronunciamientos o interpretaciones o teorías aprobados por una de las secciones no sea jurisprudencia, sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la Corporación, y aquí " corporación" tiene la acepción específica de " Sala Plena de lo Contencioso Administrativo". La Sala Plena bien puede adoptar la nueva doctrina de la sección que haya dictado la providencia porque la encuentra afortunada, abandonando la anterior, bien puede no estar de acuerdo con ella e infirmar el pronunciamiento de la sección que haya distorsionado su perspectiva sobre el asunto; si lo primero acontece, la Sala Plena habrá " aprobado " el cambio doctrinal y habrá hecho suya dicha jurisprudencia de la sección.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Radicado No. S-161. Actor y recurrente: Magdalena Oil Company (antes Amoco Colombia Oil Company). Recurso Extraordinario de Suplica.

Decídese el recurso extraordinario de súplica interpuesto, a través de apoderado especial constituido por quien afirma es el representante legal en Colombia de MAGDALENA OIL COMPANY (antes AMOCO COLOMBIA OIL COM-

PANY), contra la sentencia de segunda instancia dictada a 1o. de junio de 1990 por la Sección Cuarta de esta Sala, por medio de la cual confirmó el fallo de mérito proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda- el 13 de febrero de 1988, que denegó las súplicas de la demanda.

Sea pertinente aclarar, en primer término: con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá - Oficina Principal- que se acompañó al memorial - poder para la interposición del presente recurso extraordinario, se ha demostrado la existencia de MAGDALENA OIL COMPANY (según la escritura 3.015, Notaría 5a. de Bogotá, del 25 de abril de 1990, inscrita en la Cámara bajo el No. 13.733, Libro VI, 30 de abril del mismo año), que es la nueva razón de la antes denominada AMOCO COLOMBIA OIL COMPANY, que es sucursal en Colombia de PANAMERICAN COLOMBIAN OIL COMPANY, domiciliada en Wilmington, Delawere U.S.A. Igualmente, dicha certificación demuestra que quien otorga el poder es uno de los actuales representantes legales de la persona jurídica en cuestión en territorio colombiano (fols. 221 a 228, cuad, princ.).

Por auto fechado a diez de agosto de mil novecientos noventa (fol. 238, ibídem), la Sección Cuarta de la Corporación concedió el señalado medio extraordinario de impugnación. Fue interpuesto el 27 de julio del año mencionado, es decir, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la providencia (fol. 219), tal como lo dispone el segundo inciso del art. 130 del C.C.A., al tenor de la subrogación del art. 21 del decreto - ley 2304 de 1989.

ANTECEDENTES

1.1.- Contra la Nación, representada por el director de Impuestos Nacionales, AMOCO COLOMBIA OIL COMPANY presentó demanda para impetrar la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales fueron establecidos los impuestos de renta y complementarios a cargo de la actora por el año gravable de 1981, contenidos en la liquidación de revisión No. 100224 de 19 de julio de 1984, originaria de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos Nacionalesde Bogotá y en la resolución No.A-243-P de 26 de abril de 1986 de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá.

1.2.- A manera de restablecimiento del derecho solicitó la demandante se le deje en firme su liquidación privada, por cuanto: a) no es procedente la comparación patrimonial para determinar la renta gravable por el año de 1981 y b) tampoco es procedente, en caso de que se prescinda de la comparación patrimonial, la adición a la base gravable de las siguientes partidas: 1- Diferencia de inventarios entre 1980 y 1981 en cuantía de $1.684.000; 2- Gastos de otras vigencias por $491.638 y c) Gastos por falta de comprobación en cuantía de $28.378.089.

1.3.- Asimismo pidió que se ordene, como consecuencia de lo anterior, la devolución de las sumas pagadas en exceso por el contribuyente.

II- DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO

2.2.- Como fundamento legal de la procedencia del recurso de súplica interpuesto, se cita y transcribe el art. 2o. de la ley 11 de 1975, agregando que " la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que el mencionado recurso continúa vigente, a pesar de la reforma del Código Contencioso Administrativo contenida en el Decreto-Ley No. 1 de 1984, conforme a la sentencia del 30 de agosto de 1984."

2.2.- Seguidamente, después de analizar los requisitos para la prosperidad del recurso en cuestión según el criterio sentado por un tratadista a propósito del tema en 1978 y de lo que ha de entenderse por " jurisprudencia " para los efectos del decreto-ley 528 de 1964, critica los alcances que a ello le diera la sentencia de 25 de marzo de 1981, acogiendo la tesis sostenida en aquella época por el Consejero Carlos Betancur Jaramillo en su salvamento de voto.

2.3.- Estima el recurrente que la base doctrinaria que el fallo impugnado establece para denegar las peticiones de la actora, o sea, lo atinente a que desestime el factor de comparación patrimonial para determinar la renta gravable, desconoce jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el tópico, en sentencias de 10 de febrero de 1984 y de 30 de noviembre del igual año, ambas de la Sección Cuarta. En efecto, dice, mientras la providencia ahora recurrida sostiene que " *no es suficiente la demostración de haber sobrevenido objetivamente el mayor valor discutido, en virtud de pactos o convenios privados, en principios ajustados a la ley como tales, sino que es imprescindible la prueba de que, en la práctica, estos se mantuvieron rigurosamente sujetos a las normas legales y reglamentarias a su ejecución y cumplimiento, en forma que es objeto de interés jurídico y sus resultados deben tenerse por " justificados "*, la primera de las sentencias cuya jurisprudencia se abandona predica que en materia de comparación patrimonial, " *la legislación es amplia al permitir que el contribuyente pruebe cualquier explicación que considere justa y real para explicar aumentos patrimoniales* ", agregando más adelante que de esa suerte, " *el patrimonio gravable a 31 de diciembre de cada año se compara con el patrimonio gravable a 31 de diciembre anterior, si el aumento patrimonial es superior a la renta gravable, al contribuyente se le aceptan todas las pruebas que lleven al conocimiento de que la explicación es satisfactoria. Muchas veces esa explicación no sirve sino para tal fin: para garantizar plenamente que el aumento patrimonial es real y que no oculta detrás de él una renta no declarada o un enriquecimiento no justificado con la renta gravable declarada* ". (Diccionario Jurídico - Editora Jurídica de Colombia - año 1984 - Tomo VI, pág. 368).

2.4.- Algo similar ocurre, afirma el recurrente, respecto a la segunda sentencia, en la de 30 de noviembre de 1984 - remitiéndose a la copia informal de ella que aparece a folios 4 y 5 del cuaderno principal de este expediente-, porque allí se dijo que "*para demostrar la importación de capital proveniente de la casa matriz* " para justificar el aumento patrimonial, basta comprobarlo " *con los asientos de contabilidad y con el dictamen pericial rendido por los auxiliares de la justicia* " quedando así acreditado un incremento patrimonial aceptado por la ley.

2.5.- Expresa, pues, el recurrente: a) que el recurso de súplica que interpone es procedente; b) que la sentencia recurrida es contraria a jurisprudencia anterior del Consejo de Estado, al hacer prevalecer condiciones de orden puramente formal sobre el contenido económico de las causas que explican el incremento patrimonial; c) que como consecuencia de la " violación de la jurisprudencia anterior del H. Consejo de Estado, el contribuyente que representó ha resultado injustamente gravado con el impuesto sobre la renta, ya que lo que era una importación de capital para exploración de petróleos en Colombia, ha quedado gravado como renta, por virtud de la aplicación del sistema de comparación patrimonial."

2.6.- Concluye entonces en el sentido de que, por todo ello, se revoque la sentencia recurrida y que, en su lugar se declare que no hay lugar a establecer la renta por el sistema de comparación de patrimonios, en razón de lo cual debe regresar a la liquidación privada del contribuyente y declarar que el valor en ésta determinado corresponde al que se debe pagar por impuestos de renta y complementarios del año gravable de 1981.

III- CONSIDERACIONES DE LA SALA PLENA

3.1.- Ha de recordarse, antes que todo, que el régimen jurídico - procesal del denominado " recurso de súplica " extraordinario sufrió un cambio en sus lineamientos en virtud de la nueva definición que de él da el art. 130 del C.C.A., tal como quedó al haberlo subrogado el art. 21 del decreto - ley 2304 de 1989, vigente a partir del 7 de octubre de dicho año (art. 68). El texto en cuestión, en efecto dice a la letra, en lo pertinente:

"*Artículo 130.- Recursos extraordinarios y asuntos remitidos por las secciones.* Habrá recurso de súplica, ante la Sala Plena de lo contencioso - administrativo, excluidos los consejeros de la sala que profirió la decisión, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, sin la aprobación de la sala plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación.

..."

Ya no es, por consiguiente, fuente legal del recurso extraordinario de súplica, como parece creerlo el impugnante, el art. 2o. de la ley 11 de 1975, ni tampoco tiene

ya fuerza lo que dijera la Corte Suprema de Justicia acerca de que el mismo "continúa vigente, a pesar de la reforma del Código Contencioso Administrativo contenida en el decreto - ley # 1 de 1984 ". Hoy tal norma no es más que el origen histórico del recurso extraordinario en cuestión, instituido como sistema tendiente a mantener la uniformidad jurisprudencial del Consejo de Estado cuando, en virtud de su división en secciones de su sala de lo Contencioso - Administrativo (decreto - ley 528 de 1964), se estimó útil y necesario garantizar o resguardar su unidad doctrinaria en materias jurídicas.

De modo que los discutibles alcances o ribetes que la famosa sentencia del 25 de marzo de 1981 de Sala Plena (expediente No. 10392, actor: Dionisio Ariza, consejero ponente: doctor Carmelo Martínez Conn) le diese a qué debía entenderse por " jurisprudencia contrariada " dentro de las pautas del mencionado art. 2o. de la ley 11 de 1975, actualmente sólo tendría aplicabilidad para aquellos recursos extraordinarios de súplica interpuestos *antes* de entrar en vigencia del decreto - ley 2304 de 1989, lo que no ocurre, ciertamente, en el caso de autos, dado que, se repite para mayor claridad, se interpuso el 27 de julio de 1990.

Como se deduce del simple texto del art. 130 del C.C.A., de acuerdo a su nueva versión y en lo atinente al recurso cuya filosofía ahora se analiza, no cabe hesitación alguna acerca de que la " *jurisprudencia* " contrariada por la doctrina acogida por una de las secciones, sea la " *de la corporación,* es decir, la de la Sala Plena de lo Contencioso-Administrativo del Consejo de Estado." No es porque los pronunciamientos o interpretaciones o teorías aprobadas por una de las secciones no sea jurisprudencia -porque conforme al Diccionario de la Lengua Española (vigésima edición -1984-), jurisprudencia es el " conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrina que contienen "-, sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la corporación, y aquí " corporación " tiene la acepción específica de " sala plena de lo contencioso - administrativo ". Obsérvese como la norma que se analiza dice que ese recurso, el de súplica, ha de tener prosperidad " contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando, *sin la aprobación de la sala plena,* se acoja doctrina *contraria a la jurisprudencia de la corporación."*

3.2. Como se ha visto antes, las sentencias que el recurrente en súplica estima " violadas " o, por mejor decir, contrariadas por la doctrina expuesta en la providencia de 1o. de junio de 1990, son, ambas, de la propia Sección Cuarta. La primera de ellas, de 10 de febrero de 1984 fue dictada en el expediente No. 7669, actor: Sociedad Pensoil del Caribe S.A., consejero ponente, Víctor Corredor Rodríguez; algo similar acontece con la segunda, que es de 30 de noviembre de dicho año, expediente No. 7669, actor: Sociedad Pensoil del Caribe S.A., consejero ponente Víctor Corredor Rodríguez.

En estas circunstancias, la Sala Plena no puede cotejar si la doctrina sentada por la Sección Cuarta en su sentencia de 1o. de junio de 1990 es distinta o no a la sostenida por ella misma en sus pronunciamientos de 10 de febrero de 1984 y de 30 de noviembre de ese año. La norma legal que le da apoyo al recurso no lo quiere así, amén de que sería ilógico pretender que las tesis establecidas por una sección sobre un tema determinado permaneciesen inalterables a través del tiempo.

La finalidad del recurso extraordinario de súplica no es otra que procurar que se mantenga una unidad y una continuidad entre las secciones y la sala plena de lo contencioso - administrativo de la que forman parte, integrantes como son aquélla y ésta de una corporación jurisdiccional. La Sala Plena, reunión de las secciones, es la confluencia de las mismas y lo señalado por ella establece el pensamiento del Consejo en una materia dada, no así lo sentado por las secciones que bien puedan variar sus doctrinas sin que por ello desconozcan jurisprudencias de la corporación.

Y es claro que la Sala Plena bien puede adoptar la nueva doctrina de la sección que haya dictado la providencia porque la encuentra afortunada, abandonando la anterior, bien puede no estar de acuerdo con ella e infirmar el pronunciamiento de la sección que haya distorsionado su perspectiva sobre el asunto; si lo primero acontece, la sala plena habrá " aprobado " el cambio doctrinal y habrá hecho *suya* dicha jurisprudencia de la sección.

3.3.- Comoquiera entonces que las providencias aducidas por el recurrente como contrariadas no son de esta Sala Plena sino de la propia Sección Cuarta, habrá de abstenerse de infirmar la sentencia suplicada.

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

F A L L A :

NO PROSPERA EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA CONTRA LA SENTENCIA DE 1o. DE JUNIO DE 1990 PROFERIDA POR LA SECCION CUARTA.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión celebrada el día 25 de junio de 1991.

Carlos Betancur Jaramillo, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, José Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Aclara voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Julio César Uribe Acosta,* Aclara voto; *Diego Younes Moreno, José Ignacio Narvaez García,* Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Aclaración de voto)

Por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de súplica, pues ello equivaldría a sorprender al impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una injusticia. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma la anterior, pero nada más.

Aclaración de Voto.- Santafé de Bogotá D.C. Julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero: *Doctor Julio César Uribe Acosta.*

Referencia: Expediente No. S - 161 -. Actor: Amoco Oil Company.

Comparto la decisión de fondo que se toma en la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, calendada el día cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), pero deseo aclarar que no hago mía la perspectiva que se recoge en el siguiente párrafo de la misma, donde se discurre dentro del siguiente universo:

> " Y es claro que la Sala Plena bien puede adoptar la nueva doctrina de la sección que haya dictado la providencia porque la encuentra afortunada, abandonando la anterior, bien puede no estar de acuerdo con ella en infirmar el pronunciamiento de la sección que haya distorsionado su perspectiva sobre el asunto; si lo primero acontece, la sala plena habrá "aprobado " el cambio de doctrina y habrá hecho *suya* dicha jurisprudencia de la sección.".

Estimo que, por razones de justicia, de seguridad jurídica y de certeza, la Sala Plena no puede cambiar la jurisprudencia en que se apoya el recurso de Súplica, pues ello equivaldría a sorprender al impugnante en pleno debate procesal, máxime si al proceder así comete una INJUSTICIA. Cuando el fallador encuentre que se impone un cambio de jurisprudencia, debe anunciarlo en el fallo que confirma la anterior, pero nada más. En esta materia hago mías las palabras del gran jurista americano HOLMES, cuando afirma:

> " Si un grupo de casos trata el mismo punto, las partes esperan la misma decisión. Sería una gran injusticia decidir casos semejantes según principios opuestos. Si un caso se decidió en mi contra ayer cuando yo era el demandado, buscaré la misma sentencia hoy que soy el demandante. Decidir en forma diferente haría surgir un sentimiento de resentimiento y agravio en mi pecho, sería una infracción material y moral de mis derechos.". (Cita de Benjamín Cardozo. La Naturaleza de la Función Judicial. Arayu, pág. 21).

Atentamente,

JULIO CESAR URIBE ACOSTA

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Aclaración de voto)

La decisión mayoritaria en el presente caso conduce a que no obstante admitir que se acogió doctrina distinta a la de la Corporación en el fallo de sección, sin la previa aprobación de aquélla, que es la causal o fundamento legal del recurso, éste no está llamado a prosperar por cuanto con ello la Sala Plena habrá " aprobado " el cambio de doctrina y habrá hecho suya dicha jurisprudencia de la Sección, lo cual considero no sólo absurdo sino injurídico.

ACLARACION DE VOTO

Consejero: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente # S-161. Actor: Amoco Oil Company. Recurso extraordinario de súplica.

Adhiero a lo expresado por el señor consejero, doctor JULIO CESAR URIBE ACOSTA, en su aclaración de voto a la sentencia de cuatro (4) de julio del presente año de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, por recoger los planteamientos que el suscrito consejero de Estado, en la sesión de la Sala en donde se aprobó la ponencia presentada, hizo en relación con la posibilidad de que la Sala Plena de lo Contencioso puede cambiar la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso extraordinario de súplica, lo que conduce a que no obstante admitir que se acogió doctrina distinta a la de la Corporación en el fallo de sección, sin la previa aprobación de aquella, que es la causal o fundamento legal del recurso, éste no está llamado a prosperar por cuanto con ello la Sala Plena habrá " aprobado " el cambio de doctrina y habrá hecho suya dicha jurisprudencia de la Sección, lo cual considero no sólo absurdo sino injurídico.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha Ut Supra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia/ **ACTO COMPLEJO**

A pesar de existir contradicción jurisprudencial entre el fallo suplicado y las sentencias citadas como contrariadas, tal jurisprudencia fue moficada en fallo de Sala Plena, posterior a la interposición del recurso extraordinario de súplica. Según esta nueva jurisprudencia, si existe un acto aprobatorio de otro inicial, los dos deben ser objeto de impugnación, o sea que coincide en un todo con lo sostenido por la Sección Segunda en la sentencia recurrida, razón por la cual no se dan los presupuestos para que prospere el recurso en mención.

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

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación S-070. Actor: Carlos Hernández López. Recurso extraordinario de Súplica contra sentencia de Agosto 19 de 1988 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Resuelve la Sala el recurso de súplica interpuesto contra la sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 19 de agosto de 1988, mediante la cual se revocó la sentencia del *a-quo* y declaró que no había lugar a un pronunciamiento de fondo, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor Carlos Hernández López.

ANTECEDENTES :

El actor Carlos Hernández López, fue desvinculado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento contenida en la Resolución No. G-517 del 1o. de octubre de 1981 del Gerente de la citada Empresa (folio 12) la cual fue aprobada mediante Resolución No.26 de octubre 1o. de 1981 de la Junta Directiva de la misma Empresa (folio 11).

El día 2 de octubre se llevó a cabo la diligencia de notificación, de la primera de las citadas resoluciones, según constancia que aparece al folio 12 vuelto del expediente en donde se lee:

> " En la fecha notifiqué personalmente al Señor Ingeniero CARLOS HERNANDEZ LOPEZ, quien se identificó con la C.C. No.2.886.126 de Bogotá el contenido de la Resolución de Gerencia No. 517 del 1o. de octubre de 1981, la cual fue aprobada por la Resolución No. 026 de octubre 1o. de 1981, de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.
>
> Por ser el Acto que se notifica, el ejercicio de una facultad discrecional de la autoridad nominadora, no procede recurso alguno por la vía gubernativa."

En la demanda presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución No. G-517 del 1o. de octubre de 1981 y no se hizo ninguna referencia a la Resolución aprobatoria, la No. 026 de la misma fecha proferida por la Junta Directiva de la Empresa.

El *a-quo* resolvió favorablemente las peticiones de la demanda y su decisión fue apelada por la apoderada de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó la decisión apelada y declaró que no había lugar a pronunciamiento de mérito sobre las pretensiones de la demanda.

La anterior decisión se fundamentó en el hecho de que no se demandó la Resolución de la Junta Directiva de la Empresa, aprobatoria de la que declaró la insubsistencia cuestionada.

EL RECURSO DE SUPLICA

El Señor Apoderado de la parte actora interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la anterior decisión y citó como jurisprudencia contrariada las siguientes providencias:

- Sentencia del 2 de junio de 1953 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, expediente 3079.

- Auto del 14 de abril de 1964 de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

- Sentencia del 15 de julio de 1963. Ponente: Doctor Alejandro Domínguez Molina.

- Sentencia del 28 de julio de 1980. Expediente 3170. Sección Primera del Consejo de Estado. Ponente: Doctor Jacobo Pérez Escobar.

- Auto del 21 de marzo de 1980. Sección Primera del Consejo de Estado. Expediente 3234.

- Auto del 16 de junio de 1975 de la Sección Primera del Consejo de Estado. Expediente 2278.

- Sentencia de 24 de octubre de 1972. Sala Plena. Expediente No. 27. Ponente: Doctor Carlos Portocarrero Mutis.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con la tesis jurisprudencial acogida por la Sala, el análisis para resolver el recurso extraordinario de súplica se refiere a las decisiones de la Sala Plena o antigua Sala de lo Contencioso Administrativo o Sala de Negocios Generales y no a las providencias de las secciones del Consejo de Estado.

A ello se procede a continuación:

1. Sentencia de 2 de junio de 1953, Sala de lo Contencioso Administrativo. Se afirma en esta providencia:

> " Quien acusa una resolución contra la cual se ha interpuesto un recurso, nada acusa; entre otras razones, porque apenas habrá para qué advertir que una resolución que está reclamada no vincula legalmente, ni crea derechos ni obligaciones susceptibles de causar perjuicio, ya que aunque procesalmente deba tenérsela como existente, sin embargo su estabilidad y firmeza esta condicionada, por imperio legal, al resultado del recurso. Este resultado, o lo que es lo mismo, la resolución que lo contiene, es el que efectivamente crea la determinación cierta de la Administración y como tal la única que está llamada administrativamente a producir no sólo su efecto propio, sino a comunicárselo a la resolución contentiva de la determinación materia del recurso.
>
> " Cosa distinta, sin embargo, sucede cuando la resolución que decide el recurso de reposición o apelación contiene puntos nuevos, o modifica o aclara o

reforma en alguna manera la resolución primitiva, pues entonces, para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo pueda decidir de manera completa sobre todos los puntos de la controversia, es obvio que deben demandarse las dos resoluciones que, complementándose entre sí, prestan unidad al acto administrativo. El juzgador, en cada caso, deberá apreciar estas circunstancias.

" Pero cuando, como en el caso presente, la segunda resolución no hace sino confirmar la primera y, además involucra dentro de su parte resolutiva lo resuelto en la primera de las providencias, resulta inoficioso e innecesario obligar al demandante a acusar los dos actos administrativos, ya que el primero está expresa y virtualmente contenido en el segundo ".

2. Auto de abril 14 de 1964, Sala de lo Contencioso Administrativo. Esta providencia interpretando el espíritu de la Ley 167 de 1941, afirma que los derechos que se originen en los hechos administrativos son distintos de los llamados derechos civiles y caen bajo la jurisdicción especial de lo Contencioso Administrativo para el restablecimiento del derecho desconocido y al efecto precisa que:

"...si la acción ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no pudiera incoarse con base en un acto formal, como Decreto, Resolución, Circular, Oficio, etc, se llegaría a consagrar la arbitrariedad como sistema de gobierno, pues los gobernados carecerían de los medios legales oportunos y eficaces para proteger sus personas y derechos: y a los gobernantes para reunir las consecuencias inmediatas de su conducta ilegal, les bastaría con abstenerse de dejar la constancia que ese acto formal significa, y la jurisdicción especial no cumpliría a cabalidad con la función constitucional de lo Contencioso Administrativo".

3. Sentencia del 15 de julio de 1963. Sala de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: doctor Alejandro Domínguez Molina.

" Controvierten los expositores de Derecho Administrativo si la aprobación y el acto aprobado forman o no un acto complejo. Sostienen algunos la negativa, pues consideran que la aprobación es acto administrativo independiente del sometido a ella, que éste y la aprobación no forman un acto complejo ' porque no existe, en realidad, fusión de voluntades del ente controlante y el controlado, y falta, además, la unidad de fin que es característica del acto complejo '. (El Acto Administrativo, Manuel María Díez, edición 1961, pág. 136).

" Pero, aunque se admita la tesis opuesta, es decir la de que sí hay acto complejo, no se llegaría necesariamente a la conclusión de que la demanda sea inepta porque acusa unicamente al acto de aprobación.

" En efecto: es cierto que el Consejo en numerosos fallos ha sostenido que cuando se trata de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan en forma separada en orden al mismo objeto -actos complejos-, debe acusarse el conjunto, para que la jurisdicción Contencioso - Administrativa tenga competencia para revisar y resolver sobre todo el proceso de formación del acto y se evite que, por la acusación de uno de los actos que lo componen, pueda llegarse al resultado de que al ser anulado, los demás conserven su vigencia y se haga estéril la sentencia. Pero la misma jurisprudencia de la Corporación ha aceptado que si por la anulación de uno solo de los actos que integran el acto complejo, dejan de existir jurídicamente los demás, es evidente que no hay necesidad de acusarlos a todos. Esto ocurre indudablemente cuando, como en el caso de autos, se ha demandado unicamente el acto de aprobación y la acción no se ha enderezado también contra el acto aprobado, por que si éste carece de eficacia jurídica, o como dice Bielsa ' no tiene vitalidad definitiva hasta que el órgano o autoridad competente lo apruebe ' (Derecho Administrativo, 5a. Ed., T. II, pág.41), si se llegara a anular el acto aprobatorio, necesariamente perdería su eficacia o vitalidad jurídica el acto aprobado ".

4. Sentencia de 24 de octubre de 1972. Sala Plena. Expediente No.27, Ponente: doctor Carlos Portocarrero Mutis. Se refiere esta sentencia a la teoría del acto complejo, concretamente a la conformación del mismo para concluir que en el caso allí discutido no existe acto complejo.

Del análisis de las transcripciones anteriores puede establecerse la contradicción jurisprudencial entre el fallo suplicado y las sentencias de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, proferidas el 2 de junio de 1953 en el expediente No. 3079 y el 15 de julio de 1963, Ponente doctor Alejandro Domínguez Molina, citadas por el recurrente.

Sin embargo, la jurisprudencia mencionada, fue modificada mediante sentencia de 12 de diciembre de 1988, dictada en el proceso No. S-047, de esta Sala, en la cual se ratificó la tesis adoptada por la Sección Primera en sentencia de 10 de septiembre de 1982. Se dijo en la mencionada sentencia de la Sala Plena:

" El escrito que impropiamente fue llamado corrección de la demanda, fue presentado oportunamente el 27 de mayo siguiente pero extrañamente, se insiste, no se solicitó la nulidad del acto definitivo (Acuerdo No.075) que mantuvo el Acuerdo No. 306, con el cual éste constituía una unidad jurídica que debió haberse atacado en su totalidad si se quería obtener una declaración eficaz de nulidad, tratándose de una acción de plena jurisdicción como la presente ".

" Al no haberse demandado los dos acuerdos mencionados el actor se colocó, él mismo, en imposibilidad de obtener lo buscado, pues al no demandar el

acuerdo final no sería posible el restablecimiento del derecho pretendido por el actor ".

" En efecto, en el evento de que se declarara la nulidad del acuerdo No. 306 dejando vigente el No. 075 que lo mantiene, se haría una declaración ineficaz o inocua del derecho que produciría el efecto deseado. Se trata entonces en el caso presente de una demanda sustantivamente inepta que impide que se pueda fallar de fondo el asunto que se plantea '.

Según la jurisprudencia transcrita, que es la que actualmente sostiene la Sala, si existe un acto aprobatorio de otro inicial, los dos deben ser objeto de impugnación, o sea que coincide en un todo con lo sostenido por la Sección Segunda de ésta Corporación en la sentencia recurrida, razón por la cual, no se dan los presupuestos para que prospere el recurso extraordinario de súplica.

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,

F A L L A :

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

Se reconoce al Doctor ROBERTO RODRIGUEZ D' ALEMAN como apoderado sustitutivo del doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

Reconócese personería a la Doctora SILVIA ROCIO CASTILLO MEDINA, como apoderada sustitutiva de la Doctora FANNY VELASQUEZ RUIZ de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D.E., según memorial anexo.

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; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,* Salva el Voto; *Miren de la Lombana de M., Miguel González Rodríguez,* Aclaración; *Amado Gutiérrez Velásquez, Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure,* Ausente;

Los Consejeros:

Libardo Rodríguez Rodríguez, Salva el Voto; *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suarez Hernández,* Salva el Voto; *Julio César Uribe Acosta,* Salva el Voto.

Nubia González Cerón, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: El salvamento de voto del Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta es el mismo suscrito con motivo del estudio del expediente S-161, Actor: Amoco Colombia Oil Company (hoy Magdalena Oil Company), fallo de 4 de julio de 1991, ponente Dr. Alvaro Lecompte Luna, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, publicado en este mismo tomo de Anales.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Salvamento de voto)

Me parece ilógico, además de injusto, el que se le pueda decir al recurrente en súplica extraordinaria, como razón de la no prosperidad de su recurso, que los fundamentos jurídicos en que se apoyó para proponerlo son válidos y correctos, pero que por haber sido modificados por el Consejo de Estado con posterioridad a la interposición del recurso carecen de la efectividad necesaria para generar una sentencia favorable a sus intereses. No comparto, además, la tesis mayoritaria que restringe el concepto de jurisprudencia a las providencias de la Sala Plena de la Corporación.

Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consejero ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. S-070. Actor: Carlos Hernández López.

Dos son los motivos que me llevan a separarme de la decisión mayoritaria en este proceso, los cuales quiero dejar consignados, no sin hacer constar previamente el respeto y acatamiento que debo a la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación.

El primero de ellos, en mi sentir el fundamental, dice relación con el hecho de que me parece ilógico, además de injusto, el que se le pueda decir al recurrente en súplica extraordinaria, como razón de la no prosperidad de su recurso, que los

fundamentos jurídicos en que se apoyó para proponerlo son válidos y correctos, pero que por haber sido modificados por el Consejo de Estado con posterioridad a la interposición del recurso carecen de la efectividad necesaria para generar una sentencia favorable a sus intereses.

En efecto, se afirma en la sentencia que critico, que el recurrente tiene razón cuando expone que la sentencia recurrida contradice jurisprudencia anterior de la Sala Plena, pero que aún así el recurso no está llamado a prosperar por cuanto la misma Corporación con posterioridad a la interposición del recurso varió la doctrina, estableciendo nueva interpretación que no apareja ya la contradicción señalada. No comparto esta curiosa filosofía que pudiera sintetizarse en la fórmula de que el jugador gana pero pierde, y más bien considero que demostrada como está la contradicción se debió darle prosperidad al recurso, máxime que la sentencia recurrida no podía purgar la nulidad de haber sido proferida con violación de tesis jurisprudenciales sostenidas por el Consejo de Estado, por el sólo hecho de que tales tesis se modificaron por la Corporación luego de la expedición de aquella.

El otro aspecto está referido a mi ya conocida tesis que propicia la aplicación del reglamento del Consejo de Estado en cuanto a la definición de lo que debe entenderse por jurisprudencia, puesto que no comparto la tesis mayoritaria que restringe dicho concepto a las providencias de la Sala Plena de la Corporación.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/ **ACTO COMPLEJO** (Salvamento de voto)

La Sala decidió dar prosperidad al recurso con fundamento en que con posterioridad a la interposición del mismo se había modificado la jurisprudencia reconocida como contrarida, fundamento que el suscrito no comparte por tratarse de jurisprudencia posterior al recurso, que podría servir como elemento de análisis para el nuevo fallo de instancia, pero no para decretar la no prosperidad del recurso. De otro lado, considero que no necesariamente es cierto que la declaratoria de nulidad de un acto que es aprobado por otro, sin que este último se haya demandado, o viceversa, sea ineficaz o inocua e implique, en consecuencia, un fallo inhibitorio.

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez contra la Sentencia de 9 de Julio de 1991.

Consejero ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. S-070. Actor: Carlos Hernández López.

Con el debido respeto me he apartado de la decisión mayoritaria contenida en el fallo que puso fin al proceso de la referencia, por las siguientes razones:

1a.- La sentencia de la Sección Segunda que es objeto del recurso extraordinario decidido mediante la sentencia de que trata este salvamento de voto es de fecha 23 de agosto de 1988. Mediante dicha sentencia se declaró que no había lugar a pronunciamiento de fondo porque solo se demando la Resolución que declaró la insubsistencia pero no la que aprobó esta última.

2a.- La sentencia reconoce expresamente que existió contradicción jurisprudencial entre el fallo suplicado y las sentencias de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, proferidas el 2 de junio de 1953 y el 15 de julio de 1963, citadas por el recurrente como fundamento de su recurso. Lo anterior era suficiente para que la Sala Plena diera prosperidad al recurso y procediera al estudio de un nuevo fallo de instancia, independientemente de que el resultado de este último llevara a la Sala a confirmar la sentencia de primera instancia o a revocarla coincidiendo así con el fallo de la Sección Segunda suplicado.

3a.- No obstante lo anterior, la Sala decidió no dar prosperidad al recurso con fundamento en que con posterioridad a la interposición del mismo se había modificado la jurisprudencia como contrariada, mediante sentencia del 12 de diciembre de 1988, fundamento que el suscrito Consejero no comparte por tratarse de jurisprudencia posterior al recurso, que podría servir como elemento de análisis para el nuevo fallo de instancia, pero no para decretar la no prosperidad del recurso.

4a.- Desde el punto de vista del fondo del asunto, el suscrito Consejero no comparte tampoco la aplicación llana y simple de la jurisprudencia contenida en la sentencia del 12 de diciembre de 1988, pues considero que no necesariamente es cierto que la declaratoria de nulidad de un acto que es aprobado por otro, sin que este último se haya demandado, o viceversa, sea ineficaz o inocua e implique, en consecuencia, un fallo inhibitorio. Me parece que lo anterior encuentra sustento en el simple hecho de que ha existido jurisprudencia contraria, como la reconocida por la misma Sala contenida en las ya citadas sentencias del 2 de junio de 1953 y del 15 de julio de 1963. Es decir, que una decisión inhibitoria no debe fundamentarse simplemente en que existé una jurisprudencia de la Sala Plena en tal sentido, pues ante el hecho de que ha existido jurisprudencia contraria debe analizarse si en el caso concreto se produciría o no la ineficacia o inocuidad de la decisión, con mayor razón cuando la nueva Constitución Política de Colombia, en su artículo 228 ha elevado a rango constitucional el principio de la prevalencia del derecho sustancial, que ya estaba consagrado a nivel legal en el artículo 4o. del Código de Procedimiento Civil.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Técnica/ **DEBIDO PROCESO/ DERECHO DE DEFENSA** (Salvamento de voto)

En materia de recursos, deberá hacerse el juzgamiento con lo vigente al momento de la interposición de aquéllos. Tesis contraria a este elemental principio envuelve violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejero ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Con el debido acatamiento a lo que decidió la mayoría de integrantes de la H. Sala Contenciosa, me vi en la necesidad de salvar mi voto a la sentencia de 9 de julio de 1991, según la cual no prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 23 de agosto de 1988, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Las razones para discrepar, son las siguientes:

a) En punto tocante con el recurso extraordinario de súplica, existen dos etapas bien diferenciadas sobre el concepto que ha de tenerse por JURISPRUDENCIA. En otros términos, si la decisión recurrida puede ser violatoria de la jurisprudencia sentada por las secciones del Consejo de Estado y obviamente, la jurisprudencia nacida de la Sala Plena Contenciosa, o, si como lo precisa la decisión de la cual me aparto, que es la tesis reiterada por la mayoría, solamente habrá de limitarse a la de la Sala Plena Contenciosa o a la de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo o Sala de Negocios Generales. El suscrito entiende que antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del art. 130 del C.C.A., las jurisprudencias de las secciones en que se encuentra dividido el Consejo de Estado, también deben de

tenerse en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de súplica; por el contrario, desde cuando entró en vigencia el citado Decreto 2304 de 1989, el recurrente tan solo podrá citar como infringidas " jurisprudencia de la Corporación ".

b) En el *sub-lite,* el recurso extraordinario de súplica se formuló el 8 de septiembre de 1988 (fl. 187) e invocó como violadas varias jurisprudencias de la Sala plena y de algunas secciones. Como para entonces el concepto de jurisprudencia lo precisaba el reglamento interno de la Corporación y éste decía que las decisiones de las secciones también hacían jurisprudencia, la Sala Plena debió estudiar el fondo del recurso de súplica, para confrontar la sentencia de 19 de agosto de 1988 de la Sección Segunda con las varias providencias señaladas por el recurrente.

c) A página 7 de la sentencia acogida por la mayoría (fl. 231), se lee:

" Sin embargo, la jurisprudencia mencionada, (se refiere a la del 2 de junio de 1953 y 15 de julio de 1963 de la antigua Sala Contencioso Administrativo), fue modificada mediante sentencia de 12 de diciembre de 1988, dictada en el proceso No. S-047, de esta Sala, en la Cual se ratificó la tesis adoptada por la Sección Primera en sentencia de 10 de septiembre de 1982 ".

Significa lo anterior que para rechazar el recurso extraordinario de súplica se tuvo en cuenta tesis o jurisprudencia *acogida por la Sala Plena con posterioridad a la interposición del recurso.* En efecto, se reitera que este se incoó el 8 de septiembre de 1988 y ahora se le juzga con base en jurisprudencia inexistente para entonces, dado que tan solo el 12 de diciembre de 1988, la Sala Plena acoge la que había sido sentada por la Sección Primera el 10 de septiembre de 1982.

En materia de recursos, deberá hacerse el juzgamiento con lo vigente al momento de la interposición de aquellos. Tesis contraria a este elemental principio envuelve violación del debido proceso y del derecho de defensa.

Por lo anterior, consideré durante la discusión del proyecto de sentencia, y, sigo considerando ahora, que el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 23 de agosto de 1988, ameritaba análisis de fondo para confrontarse con las jurisprudencias que el recurrente señaló como infringidas, después de lo cual muy seguramente el fallo hubiera sido distinto.

En los anteriores términos, respetuosamente, queda consignado mi salvamento de voto.

Daniel Suárez Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., 30 de julio de 1991.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica/ **ACTO COMPLEJO** (Aclaración de voto)

El recurso extraordinario interpuesto no estaba llamado a prosperar, no por cuanto la jurisprudencia invocada como contrariada hubiere sido modificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación en fallo posterior al recurso interpuesto, sino por cuanto la decisión de la Sección Segunda recurrida estuvo totalmente en consonancia con la jurisprudencia que se recoge en uno de los fallos citados como contrariados, sobre el tema de la impugnación de los actos complejos.

Aclaración del Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente # S-070. Actor: Carlos Hernández López.

En mi sentir el recurso extraordinario de súplica interpuesto no estaba llamado a prosperar, NO por cuanto la jurisprudencia invocada como contrariada hubiere sido modificada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, en sentencia de 12 de diciembre de 1988 (Expediente S-047), como se expresa en el fallo que lo decide, sino por cuanto la decisión de la Sección Segunda recurrida estuvo totalmente en consonancia con la jurisprudencia reiterada de la Corporación que se recoge en la sentencia de 15 de julio de 1963 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Alejandro Domínguez Molina, según la cual " cuando se trata de actos formados por el concurso de varias voluntades que actúan en forma separada en orden al mismo objeto - actos complejos -, debe acusarse el conjunto para que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tenga competencia para revisar y resolver sobre todo el proceso de formación del acto y se evite, por la acusación de uno de los actos que lo componen, que pueda llegarse al resultado de que al ser anulado, los demás conserven su vigencia y se

haga estéril la sentencia ", salvo el caso que se hubiere demandado tan sólo el acto de aprobación, dejando de lado la solicitud de anulación respecto al acto aprobado - como también se dijo en esa sentencia, que no es el caso controvertido y decidido, pues, como se puede observar, en éste se demandó el acto aprobado y no se cubrió con la petición de nulidad el acto aprobatorio, situación evidentemente diferente.

Miguel González Rodríguez.

Fecha: Ut Supra.

ACTO ADMINISTRATIVO/ COMUNICACION/ CADUCIDAD/ NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE

En la sentencia de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo citada como contrariada se dice que el término de " prescripción " de la acción contenciosa de plena jurisdicción, cuando no hay recurso por la vía gubernativa, se cuenta o debe ser contado desde el momento en que la determinación es conocida por el administrado, lo que no es contradicho por la Sección en la sentencia suplicada, pues tiene en cuenta el mismo hecho de la comunicación, como fecha a partir de la cual se debe contar la caducidad, sólo que llegando a ella por la denominada " notificación", en este evento " comunicación por conducta concluyente."

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-063. Actor: Luis Eduardo Adán Arévalo.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia del 31 de agosto de 1988, proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente reconstruido No. 514, mediante la cual se confirmó el numeral 1o, se revocó en lo demás la sentencia apelada y se hicieron otros pronunciamientos.

ANTECEDENTES

En su propio nombre el señor LUIS EDUARDO ADAN AREVALO, en ejercicio de la acción del artículo 67 del anterior C.C.A., demandó ante el Tribunal

Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los decretos 1028 del 27 de septiembre de 1976 y 782 del 12 de mayo de 1977, los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 046 del 15 de marzo y 074 del 16 de abril de 1979, emanados todos de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.E.

El primer decreto impugnado, suspendió al actor, hasta nueva orden, del cargo de Inspector Distrital de Policía, a solicitud de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá " por haber sido llamado a responder en juicio criminal por los delitos de prevaricato y abuso de autoridad y tener auto de detención vigente " (fl. 169). Y el segundo declaró insubsistente el nombramiento hecho al señor ADAN AREVALO del citado cargo y nombró interinamente su reemplazo (fl. 171). Ambos decretos fueron de " COMUNIQUESE Y CUMPLASE ".

Mediante el oficio 046 se despachó negativamente la petición del actor de reintegrarlo, restablecerlo en su cargo y reconocerle el pago de las sumas a que tenía derecho desde que fue suspendido (fls. 107 y 108). Y mediante el oficio 074 -que desató el recurso de reposición interpuesto contra el anterior- " no se repone la comunicación impugnada y estese en todo a su contenido ". " Ahora bien: está definitivamente agotada la VIA GUBERNATIVA " (sic) (fls. 109 y 110).

El demandante fue absuelto en forma definitiva de los delitos que motivaron la suspensión en su cargo, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia con fecha 13 de noviembre de 1978, lo cual sirvió de fundamento para solicitar el reintegro y el pago de los sueldos y prestaciones dejados de percibir, solicitud que, como ya se dijo, fue denegada en los oficios supracitados.

El Supremo Tribunal casó el fallo del *ad-quem* que había revocado la absolución pronunciada por el Juzgado Primero Penal del Circuito y que había condenado al señor ADAN a la pena de 18 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por igual término (fls. 124 a 162).

La acción contenciosa instaurada contra los actos administrativos aludidos culminó con el siguiente pronunciamiento de primera instancia:

" 1o. Declárase inhibido el Tribunal para decidir en el fondo sobre la legalidad del Decreto 1028 del 17 de septiembre de 1976.

" 2o. Declárase nulo el Decreto 782 del 12 de mayo de 1977 mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor y el cual fue proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá.

" 3o. Decláranse nulos los oficios 046 y 074 del 15 de marzo y 16 de abril de 1979 que negaron el reintegro del actor.

" 4o. El Distrito Especial de Bogotá dentro del término de ejecutoria de esta providencia reintegrará al actor a un cargo de igual o superior categoría que desempeñaba cuando fue declarado insubsistente (sic).

" 5o. El Distrito Especial de Bogotá, pagará al actor todos los sueldos, prestaciones y demás a que tenga derecho desde que fue suspendido por el Decreto 1028 de 1976 hasta que se le reintegre, sin solución de continuidad.

" 6o. De las sumas que se paguen al actor se descontará las que haya recibido del erario público por el mismo concepto " (fl. 357).

Por auto del 12 de agosto de 1987, cumplidos los trámites para la reconstrucción del expediente No. 514, el cual se encontraba en el Consejo de Estado en virtud de apelación interpuesta por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá y que fue destruído en los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, se declaró reconstruido el proceso (fl. 407).

LA SENTENCIA SUPLICADA

La parte resolutiva de la providencia de la Sección Segunda es como sigue:

" 1.- Confírmase la sentencia apelada, en cuanto declaró la inhibición para decidir sobre el Decreto 1028 del 27 de septiembre de 1976, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá D.E. y en cuanto declaró la nulidad de los oficios 046 y 074 del 15 de marzo y 16 de abril de 1979 suscritos por el Secretario Ejecutivo del Comité Asesor de la Reforma Administrativa del Distrito Expecial de Bogotá.

" 2.- Revócase en lo demás la sentencia apelada.

" 3.- Declárase caducada la acción contra el Decreto 782 del 12 de mayo de 1977, proferido por el Alcalde Mayor de Bogotá, por el cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor.

" 4.- Ordénase que el Distrito Especial de Bogotá reconozca y pague al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir entre el 27 de septiembre de 1976, fecha en que fue suspendido, y el 15 de mayo de 1977, hasta cuando conservó la calidad de empleado público.

" Como las peticiones subsidiarias tienen la misma causa y el mismo propósito, no se considera necesario un pronunciamiento separado sobre ellas " (fls. 433 y 434).

Para decidir en la forma indicada, el *ad-quem* sustentó su decisión en los argumentos de la fiscalía, de los cuales transcribió varios apartes, para concluir:

" Asiste razón a la Fiscalía, como se verifica a continuación:

" El Alcalde Mayor de Bogotá D.E., por Decreto 1028 del 27 de septiembre de 1976 suspendió al actor del cargo que desempeñaba de Inspector Distrital de Policía hasta nueva orden, en acatamiento de la solicitud que en ese sentido hiciera la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, según el art. 449 del C.P.P. (fl. 51).

"Este Decreto, contentivo de una decisión administrativa relativa al demandante, sí era susceptible de acusación ante esta jurisdicción para su control de legalidad, no obstante que su vigencia debía quedar supeditada a la resolución de la situación penal del actor a través del fallo definitivo de la justicia del ramo.

" Sin embargo, antes de que concluyera el proceso penal contra el demandante, el Alcalde Mayor de Bogotá, por Decreto No. 782 del 12 de mayo de 1977, declaró la insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo del que había sido suspendido, dejando sin efectos ese Decreto. Por esta razón la decisión inhibitoria del Tribunal es acertada (fl. 52).

" El Decreto de insubsistencia del nombramiento del actor produjo su desvinculación definitiva del servicio y ha debido ser demandado ante esta jurisdicción, dentro de los cuatro meses contados a partir de su ejecución el 16 de mayo de 1977 (*fecha aceptada por el demandante, como se constata a folios 59, 75, 94),* de conformidad con el artículo 83 de la Ley 167 de 1941. Pero la demanda fue introducida el 16 de agosto de 1979, después de caducada la acción contencioso administrativa procedente.

" Así las cosas, no resulta procedente la demanda de restablecimiento del derecho del actor fundada en la petición de declaración de nulidad de los Decretos de suspensión del cargo y de declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor, como atinadamente lo expresa la Fiscalía.

" La petición dirigida por el actor el 16 de febrero de 1979 al señor Alcalde Mayor de Bogotá, sobre reintegro al cargo, pago de sueldo y prestaciones dejados de devengar, como consecuencia del fallo de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, del 13 de noviembre de 1978 que lo absolvió de los delitos que se le imputaban y en cuya investigación fue suspendido del cargo, fue negada mediante los oficios 046 del 15 de marzo y 074 del 16 de abril de 1979, los cuales sí fueron acusados ante esta jurisdicción antes de que se venciera el término de caducidad de la acción procedente; por lo cual, debe la Sala decidir sobre su legalidad (fls. 430 y 431).

"..."

" El pago de los sueldos y prestaciones sociales dejados de percibir por causa de la suspensión en el cargo, decretada en cumplimiento de la orden de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, reclamado por el actor y negado mediante los oficios acusados, le era debido al actor por la Administración como consecuencia de la finalización del proceso penal con FALLO absolutorio de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 1978, *teniendo presente que la suspensión dispuesta por orden judicial estaba supeditada a ese proceso penal en el que fue absuelto el actor* y, por ende, no podía privarlo de los sueldos y prestaciones durante el lapso comprendido entre el 27 de septiembre de 1976 (cuando fue dictado el Decreto de suspensión) y el 15 de mayo de 1977 (fecha de efectividad de la insusbsistencia del nombramiento). En esto se dará prosperidad a la demanda " (fl. 432) (subrayas fuera del texto).

MOTIVO DE IMPUGNACION

Para el apoderado del actor, la sentencia suplicada es contraria a la jurisprudencia contenida en providencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 7 de marzo de 1988, en la cual " después de examinar el fenómeno de caducidad de la acción Contencioso Administrativa de plena jurisdicción o de restablecimiento, contada a partir de los supuestos de publicación, notificación, comunicación o ejecución de los actos administrativos, como formas legales ineludibles, en su caso, de poner en conocimiento del administrado una actuación o una decisión, concluye:

" Comunicación y notificación son dos fenómenos diferentes, aunque con ambos se pretenda informar al interesado de la existencia de una actuación o de una decisión; en un caso mediante una diligencia rodeada de formalidades y en el otro no.

" A lo anteriormente expresado se abona que esta corporación, en Sala de Decisión de su Sección Tercera, con ponencia de quien redacta la presente, dijo:

" De lo anterior se colige que el término de caducidad debe contarse así:

" a) A partir de la publicación, respecto de terceros afectados en forma directa e inmediata, cuando la decisión se haya tomado en una actuación en la que ellos no han intervenido (Art. 46 C.C.A.).

" b) A partir de la comunicación cuando hay una norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del C.C.A., o sea cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos.

"c) A partir de la ejecución, cuando la administración no dio la oportunidad de ejercer los recursos existentes (Art. 135 ord. 2 C.C.A.) y los ejecuta respecto del administrado sin haberlos notificado, ni comunicado, ni publicado, según el caso, pues es obvio que a partir de tal ejecución el interesado tiene conocimiento cabal de la existencia de la decisión que le vulneró el derecho cuyo restablecimiento pretende por la vía jurisdiccional.

"d) A partir de la notificación:

" 1. De la decisión cuestionada, cuando contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa (art. 62 ord. 1o. C.C.A.).

" 2. De la decisión que se haya tomado respecto de los recursos interpuestos oportunamente. (C.C.A. arts. 62 ord. 2 y 44 inc. 1o).

" Del examen de los artículos 62 y 51, inciso cuarto del C.C.A., se colige que el término de caducidad también empieza a correr, respecto de los actos contra los cuales procedan recursos de los que el interesado no hizo uso, a partir del día siguiente al vencimiento del lapso hábil para impugnarlos por la vía gubernativa, porque esta es una forma de que el acto administrativo quede en firme (auto del 12 de marzo de 1987. Exp. No. 4978, Actor: Minas Maturín Ltda., Tomo Copiador 71, p. 396 y siguientes)".

" Además de la sentencia señalada, existen otras como las de 30 de julio de 1960 (Anales, tomo LXII, Nos. 387-391, pág. 612), en la cual se sostiene que el lapso 'prescriptorio ', cuando las determinaciones no tienen recurso gubernativo o no necesitan notificación, debe contarse a partir del momento en que la determinación es conocida por el administrado".

En razón de la violación o desconocimiento de la jurisprudencia contenida en las sentencias indicadas, pide se infirme la sentencia suplicada, se revoquen los numerales 2o. y 3o, y se modifique el 4o. " en el sentido de que el Distrito Especial de Bogotá reconozca y pague al demandante los sueldos y prestaciones dejados de percibir por él entre el 27 de septiembre de 1976, fecha en que fue suspendido, hasta cuando se le reintegre al cargo, sin solución de continuidad. Es decir, que se confirme en su totalidad la decisión de primera instancia contenida en los seis numerales de tal providencia ".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se ha visto, en la sentencia recurrida la Sección Segunda de la Sala da por establecido dentro del proceso, que el actor tuvo conocimiento del acto administrativo que lo separó del servicio por declaratoria de insubsistencia de su

nombramiento desde el 16 de mayo de 1977, cuatro días después de la expedición del decreto 782 acusado, y, como consecuencia de ello, encontrando que la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha 16 de agosto de 1979, cuando habían transcurrido más de cuatro meses contados desde aquella fecha, revoca la sentencia de primera instancia en cuanto por ella se declara la nulidad del acto administrativo de insubsistencia, ordena el reintegro del actor y condena al Distrito Especial de Bogotá a pagarle los sueldos, prestaciones y demás a que tenga derecho desde que fue suspendido hasta que se le reintegre.

Para dar por establecida la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la decisión de insubsistencia, ante la circunstancia, al parecer, de no existir prueba de la comunicación del acto administrativo acusado, porque probablemente no se realizó ella o si se hizo no apareció en el proceso reconstruido como consecuencia de su destrucción en los hechos del mes de noviembre de 1985, la Sección Segunda tuvo en cuenta lo siguiente:

a. En memorial que obra al fl. 59 del expediente reconstruido, por medio del cual el recurrente solicita su reintegro al servicio como consecuencia de la abasolución que profirió en su favor la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, el actor expresó que " la Administración Distrital (Secretaría de Gobierno) declaró mi insubsistencia del cargo de Inspector Distrital de Policía a *partir del 16 de mayo de 1977* " (se subraya). El memorial lleva fecha del 16 de febrero de 1979.

b. El señor Fiscal séptimo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, doctor Alfonso Plata Castilla, en concepto rendido a esa Corporación con fecha diciembre 7 de 1982 (folios 75 y 76 del exp. reconstruido), expresó "...también la acción se encuentra más que caducada ya que a folio 293 -se refiere al expediente destruido- aparece una solicitud firmada por el actor, de fecha julio 25 de 1978, cuyo motivo es el trámite de cesantía definitiva, y en cuyo mismo folio, al final, el actor escribió: ' retirado en mayo 12 de 1977 '".

c. La señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, doctora Clara Forero de Castro, en concepto rendido a esta Corporación el día 31 de enero de 1985 (folio 94 del expediente reconstruído), expresó: "... Como lo anota el señor Fiscal que actuó en la primera instancia, a folio 293 obra copia de un documento mediante el cual el actor solicita constancia de servicios para efecto de prestaciones sociales, indicando él mismo, de su puño y letra, que se encuentra retirado desde el 16 en una de ellas y desde el 12 de mayo de 1977, en la otra petición, y ambas tienen fecha 25 de julio de 1978, o sea, que en esa forma se comprueba que por lo menos desde esa fecha tuvo conocimiento de la insubsistencia".

Como se ha vista también, mientras en la sentencia de julio 30 de 1960 de la Antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponencia del señor Consejero

Pedro Gómez Valderrama, se dice que el término de " prescripción " de la acción contenciosa de plena jurisdicción, cuando no hay recurso por la vía gubernativa, se cuenta o debe ser contado desde el momento en que la determinación es conocida por el administrado (pág. 612 de los Anales del Consejo, tomo LXII, nos. 387 - 391), lo que no es contradicho por la Sección Segunda en la sentencia suplicada, pues tiene en cuenta el mismo hecho de la comunicación, como fecha a partir de la cual se debe contar la caducidad, sólo que llegando a ella por la denominada " notificación ", en este evento " comunicación por conducta concluyente ", en la sentencia de marzo 7 de 1988 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Dr. Antonio J. de Irisarri R., exp. R-018, por cierto complementada en la de 21 de septiembre del mismo año, ponencia de quien redacta la presente, actor: Luis Ramón Castañeda Contreras, no citada por el recurrente, se expresa que la caducidad debe contarse: "...b) A partir de la comunicación cuando haya norma expresa que indique que para la firmeza del acto es suficiente la sola comunicación, sin necesidad de la notificación que como regla general ordena el artículo 44 del C.C.A., o sea, cuando se establece una excepción a la obligatoriedad de notificar los actos ", cuestión que tampoco contradice la Sección Segunda en la sentencia recurrida, ya que parte de la premisa de que el acto administrativo de insubsistencia acusado, debía ser comunicado para llevarlo a conocimiento del interesado, y la fecha de su comunicación, así sea por conducta concluyente como se deduce del indicado proveído, es la de iniciación del término de caducidad de la acción.

No encuentra, entonces, la Sala que en la sentencia recurrida la Sección Segunda haya acogido concepción jurisprudencial diferente a la de la Corporación. Encuentra, por el contrario, que está de acuerdo con ella y que se trata es de una simple disparidad de criterios sobre la fecha en que debió de empezar a correr el término de caducidad de la acción, pues mientras que para la Sección Segunda, ello aconteció, según lo que demuestran las pruebas ya precisadas, el día 16 de mayo de 1977, configurándose por ello la caducidad de la acción el día en que se presentó la demanda, o sea, el 16 de agosto de 1979, para la parte actora-recurrente, por no haber efectuado la comunicación ordenada en el propio acto de insubsistencia demandado, el término de caducidad empezó a correr cuando mediante los Oficios de 15 de marzo y 16 de abril de 1979, también acusados, se le negó su reintegro al servicio por haberse producido con anterioridad la decisión de insubsistencia.

Este aspecto no puede ser definitivamente resuelto mediante el ejercicio del recurso extraordinario de súplica, a menos que se hubiera invocado jurisprudencia en donde se hubiera planteado y decidido situación igual o similar, aun cuando es claro, por lo demás, que el recurso indicado no es un recurso de casación en donde se puede plantear la violación indirecta de la ley sustantiva, por la apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba.

Por lo expuesto el cargo no está llamado a prosperar, sin dejar de observar, finalmente, que aun prosperando el recurso extraordinario planteado, la Sala no podría decidir favorablemente las pretensiones de la demanda, si se tiene en cuenta que las disposiciones legales invocadas en — la demanda como supuestamente violadas, no son aplicables a los funcionarios oficiales del D.E. de Bogotá, los cuales se encuentran regidos por las contenidas en el decreto 991 de 1974, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, no indicadas en la demanda, como bien lo observó la abogada de la Personería Distrital en diferentes memoriales presentados durante las dos instancias del proceso.

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,

F A L L A :

No prospera el recurso de súplica interpuesto por el señor LUIS EDUARDO ADAN AREVALO, contra la sentencia proferida por la Sección Segunda de la Sala Contencioso con fecha 31 de agosto de 1988.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de Magyaroff,* Ausente; *Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ COMPETENCIA/ ASOCIACION DE PROPIETARIOS - Personería Jurídica/ **CONFLICTO DE COMPETENCIA**

Las asociaciones creadas con base en las facultades de la Ley 56/85 están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio y el reconocimiento de la personería jurídica así como los aspectos relacionados con sus reglamentos, son de competencia del Superintendente Tercer Delegado de Industria y Comercio, "en la medida de las delegaciones que le otorgue el Superintendente ". En tal sentido se define el conflicto de competencias promovido por la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. C-178. Actor: Antonio Bustos Esguerra. Conflicto de Competencia.

Decide la Sala el conflicto de competencias administrativas surgido entre la Alcaldía Mayor del D. E. de Bogotá (hoy Santafé de Bogotá, Distrito Capital) y la Superintendencia de Industria y Comercio, promovido por la primera entidad con fundamento en el artículo 88 del C.C.A., a efectos de que se hagan las siguientes declaraciones:

" 1. Que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es el organismo competente para conocer de las SOLICITUDES DE RECONOCIMIENTO DE PERSONERIA JURIDICA elevadas por las siguientes asociaciones:

a) Asociación de Adjudicatarios de la Urbanización Techo - Agrupación Seis.

b) Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Las Carabelas.

c) Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Montana.

2. que la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO es el organismo competente para conocer la SOLICITUD DE REFORMAS ESTATUTARIAS elevada por la Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Roma II.

3. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones 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 " (Fol. 6).

En el capítulo sobre fundamentos de hecho, se transcribe el artículo 21 de la ley 56 de 1985, " por la cual se dictan normas sobre arrendamientos de vivienda urbana y se dictan otras disposiciones ", así como el artículo 4o., literales g) y h), del Decreto 1918 de junio 17 de 1986, que fija las funciones del Superintendente Tercer Delegado. Se narra, además, que la Alcaldía Mayor de Bogotá, por medio de la Oficina Jurídica, remitió a la Superintendencia de Industria y Comercio varias solicitudes sobre reconocimiento de personería jurídica y reforma de estatutos de las entidades atrás mencionadas, solicitudes que fueron devueltas por la Superintendencia Tercera Delegada parsa Arrendamientos, en oficio dirigido al Personero Distrital.

Se identifican como normas aplicables los artículos 44 y 45 de la Constitución, el artículo 21 de la Ley 56 de 1985 y el artículo 4o., literales g) y h), del Decreto 1918 de 1986.

Al desarrollar el concepto de violación, sostiene la parte actora que la Superintendencia, no obstante ser la autoridad competente, " sustrayéndose del cumplimiento de sus funciones, remitió los expedientes administrativos respectivos, los cuales ocupan nuestra atención, a la Alcaldía Mayor de Bogotá sin haber resuelto las solicitudes elevadas por los interesados. De suerte que con tal actitud contraría la facultad ciudadana para obtener del Estado colombiano el reconocimiento de personería jurídica de asociaciones que se formen en el territorio Nacional y obteniendo los peticionarios, por el contrario, el silencio de las autoridades competentes a sus solicitudes " (Fol. 10).

Agrega que se infringió el artículo 21 de la Ley 56 de 1985 por cuanto las asociaciones de que da cuenta la norma pueden lograr del Estado el reconocimiento

de personería jurídica otorgada en este caso por la Superintendencia de Industria y Comercio y, con respecto al artículo 4o., literales g) y h), del Decreto 1918 de 1986, sostiene que le atribuyen competencia a tal organismo y que éste " ha debido darle curso a las solicitudes de las asociaciones de copropietarios relacionadas en el hecho tercero de este escrito y no como ocurrió en los casos analizados, remitir a la Alcaldía Mayor de Bogotá las solicitudes y anexos presentados por los particulares con lo cual no estaba haciendo otra cosa que el eludir el cumplimiento de lo dispuesto en estas disposiciones " (fol. 11).

Surtido el trámite de rigor, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

En los términos del artículo 18 del decreto ley 2304 de 1989, corresponde a esta jurisdicción conocer de los conflictos de competencias administrativas a que se refería igualmente el artículo 2o, numeral 15, del Decreto 597 de 1988. Se trata en este caso del que ha surgido entre la Alcaldía Mayor de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio, a petición de la primera, como atrás se explicó.

Al regular lo relativo al arrendamiento de vivienda urbana, *la ley 56 de 1985* facultó a los copropietarios, coarrendatarios, arrendatarios de vivienda compartida y a los vecinos para constituir asociaciones con personería jurídica, " con el objeto de procurar servicios comunes asociados con la vivienda ", tales como vigilancia vecinal, aseo y mantenimiento de áreas de uso común y " aquellas de la misma índole que se deriven de los reglamentos de copropiedad o coarrendamiento ". (art. 21).

Para los efectos de la organización y funcionamiento, estableció que las asociaciones " estarán sometidas a la inspección y vigilancia administrativa de la entidad encargada de cumplir tales funciones en cuanto al contrato de arrendamiento " y en el artículo 26 otorgó esta atribución a la Superintendencia de Industria y Comercio o a las autoridades departamentales y municipales en quienes aquella delegue las funciones.

Ahora bien, conforme a las facultades extraordinarias conferidas en el artículo 28, numeral 2, *ejusdem,* la Superintendencia fue reestructurada por el Gobierno Nacional mediante *decreto 1918 de 1986,* el cual en su artículo 4o., literales g) y h), dispuso:

" Artículo 4o. El Superintendente Tercer Delegado cumplirá las siguientes funciones:

...

g) Otorgar, suspender, cancelar o negar la personería jurídica a las Asociaciones de que trata el artículo 21 de la Ley 56 de 1985 en la medida de las delegaciones que le otorgue el Superintendente;

h) 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 "

Es. pues, claro, según estas normas, que las asociaciones creadas con base en las facultades de la ley 56 de 1985 están sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia de Industria y Comercio y que el reconocimiento de la personería jurídica así como los aspectos relacionados con sus reglamentos, son de competencia del Superintendente Tercer Delegado de Industria y Comercio, " en la medida de las delegaciones que le otorgue el Superintendente ".

En el caso de autos, el conflicto se promueve con relación a varias asociaciones que solicitan el reconocimiento de personería jurídica y reforma de estatutos, entre ellas la Asociación de Adjudicatarios de la Urbanización Techo Agrupación Seis, la cual tiene como objetivos, según estatutos, aspectos relacionados directamente con los servicios comunes asociados a la vivienda, entre los que se destacan:

" h) Establecer servicios de solidaridad y apoyar los de protección y asistencia social que las diferentes instituciones especializadas creen para beneficio de la comunidad.

i) Establecer y fomentar el funcionamiento de organismos que busquen la prestación de servicios y colaboren con el suministro de bienes e insumos de la comunidad bajo las formas de cooperación, acción mutuaria, fondos rotatorios, etcétera." (Fol.16 Cuaderno 2).

Su naturaleza se define en el artículo primero como una institución de carácter privado, sin ánimo de lucro, " para la promoción, desarrollo y administración de la comunidad que habita dicha Agrupación, la cual comprende los bloques o edificios números treinta y siete (37) a cuarenta y tres (43), interiores números uno (1) a treinta y seis (36) y estará organizada bajo las disposiciones legales que rigen la materia, los presentes estatutos y los reglamentos que de ellos se deriven." (Fol.15 Cuad.2).

En cuanto a las demás asociaciones, cuyos estatutos también obran en autos, denominadas Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Las Carabelas, Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Montana y Asociación de Copropietarios del Conjunto Residencial Roma II, se observa que tienen objetivos similares a los enunciados anteriormente, de donde se deduce que fueron constituidas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley en referencia y para los fines previstos en la misma.

Una recta interposición de la norma lleva a concluir que los servicios comunes relacionados con la vivienda, en la medida en que persiguen la protección de intereses del grupo de residentes y vecinos, comprenden una extensa gama de actividades que pueden derivarse incluso de los reglamentos de copropiedad o coarrendamiento y, en este sentido, las asociaciones en referencia están constituidas indudablemente para los fines que consagra el precepto en mención.

De otra parte, el hecho de que, con fundamento en la Ley 22 de 1987, la Alcaldía Mayor de Bogotá hubiese otorgado personerías jurídicas como lo hizo mediante Resolución No. 0341 de junio 21 de 1989 (Fol.10), no puede llevar a la conclusión de que tal sea el caso de las asociaciones en referencia que, si bien tienen algunos rasgos comunes con las fundaciones e instituciones *de utilidad común* a que se refiere aquel estatuto, no pueden confundirse con éstas ya que las asociaciones que regula la Ley 56 de 1985 atienden propósitos específicos directamente relacionados con la vivienda.

En caso anterior de similares características, dijo la Corporación:

" 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 aquéllos 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 aquélla 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." (REF.: Expediente No. C-177, Junio 12 de 1991, Consejero Ponente Doctor Miguel González Rodríguez).

El obvio, en consecuencia, que la competencia para conocer del reconocimiento de personería jurídica y reforma de Estatutos en el caso a que se refiere esta actuación, corresponde privativamente a la Superintendencia de Industria y Comercio y en tal sentido habrá de definirse el conflicto de competencias administrativas promovido por la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

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

RESUELVE :

Declárase que la Superintendencia de Industria y Comercio es el organismo competente para conocer del reconocimiento de personería jurídica y reforma de estatutos de las asociaciones a que se refiere esta actuación.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Alcalde Mayor de Bogotá y a la señora Superintendente de Industria y Comercio.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 23 de julio de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velasquez.*

LOS CONSEJEROS.

Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE TUTELA

El ejercicio de la acción de tutela depende de un requisito *sine qua non* cual es la regulación por parte del legislador -extraordinario u ordinario-, del " procedimiento preferente y sumario " que aún no se ha establecido, y que, mientras ello ocurra, al no reposar su conocimiento en ninguno de los organismos de la ahora llamada " rama judicial del poder público ", de una manera clara, precisa y determinada, se carece de jurisdicción para conocer de ella.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Radicado No. AT -001. **ACCION DE TUTELA.** Demandante: Ignacio Pombo Villar. Coadyuvantes: Félix A. Mulford Carbonell y Luis A. Castellanos Suárez.

Al analizar la acción de tutela de que da cuenta la referencia, se observa:

1o.) La susodicha acción encuentra respaldo en el art. 86 de la Constitución Política promulgada el 7 de julio de 1991 (" Gaceta Constitucional ", No. 114), que a la letra dice:

" Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, *mediante un procedimiento preferente y sumario,* por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera qaue éstos resulten vulnerados o amenazadas por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

..." (subrayas del Despacho).

2o.) Concordantemente con la anterior normatividad, el artículo transitorio 5

2o.) Concordantemente con la anterior normatividad, el artículo transitorio 5 de la misma codificación constitucional, reviste al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para, entre otras cosas, "*reglamentar el derecho de tutela*" (literal b), amén de que igualmente, el artículo 6, también transitorio, crea una "Comisión Especial de treinta y seis miembros "para "Improbar por la mayoría de sus miembros, en todo o en parte, los proyectos de decreto que prepare el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en el artículo anterior y en otras disposiciones del presente Acto Constituyente, excepto los nombramientos " (literal a), entre los cuales se encuentra, es apenas obvio, lo atinente a " reglamentar el derecho de tutela".

3o.) Dimana de lo transcrito que el ejercicio de la acción de tutela depende de un requisito *sine qua non* cual es la regulación por parte del legislador -extraordinario u ordinario-, del " procedimiento preferente y sumario " que aún no se ha establecido, y que, mientras ello ocurra, al no reposar su conocimiento en ninguno de los organismos de la ahora llamada " rama judicial del poder público ", de una manera clara, precisa y determinada, se carece de jurisdicción para conocer de ella.

4o.) Así las cosas, ha de rechazarse *in limine* la demanda *sub-lite* al tenor de lo preceptuado en el art. 85, incisos 3 y 4, del C.de P.C., aplicable por reenvío del art. 267 del C.C.A.

Por lo expuesto,

SE RESUELVE :

Recházase la demanda que, en ejercicio de la acción de tutela, y con la coadyuvancia de los señores Felix A. Mulford Carbonell y Luis A. Castellanos Suárez, ha presentado el ciudadano Ignacio Pombo Villar en su propio nombre.

Ordénase la devolución de los anexos sin necesidad de desglose.

NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ ARGUMENTO NUEVO

Lo que se busca con la exigencia según la cual para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa, los recursos deben ser sustentados "con la expresión concreta de los motivos de inconformidad ", es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración. No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa. Si la reclamación administrativa no prospera, queda habilitado para acudir a la vía jurisdiccional a plantear las mismas peticiones sin que se limite la posibilidad de presentar nuevos argumentos siempre que no modifiquen aquéllas.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ PERIODO GRAVABLE

La suma liquidada en las resoluciones acusadas por concepto de impuestos de industria y comercio y avisos y tableros a cargo de la Financiera Colpatria, corresponde al período gravable comprendido entre los meses de julio a diciembre de 1986, porque como la sociedad inició actividades en el mes de julio de 1986, el período gravable, que se rige por el año calendario, era ese.

IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO/ SANCION POR MATRICULA EXTEMPORANEA

Normas de carácter local imponen a las personas naturales y jurídicas que ejerzan actividades gravables con el impuesto de industria y comercio y complementarios, la obligación de matricularse en la oficina de impuestos dentro de los 30 días siguientes a la iniciación de las mismas y su omisión

acarreará una multa equivalente al 50% del valor del impuesto que se adeuda en la fecha de la inscripción.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. S-145. Actor: Financiera Colpatria S.A.C/ La Nación. Importancia.

La Sociedad Financiera Colpatria S.A. Compañía de Financiamiento Comercial interpone, a través de apoderado, recurso de apelación contra la sentencia de 29 de abril de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado avocó el conocimiento de este asunto a petición de la Sección Cuarta, por revestir marcada importancia el aspecto relacionado con el " debido agotamiento de la vía gubernativa".

ANTECEDENTES :

Ante el Tribunal Administrativo de Risaralda y haciendo uso de la acción de restablecimiento del derecho, la Sociedad Financiera Colpatria S.A. solicita la nulidad de las Resoluciones expedidas por el Secretario de Hacienda Municipal de Pereira y por el Alcalde de esa localidad, por las cuales se determinó el impuesto de Industria y Comercio y complementarios a su cargo por el período gravable de 1986 y se le aplicó una sanción por no haberse matriculado oportunamente.

Como consecuencia de la nulidad y a manera de restablecimiento del derecho pide se declare que la sociedad no está legalmente obligada a pagar los impuestos y la sanción determinados en la Resolución No. 433 de 1987 proferida por el Secretario de Hacienda Municipal de Pereira.

Subsidiariamente formula esta petición: " que el impuesto de industria y comercio a cargo de la sociedad por el año de 1986 es de $657.712.90; que el de avisos es de $98.658 y la sanción por matrícula extemporánea de $378.186 ".

Pide también la devolución de los pagos efectuados, con los correspondientes intereses.

Como disposiciones violadas cita la demandante el artículo 43 de la ley 14 de 1983 y el 33 del Decreto 290 de 1986 expedido por el Alcalde Municipal de Pereira.

Argumenta fundamentalmente que de conformidad con el citado artículo 43 de la Ley 14 de 1983, no existía base gravable ya que el impuesto que se paga por el año de 1986 debía tener como base de liquidación los ingresos operacionales de 1985; y como la Agencia de la Financiera Colpatria en Pereira sólo inició operaciones el 17 de julio de 1986, no existían ingresos en 1985 que permitieran gravarle en 1986.

Que los ingresos percibidos en Pereira por la demandante entre el 17 de julio y el 31 de diciembre de 1986, eran base legal para determinar el impuesto de 1987, que debía pagarse entre el 1o. de julio de 1987 y el 30 de junio de 1988, impuesto que fue incluido en la liquidación privada presentada el 4 de mayo de 1987.

En cuanto a la petición subsidiaria la demanda dice lo siguiente:

En caso de que pudiera liquidarse impuesto de industria y comercio por el año de 1986, los ingresos obtenidos en dicho período fueron de $131.542.581.50. Por tanto aplicando la tarifa del 5 por 1.000 anual establecida en los artículos 43 de la ley 14 de 1983 y 33 del Decreto 290 de 1986, arrojaría una suma mensual de $54.809 y un total de 657.713, pagadero en cuotas bimestrales de $109.618, de conformidad con el artículo 86 del referido Decreto 290 de 1986. Como en la resolución 433 de 1987 se indicaron cuotas mensuales y además pagaderas entre el 1o. de julio de 1986 y el 30 de junio de 1987, es decir, en un período de un año, las cuotas mensuales resultan equivocadas.

Impuesto de Avisos y Tableros.- Su determinación a la sociedad demandante viola en artículo 37 de la ley 14 de 1983 y el 42 del Decreto 290 de 1986.

Afirma la demanda que ello es así porque este impuesto autorizado por el artículo 37 de la ley 14 de 1983 no rige para el sector financiero que desde antes de la expedición de esa ley se gobernaba por normas especiales que no lo incluían, pudiéndose observar que dentro de la referida ley 14 también hay un régimen especial para dicho sector en el Capítulo III del cual no forma parte el artículo 37.

Que si el impuesto de avisos y tableros es el 15% del de industria y comercio y no es procedente liquidar este último por el año de 1986, tampoco será viable liquidar el de avisos.

Para fundamentar la petición subsidiaria argumenta la demandante que el valor de ese impuesto sería de $8.221 mensuales y no de $16.443 como lo indica la resolución 443, acusada.

Determinación de sanción por matrícula extemporánea, violando el artículo 26 de la C.N. y el 76 del Decreto 290 de 1986 de la Alcaldía de Pereira. Por cuanto

según la demanda, se aplicó sin base legal preexistente porque el Decreto 290 de 1986 se expidió después de expirado el término del mes que se señalaba como término a la demandante para matricularse. Que el Decreto 290 no fija término especial para la matrícula de los establecimientos que ya venían funcionando antes de su expedición, ni para las renovaciones, por lo cual no se configura la infracción punible. Que podría entenderse que las sociedades existentes al expedirse el Decreto 290 debían matricularse al presentar en 1987 la declaración de ingresos de 1986, o que dicha declaración suplía la matrícula, requisito que fue cumplido entonces por la Financiera Colpatria al presentar el 14 de mayo de 1987 dentro del término legal la declaración de ingresos de 1986.

El Decreto 205 de 1981, anterior al 290 y que contemplaba la sanción, no era aplicable al sector financiero hasta la expedición de la ley 14 de 1983.

Respecto a la petición subsidiaria que se relaciona con la sanción se dice que sería equivalente al 50% del impuesto de industria y comercio según el artículo 76 del Decreto 290 de 1986 y si el impuesto era de $657.713, la sanción sería de $328.856.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda acogiendo los argumentos expuestos por el apoderado del Municipio de Pereira, según los cuales y en lo que se refiere a la ausencia de base gravable, lo que ocurre es que la Financiera Colpatria confunde los conceptos de *año gravable* y *base gravable del impuesto.* Afirma que se entiende por año gravable con el impuesto de industria y comercio el mismo año calendario que va del 1o. de enero al 31 de diciembre, o si se trata de fracciones, el período durante el cual se ejercen actividades.

Que aceptar los planteamientos de la Financiera significaría relevarla del pago a que está obligada por los últimos seis meses de 1986, así como por los primeros meses de 1987, es decir, hasta el mes de abril en que presentó su declaración.

En cuanto al planteamiento subsidiario dijo el Tribunal que no existe el supuesto error aritmético en el señalamiento de las cuentas mensuales que corresponde pagar por la anualidad de 1986 pues ellas son, en efecto, de $54.809; solo que el pago debe hacerse por bimestres y obviamente se multiplican por dos.

Respecto al impuesto de avisos y tableros afirma el Tribunal que el artículo 37 de la ley 14 de 1983 no le da tratamiento especial al sector financiero y por el contrario expresamente lo somete al régimen general del impuesto de industria y comercio, por lo cual no prospera el cargo.

Finalmente en lo que se refiere a la sanción por matrícula extemporánea se acogen también los planteamientos del Municipio de Pereira según los cuales, con anterioridad al Decreto 290 de 1986 ya se había previsto en los mismos términos la obligación de la matrícula y la sanción por omitirla en cuantía equivalente al 50% del valor del impuesto, según el Decreto 205 de 1981 y en consecuencia sí existía norma preexistente a la imposición de la sanción.

Inconforme con este Fallo, la Financiera Colpatria interpuso el recurso de apelación reiterando al sustentarlo, los mismos planteamientos hechos en la demanda.

EL CONCEPTO FISCAL

Tramitado el recurso, el señor Fiscal Tercero del Consejo de Estado propone dictar fallo inhibitorio por no agotamiento de la vía gubernativa, dado que la Sociedad al interponer los recursos ni siquiera discutió la imposición de la sanción sino el monto de la misma, manifestando que " la suma correcta en este punto es $378.186.oo suma que igualmente reconocemos deber ".

Que como en la demanda se plantean cuestiones que no fueron objeto de debate en la vía gubernativa, ésta no se agotó debidamente.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

Agotamiento de la vía gubernativa.

Estudiará la Sala en primer término el tema relacionado con el agotamiento de la vía gubernativa propuesto por el señor Fiscal Tercero, calificado como de marcada importancia en este caso y por el que la Sala Plena aprehendió el conocimiento.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 135 del C.C.A., vigente cuando se presentó la demanda, para que los particulares puedan ocurrir ante los organismos de la jurisdicción en lo contencioso administrativo a solicitar la nulidad de actos administrativos unilaterales y definitivos de carácter particular y concreto, será necesario que se haya agotado la vía gubernativa.

A través de la vía gubernativa la Administración revisa sus propios actos a fin de determinar si ameritan ser confirmados, revocados, modificados o aclarados.

Ese control administrativo es obligatorio, como se desprende del artículo 135 del C.C.A. y debe ser también real y efectivo.

Por esa razón, el artículo 52 del C.C.A. establece requisitos que deben cumplir los recurrentes, cuya finalidad es la de hacer posible y eficaz el control por parte de la Administración.

Dispone entonces el mencionado artículo, que los recursos se interpongan por escrito, dentro del término legal, personalmente por el interesado o su apoderado, y que sean sustentados " con la expresión concreta de los motivos de inconformidad ".

En resumen, lo que se busca con esta última exigencia para el agotamiento obligatorio de la vía gubernativa es que ante los jueces no se inicien conflictos no planteados previamente a la Administración.

La identidad debe darse entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete a juzgamiento en la jurisdicción. Es decir, en lo solicitado y no en los argumentos para hacer la petición.

No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por este medio no se cambie la petición que se hizo por vía gubernativa.

Este punto reviste especial importancia en materia impositiva cuando lo que se controvierte, como en el caso de autos es la liquidación de un tributo o de varios a cargo de un contribuyente.

En efecto, el monto total del impuesto arrojado por la liquidación puede obedecer a diferentes conceptos. Y es posible también que el contribuyente no los objete todos porque precisamente acepta deber una determinada suma. Por eso tiene la oportunidad de manifestar ante la Administración cuáles son sus motivos de inconformidad con el acto de liquidación, entendiéndose que la acepta en lo no reclamado.

Si la reclamación administrativa no prospera, queda habilitado para acudir a la vía jurisdiccional a plantear las mismas peticiones sin que se limite la posibilidad de presentar nuevos argumentos, siempre que no modifiquen aquéllas.

Analizando desde esta óptica la situación procesal, concluye la Sala que sólo en parte le asiste razón al señor Fiscal de la Corporación, por las siguientes razones:

Como se dejó atrás expuesto, ante el Tribunal se solicitó la nulidad de las resoluciones por las cuales se determinó el impuesto de Industria y Comercio y Complementarios a cargo de la Financiera Colpatria S.A. por el período gravable de 1986, para que como consecuencia de esa nulidad se declare que la sociedad no está legalmente obligada a pagar esos impuestos ni la sanción que le fue impuesta.

Se observa que por vía gubernativa la sociedad planteó lo siguiente:

a) Que se eliminara la frase " se cancelará bimestralmente y por anticipado durante el período comprendido entre el 1o. de julio de 1986 y el 30 de junio de 1987 ", contenida en la resolución 433 de 11 de mayo de 1987, porque " ...aunque establece correctamente las sumas a pagar por períodos mensuales, esto es, $109.619.oo más $16.433.oo... (la mencionada frase) equivaldría a que habría que pagar incluyendo el impuesto de avisos y propaganda la suma de $1.512.744.oode tal manera que se cobraría una suma no adeudada de $756.372.oo " (es decir el doble).

b) En cuanto a la multa por matrícula extemporánea se dijo: "... si es equivalente al 50% del valor del impuesto adeudado corresponde a la suma de $378.186.oo teniendo en cuenta que el monto total de aquél es de $756.372.oo "

Lo único que se alegó entonces fue error aritmético en el señalamiento del monto de la sanción.

c) Nada se discutió respecto al impuesto de avisos y tableros.

Acorde con lo anterior, las peticiones se concretaron así:

" Que se revoque la Resolución 433 del 11 de Mayo de 1987 en la parte que estime (sic) y ordene (sic) pagar a FINANCIERA COLPATRIA S.A. la suma de $109.619.oo más $16.433.oo mensuales por concepto de impuestos de Industria y Comercio y avisos y propaganda " durante el período comprendido entre el 1 de Julio de 1986 y el 30 de Junio de 1987 " basicamente porque esta disposición obligaría a la entidad declarante a cancelar doce cuotas mensuales de $126.062.oo que arrojaría la suma de $1.512.744.oo, cuando lo que en realidad se adeuda es la suma de $756.372.oo, lo cual reconocemos deber según la declaración y liquidación privada de tales impuestos, permitiendo enfatizar el hecho de que la Agencia en Pereira inició actividades en el mes de Julio de 1986 de tal manera que el impuesto corresponde sólo a los seis últimos meses de ese año.

Consecuencialmente que se revoque lo dispuesto en la misma Resolución 433 en la parte que impone la sanción de $756.372.oo por no matricularse a tiempo la entidad declarante, toda vez que la suma correcta en este punto es de $378.186.oo, suma que igualmente reconocemos deber ".

De la simple comparación de las peticiones hechas en la demanda y en la vía gubernativa se colige que sobre la principal, contenida en el literal A) del numeral 2o. del libelo no puede haber pronunciamiento de mérito por no haberse formulado ante la Administración; es decir, por no agotamiento de la vía gubernativa.

Pero sí debe haber pronunciamiento de mérito sobre las peticiones subsidiarias que son fundamentalmente las mismas que se hicieron en la vía gubernativa. Por eso sólo en parte le asiste razón al señor Fiscal.

Peticiones que deben ser consideradas.

Solicita la sociedad demandante, que como consecuencia de la nulidad de las resoluciones que acusa y a manera de restablecimiento del derecho, se declare, en subsidio -de no prosperar la petición principal consignada en el literal A) del numeral 2o.- que el impuesto de industria y comercio a su cargo por el año gravable de 1986 es de $657.712.90; que el impuesto de avisos es de $98.658.oo y la sanción por matrícula extemporánea de $378.186.

En lo relacionado con el monto de los impuestos de industria y comercio y avisos y tableros dirá la Sala, teniendo en cuenta que la sociedad demandante acepta la suma liquidada por la Administración Municipal de Pereira, que se trata de simple confusión originada en la defectuosa redacción de la resolución 433 de 11 de mayo de 1987 y de las que la confirmaron, en cuanto hace a la forma de pago de dicha suma, pero no de violación de la ley.

En efecto, la Secretaría de Hacienda Municipal de Pereira no hizo nada distinto a confirmar la liquidación privada presentada por la Financiera Colpatria por el período gravable comprendido entre los meses de julio a diciembre de 1986 y que aparece al folio 28 del cuaderno de antecedentes administrativos.

Dicha liquidación arroja estas cifras: Por concepto de Impuesto de Industria y Comercio $109.619 mensuales.

Por concepto de Impuestos de Avisos y Tableros $16.443 mensuales.

Los dos conceptos sumados totalizan $126.062 mensuales, que multiplicados por 6 meses dan un total de $756.372.

La petición subsidiaria de la demanda dice que se determine como impuesto de Industria y Comercio a cargo de la sociedad por el año gravable de 1986 la suma de $657.712.90, que dividida por 6 da $109.619; y por concepto de impuesto de avisos y tableros la suma de $98.658.oo, que dividida por 6 da $16.443.oo arrojando los dos conceptos sumados, por los 6 meses la suma total de $756.372, contenida en la liquidación demandada.

No es cierto que la Resolución 433 hubiera ordenado hacer pagos mensuales durante un año comprendido entre el 1o. de julio de 1986 y el 30 de junio de 1987.

Claramente mencionó pagos bimestrales, es decir, seis en ese período. Erró sí al ordenar la cancelación bimestral " por anticipado " entre el 1o. de julio de 1986 y el 30 de junio de 1987; porque si la liquidación se expidió el 11 de mayo de 1987, mal podían hacerse pagos anticipados desde el año anterior.

Debe quedar claro entonces que la suma liquidada en las resoluciones acusadas por concepto de impuestos de Industria y Comercio y avisos y tableros a cargo de la Financiera Colpatria Agencia de Pereira, corresponde al período gravable comprendido entre los meses de julio a diciembre de 1986, porque como la sociedad inició actividades en Pereira en el mes de julio de 1986, el período gravable, que se rige por el año calendario de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 del estatuto impositivo de Pereira -Decreto 290 de 1986- era ese, es decir, sólo podía exigírsele tributar por el lapso de 6 meses de 1986.

Sanción por matrícula extemporánea.

Como la procedencia misma de la sanción no fue discutida en la vía gubernativa, también se debe analizar unicamente lo relativo al monto de la misma.

Sostiene la demanda que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto 290 de 1986 la sanción es equivalente al 50% del impuesto de Industria y Comercio que se adeude y por tanto si el impuesto de 1986 era de $657.713, la sanción sería de $328.856 y en la resolución 433 de 1987 se impuso por tal concepto la suma de $756.372, violando así la mencionada norma.

Al respecto la Sala hace el siguiente análisis.

Tanto el artículo 8o. del Decreto 205 de 1981, expedido por el Alcalde de Pereira, vigente cuando comenzó a operar en la ciudad de Pereira la Financiera Colpatria S.A., como el 9o. del Decreto 290 de 1986 vigente cuando se matriculó, imponen a las personas naturales y jurídicas que ejerzan actividades gravables con el impuesto de Industria y Comercio y complementarios, la obligación de matricularse en la oficina de impuestos dentro de los 30 días siguientes a la iniciación de las mismas. Y el artículo 9o. del Decreto 205 de 1981, como también el 76 del Decreto 290 de 1986 sancionan el incumplimiento con una multa equivalente al 50% del valor del impuesto que se adeuda *en la fecha de la inscripción.*

Lo adeudado por la Financiera Colpatria hasta el mes de abril de 1987, cuando cumplió la obligación de inscribirse, calculados los impuestos por los 4 meses de 1987 con base en los ingresos declarados para 1986, era la suma de $1.260.620, resultante de multiplicar el impuesto mensual de Industria y Comercio más el de avisos; es decir $126.062 por 10 meses.

El 50% de esa suma es igual a $630.310. A lo cual debe sumarse, como se explicó en las resoluciones que resolvieron los recursos por vía gubernativa, el valor de la matrícula equivalente a un mes del respectivo impuesto, incluyendo los complementarios. Es decir, un total de $756.372.

La Administración Municipal cobró $756.372 y por tanto no hay lugar a rectificación aritmética alguna.

En este orden de ideas se concluye lo siguiente:

a) No hay lugar a estudiar las peticiones principales de la demanda por no agotamiento de la vía gubernativa. En consecuencia, debe revocarse la sentencia apelada que se pronunció sobre ellas.

b) No están llamadas a prosperar las peticiones subsidiarias.

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 :

1o. Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda el 29 de abril de 1988, dentro del proceso iniciado por la Sociedad Financiera Colpatria S.A.

2o. Declárase inhibida la Sala para pronunciarse sobre las peticiones principales de la demanda, por no agotamiento de la vía gubernativa.

3o. Niéganse las peticiones subsidiarias.

No hay lugar a costas por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 25 de Junio de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate,* Salva Voto; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jose Joaquín Camacho Pardo,* Ausente; *Guillermo Chahín Lizcano,* Salva Voto; *Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Aclara Voto; *Clara González de Barliza,* Salva Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan Montes Hernández,*

Aclara Voto; *Dolly Pedraza de Arenas,* Ausente; *Jorge Penen Deltieure, Carlos Ramírez Arcila, Libardo Rodríguez Rodríguez, Daniel Suárez Hernández, Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento (Salvamento de voto)

La vía gubernativa según lo que rezan las normas que la gobiernan se agota de manera plena y completa respecto de los actos administrativos objeto de recursos, cuando el administrado hace uso de ellos, desde luego cumpliendo con los requisitos exigidos por las normas legales que le establecen, sin que le sea permitido al intérprete hablar de agotamiento total o parcial, según al ámbito o la extensión de las cuestiones que se controvierten ante la administración y mucho menos, si ello se hace con el objeto de establecer por vía jurisprudencial limitaciones o restricciones al derecho constitucional de acción, lo cual sólo es posible por virtud de la ley.

Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consejero ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. S-145. Actor: Financiera Colpatria S.A.

Respetuosamente consigno a continuación las razones que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria, las cuales no son otras que las mismas que puse a consideración de los integrantes de la Sala Plena cuando rendí ponencia sobre el presente proceso que fue llevado a conocimiento de la misma debido a que la Sección Cuarta del Consejo de Estado estimó que dada la importancia del tema, agotamiento indebido o incompleto de la vía gubernativa, ameritaba un pronunciamiento de la Sala Plena Contenciosa Administrativa.

Mi proyecto no obtuvo la mayoría requerida para convertirse en sentencia y por ello a continuación inserto las argumentaciones que en relación con éste punto allí se mencionaron:

Sobre el llamado indebido agotamiento, o agotamiento incompleto de la vía gubernativa por discusión ante la jurisdicción de aspectos no debatidos ante las autoridades administrativas.

El punto surgió dentro del expediente en virtud de que el Fiscal 3o. del Consejo de Estado pidió la expedición de un fallo inhibitorio habida cuenta de que la actora aunque había interpuesto en la vía gubernativa los recursos procedentes, no se había referido en ellos a todos los aspectos posibles de discusión y había resultado formulando su demanda contenciosa en relación con unos puntos a los que no había hecho referencia en el debate administrativo. Estimó el señor Fiscal que había que entender agotada la vía gubernativa sólo en cuanto a los puntos que discutieron por la vía del recurso, pero indebidamente agotada, o no agotada, respecto de otros temas no debatidos allí.

El suscrito Consejero no comparte esta apreciación del señor Fiscal pues considera que ella no deriva de ninguna norma de derecho positivo que establezca actualmente, o haya establecido en el pasado, dicha limitación al derecho de acción.

En efecto, en el pasado y sólo en el campo del contencioso de orden tributario, se admitió la interposición, discutida y discutible por cierto, de que no era posible impugnar ante los jueces administrativos aspectos no debatidos en la etapa de los recursos gubernativos. Dicha interpretación hizo carrera al amparo de la existencia de las normas contenidas en los artículos 271 a 281 (Capítulo XXIII) de la Ley 167 de 1941 que trataban del juicio sobre impuestos y que lo consideraban simplemente como un juicio de revisión y no como un juicio de nulidad con restablecimiento del derecho, que es como se tipifica bajo la legislación vigente.

Así mismo servía de base a la interpretación que se comenta, y que dio pie para elaborar una figura jurídica por vía interpretativa, conocida con el nombre de "indebido agotamiento de la vía gubernativa ", lo dispuesto en el artículo 278 del antiguo Código Contencioso Administrativo cuyo texto, referido a las pruebas que podían aducirse ante la jurisdicción, disponía que sólo eran admisibles las aducidas en la etapa administrativa o las que tuvieran por objeto mejorar aquéllas.

Este era el texto de la norma citada:

" En esta clase de juicio sólo se estimarán aquellas pruebas que hubieren sido aducidas durante la actuación en la vía administrativa, cuando se hubiere establecido término para este efecto.

"También serán estimadas aquellas pruebas que, producidas en el juicio, tienen por objeto completar o mejorar los aducidas en la actuación administrativa."

Cabe destacar que la norma anteriormente copiada desapareció del ámbito legislativo nacional, no sólo por la eliminación del juicio sobre impuestos, sino también por la nueva regulación en materia probatoria establecida en el nuevo Código Contencioso Administrativo, que permite no sólo que se aduzcan nuevas pruebas, con plena libertad probatoria, sino que faculta al juez para que las decreta de oficio con tal de dilucidar todos los puntos oscuros o dudosos de la contienda.

En el momento actual de la legislación, estimo, que no le es dable al juez administrativo aplicar interpretaciones que posiblemente pudieron tener respaldo legislativo bajo la vigencia de la Ley 167 de 1941, con la existencia de la acción especial de revisión de impuestos, pero que hoy carecen por entero y definitivamente de asidero legal, máxime cuando dicha acción ha desaparecido y se encuentra subsumida en la acción genérica consagrada en el artículo 85 del C.C.A. vigente.

La vía gubernativa según lo que rezan las normas que la gobiernan se agota de manera plena y completa respecto de los actos administrativos objeto de recursos, cuando el administrado hace uso de ellos, desde luego cumpliendo con los requisitos exigidos por las normas legales que la establecen, sin que le sea permitido al intérprete hablar de agotamiento total o parcial, según el ámbito o la extensión de las cuestiones que se controvierten ante la administración y mucho menos, si ello se hace con el objeto de establecer por vía jurisprudencial limitaciones o restricciones al derecho constitucional de acción, lo cual sólo es posible por virtud de la ley.

Por otra parte, estimo que no es lógico y que repugna al sentido común, que siendo el procedimiento gubernativo una tramitación que puede adelantarse directa y personalmente por el interesado, sin la participación o el concurso de un abogado, jurisprudencialmente se le exija a ese administrado en la interposición de sus recursos ante la administración, que fije o establezca los límites de su derecho de acción que necesariamente debe ser ejercido por intermedio de otras personas (abogado), ante otras autoridades (jueces) y en circunstancias temporales diferentes, (luego de que se hayan desatado los recursos). No se puede convenir entonces que por vía de doctrina o de jurisprudencia, por reiteradas que ellas sean, se restrinja el derecho de acción, sencillamente porque quien interpone los recursos administrativos carece de la capacidad técnica-jurídica para establecer desde entonces los reales términos de sus futuras pretensiones. Y porque en definitiva no tiene el administrado dicha obligación legal. Lo otro, es a mi juicio, otorgarle de manera inconveniente y en todo caso no legal, al recurso de apelación características y requisitos que ni siquiera se exigen para el recurso extraordinario de casación, puesto que se obliga al recurrente a fijar desde el momento de la interposición de sus recursos ante la administración el ámbito exacto y el contenido preciso de la acción contenciosa.

Conviene destacar además, que la aplicación de la tesis expuesta en el concepto que se controvierte ha dado origen a establecer una distinción jurisprudencial que

diferencia entre puntos nuevos y argumentos nuevos, para decir que éstos últimos son admisibles en tanto que no lo son los primeros pero dejando sin precisar, con respecto a una misma pretensión qué puede entenderse por punto nuevo o argumento nuevo, lo cual ha servido para propiciar la comisión de no pocos fallos inhibitorios como el que se solicita en el concepto fiscal, objeto de contradicción.

Considero que no puede hablarse como se dice en el concepto que se glosa, de una supuesta deslealtad del administrado en frente de la administración cuando plantea en la acción contenciosa aspectos nuevos o diferentes de los que alegó en la etapa de los recursos, máxime que la entidad administrativa tiene, a diferencia del juez administrativo, facultad para, al resolver los recursos, pronunciarse no sólo sobre el objeto de los mismos sino sobre la totalidad del acto administrativo controvertido en cuanto a los términos de su legalidad se refiere, incluso sobre aspectos o cuestiones no planteados en tales recursos. Por lo demás, el juicio contencioso, más aún en la forma como está concebido en el Decreto 01 de 1984, garantiza que se dé aplicación plena al principio de la lealtad procesal de las partes.

Debo señalar que la doctrina acogida por la mayoría adolece de una grave imprecisión terminológica en cuanto a determinar cuáles son los conceptos que deben ser idénticos en la vía gubernativa y en la vía jurisdiccional para que la primera se entienda debidamente agotada. En efecto, se habla indistintamente de que ante los jueces administrativos no pueden plantearse hechos o peticiones nuevos no planteados ante la administración por la vía del recurso; pero también se utilizan los términos argumentos, pretensiones, aspectos, temas, etc., lo que en definitiva deja al capricho del juez calificar si la vía gubernativa estuvo debidamente agotada o no.

No creo por lo demás, que dicha doctrina pueda presentarse como modelo de cumplimiento del principio jurídico que obliga al juez a darle primacía al derecho sustancial por encima del derecho procedimental, máxime que en este caso, como se dijo al comienzo, ni siquiera se trata de la aplicación de normas procesales, sino apenas de la aplicación de doctrinas sobre temas procesales sin respaldo en la ley.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento/ **PUNTO NUEVO** (Salvamento de voto)

Este tema estaba intimamente vinculado al de las causales de nulidad del acto liquidatorio de impuestos: dentro del criterio " revisorio " del juicio según el anterior Código, podrían ser causales de anulación las que se hubieren alegado en la vía gubernativa . En tanto que de acuerdo con la naturaleza de la acción en el Decreto 01/84 las causales de anulación de la liquidación de impuesto son las mismas generales consagradas en el artículo 84 para todos los actos administrativos y su invocación no está condicionada a que se hubiera propuesto en la vía gubernativa, de donde se deduce la posibilidad de alegar una causal nueva no discutida en la vía gubernativa, siempre que esté prevista en el artículo 84 C.C.A.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. S-145. Actor: Financiera Colpatria S.A.. Fallo aprobado en Sesión del 25 de Junio/91.

Obedece mi salvamento de voto a la circunstancia de haber compartido la posición doctrinaria sostenida en el proyecto original (que fue empatado en la Sección Cuarta) que presentó el Consejero Guillermo Chahín Lizcano y que ha quedado expuesto en su salvamento de voto al cual adhiero, con unas anotaciones adicionales.

Tal como se ha señalado en el salvamento de voto de mis colegas, el problema es de interpretación de la ley procesal. Considero que la solución a este problema debe buscarse no en el caracter dispositivo o inquisitivo que pueda atribuírse al procedimiento vigente, sino a la mayor o menor extensión de la característica de " revisora " que pueda atribuirse a la actividad jurisdiccional.

En este aspecto es en donde se advierte un cambio radical en el llamado juicio

En este aspecto es en donde se advierte un cambio radical en el llamado juicio o proceso contencioso de impuestos: la Ley 167 de 1941 le daba un marcado carácter de revisor, tanto que se conocía como juicio especial de revisión de impuestos y el art. 278 restringía la prueba a las que se hubieran estimado en la vía gubernativa. Pero en el nuevo Código - Decreto 01 de 1984 - hubo cambios de trascendencia: dejó de ser " juicio especial " para enmarcarse en la acción de restablecimiento del derecho (segundo inciso del art. 85) y la citada disposición sobre restricción de la prueba no sólo desapareció, sino que se le dio amplia entrada a las pruebas incorporando la regulación del procedimiento civil en cuanto a la admisibilidad de los medios, la forma de practicarlas y los criterios de valoración, según la remisión que a esta materia hizo el art. 168 del C.C.A..

Quiérase o no este tema estaba intimamente vinculado al de las causales de nulidad del acto liquidatorio de impuestos: dentro del criterio " revisorio " del juicio según el anterior Código, podrían ser causales de anulación las que se hubieren alegado en la vía gubernativa en la cual no sólo existe una relación de las causales admisibles sino oportunidad para proponerlas (Ley 52 de 1977, arts. 56 y 57 hoy incorporados al Estatuto Tributario en los artículos 730 y 731).

En tanto que de acuerdo con la naturaleza de la acción en el Decreto 01/84 las causales de anulación de la liquidación de impuesto son las mismas generales consagradas en el artículo 84 para todos los actos administrativos y su invocación no está condicionada a que se hubiera propuesto en la vía gubernativa, de donde se deduce la posibilidad de alegar una causal nueva no discutida en la vía gubernativa, siempre que esté prevista en el citado art. 84.

El tema merece aclaración del Legislador (como lo advierte Miguel González Rodríguez R.), pero mientras tanto, acataré la jurisprudencia de la Sala Plena, no obstante no compartirla.

Jaime Abella Zárate.

Santafé de Bogotá D.C., Julio 29 de 1991.

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento (Salvamento de voto)

En el nuevo estatuto, el contencioso de impuestos se torna de anulación y se desconoce el proceso iniciado en la Administración en razón de que sus antecedentes si no lo piden las partes, pueden no tenerse como prueba. En ese orden de ideas, el juzgamiento jurisdiccional debe pasarse en el examen de la juridicidad de todos los actos cuestionados y por los motivos expuestos en la demanda. Así las cosas, el agotamiento de la vía gubernativa exigido en el nuevo ordenamiento en esta clase de juicios, es un requisito formal, en donde se le otorga a la Administración la oportunidad de corregir sus propios errores pero que no significa, necesariamente, que la contienda ante la jurisdicción en lo contencioso debe ser planteado por los mismos motivos de impugnación ni mucho menos con idénticos elementos de juicio.

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

Salvamento de Voto Doctora Clara González de Barliza.

Referencia: Expediente No. S-145. Actor: Financiera Colpatria S.A. C/ La Nación

Con el debido respeto me aparto de la decisión tomada en la sentencia de inhibirse para un pronunciamiento de mérito " sobre las peticiones principales de la demanda, por no agotamiento de la vía gubernativa ".

Ante todo conviene precisar que uno, es el requisito del agotamiento de la vía gubernativa exigido por el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo para poder ocurrir ante la jurisdicción en lo contencioso administratiyo, y otro muy diferente, es el de que los motivos de impugnación deban ser los mismos en la etapa

del gobierno y en la jurisdicción, o lo que es lo mismo, el de que la contienda planteada ante el Tribunal deba ser la misma sometida ante la Administración.

La anterior exigencia era viable en la acción contenciosa tributaria consagrada en el anterior Código Contencioso en donde, la función contenciosa era netamente revisora, hoy, según la estructuración del nuevo Código, es de anulación con restablecimiento del derecho por lo cual los poderes del Juez son más amplios.

En el libro Procesos Contencioso Administrativos -Parte General- del Doctor Gustavo Humberto Rodríguez, página 218 y siguientes se lee:

" En la exposición de motivos de la Ley 167 de 1941 elaborada por los Consejeros de Estado Tulio Enrique Tascón, Ramón Miranda, Gustavo Hernández Rodríguez, Guillermo Peñaranda Arenas, Elías Abad Mesa, Carlos Rivadeneira G. y Gonzálo Gaitán, se explicaba la " acción de revisión de impuestos " diferente de la de " plena jurisdicción "", así:

" El proyecto ordena el contencioso de impuesto sobre las siguientes bases esenciales:

a) Fuera de la Ley.- Los actos creadores de un impuesto -ordenanza y acuerdos municipales- son susceptibles de los recursos comunes a los actos administrativos en general (contencioso de anulación y de plena jurisdicción). Mas la operación administrativa en que se concreta la exigencia de un impuesto definitivamente liquidado por la Administración, sólo es apta para que contra ella se proponga la revisión, con algunos de estos objetos: para que se declare que no hay obligación de cubrir el tributo; para que se haga una nueva liquidación, que sustituya la realizada por el funcionario o agente administrativo, o para que se reintegren o devuelvan las sumas cubiertas con exceso por el contribuyente.

b) Como las controversias pueden recaer sobre impuestos de carácter nacional, departamental o municipal, se erige un mismo sistema para su solución, consistente en que, si se han señalado por la Ley, las ordenanzas o los acuerdos, recursos contra las operaciones administrativas de que se habla, sólo podrá ocurrirse a la vía jurisdiccional contra el acto de liquidación definitiva (...).

c) Como se trata de una revisión, se preceptúa que en ella sólo se tendrá en cuenta para estimarlas aquellas pruebas que hubieren sido aducidas en la vía administrativa y para atenuar el rigor del principio se permite mejorar o completar en la vía jurisdiccional las que se hubieren hecho valer en la actuación administrativa (...)".

Ahora bien, como ya se anotó, existe certeza de que el juicio de revisión de impuestos consagrado en el Capítulo XXIII, de la Ley 167 de 1941, desapareció en

su integridad, a pesar de la declaratoria de inexequibilidad por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia del artículo 268 del nuevo Código Contencioso Administrativo y de que la contienda tributaria debe ser ventilada de acuerdo con el artículo 85 del Decreto 01 de 1984 como una acción de restablecimiento del derecho, como un contencioso subjetivo de plena jurisdicción, o lo que es lo mismo que la acción referida al aspecto tributario ha dado un vuelco total frente a la legislación anterior.

En efecto, como quedó expresado, en el Código Contencioso antiguo, la contienda tributaria se desarrollaba como un juicio especial, como una consecuencia de la actuación iniciada en la Administración, hasta el punto de que la actuación administrativa debía ser traída al proceso como prueba y sólo se aceptaba mejorar o complementar las allí aducidas. De ahí que en este juicio la petición era de revisión de la operación administrativa de liquidación de impuesto.

En el nuevo estatuto, el contencioso de impuestos se torna de anulación y se desconoce el proceso iniciado en la Administración en razón de que sus antecedentes, si no lo piden las partes, pueden no tenerse como prueba.

En este orden de ideas, el juzgamiento jurisdiccional, debe basarse en el examen de la juridicidad de todos los actos cuestionados y por los motivos expuestos en la demanda.

Así las cosas, el agotamiento de la vía gubernativa exigido en el nuevo ordenamiento en esta clase de juicios, es un requisito formal, en donde se le otorga a la Administración la oportunidad de corregir sus propios errores pero que no significa, necesariamente, que la contienda ante la jurisdicción en lo contencioso debe ser planteada por los mismos motivos de impugnación ni mucho menos con idénticos elementos de juicio.

De los señores Magistrados, atentamente,

Clara González de Barliza.

fecha ut supra

VIA GUBERNATIVA-Agotamiento (Aclaración de voto)

No es jurídico condicionar el ejercicio de la acción contencioso administrativa a los planteamientos que se hayan hecho en la denominada vía gubernativa, que se abre en virtud de la interposición del recurso administrativo ordinario o de los existentes cuando procede más de uno, por la persona interesada en la actuación. En otras palabras, que sólo sea procedente controvertir ante el juez el mismo *petitum,* aun cuando los argumentos sí pueden ser diferentes.

Aclaración de Voto del Consejero Dr. Miguel González Rodríguez.

Consejero ponente: *Doctor Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. S-145. Actor: Financiera Colpatria S.A.

Las razones o motivos que me llevaron a aclarar el voto dado al proyecto de sentencia acogido por la mayoría de la Sala, son fundamentalmente los expresados en su salvamento de voto por el Dr. Guillermo Chahín, ponente inicial, pero que, a mi modo de ver, deben servir para buscar una modificación en el actual estatuto procesal contencioso-administrativo, pues es incontrovertible que no es jurídico condicionar, como no se condiciona en el derecho francés que es el derecho administrativo madre del nuestro, el ejercicio de la acción contencioso-administrativa a los planteamientos que se hayan hecho en la denominada vía gubernativa, que se abre en virtud de la interposición del recurso administrativo ordinario o de los existentes cuando procede más de uno, por la persona interesada en la actuación. En otras palabras, que sólo sea procedente controvertir ante el juez el mismo *petitum,* aun cuando los argumentos sí pueden ser diferentes.

Y no lo es, por cuanto, como bien lo observaba el anterior ponente, pudiendo intervenir en la vía gubernativa directamente el interesado, a quien sólo por

excepción se le exige que acredite ser profesional del derecho o que actúe por medio de éste, bien puede ocurrir que haga un planteamiento equivocado en cuanto al *petitum,* que la Administración no observe o que, observándolo, no quiera enmendar con el pronunciamiento acorde a la Constitución y a la ley, que no es posible corregir o enmendar en la vía jurisdiccional, no obstante encontrarse totalmente ajustado a derecho, con lo que se sacrifica el derecho sustantivo que no sólo debe prevalecer, especialmente después de la expedición del nuevo ordenamiento Constitucional, sino que es el que debe reconocer o hacer respetar el juez que tiene como misión esa alta y noble actividad, y no negar por consideraciones de orden adjetivo que no vayan contra los derechos de audiencia y defensa, y el del debido proceso.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. Juan de Dios Montes Hernández.

Fecha ut supra.



RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica

No procede recurso extraordinario de súplica contra el auto que rechaza el recurso de reposición. Por otra parte, en este auto no se trató el punto de derecho cuya interpretación afirma el recurrente es contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no es viable interponer recurso extraordinario de súplica contra una providencia para que se revise la jurisprudencia contenida en otra. Finalmente, se reitera que la jurisprudencia cuyo desconocimiento puede originar la revisión de una providencia a través del recurso extraordinario de súplica, es la sentada por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

INTERVENCION DEL ESTADO/ TASA/ TARIFA/ POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA

La fijación de una contribución, como lo es la tasa obedece a un poder mayestático del Estado cuya consecuencia inmediata frente a los administrados es la exacción de la propiedad y su correlación con el derecho a la representación. Mientras que la fijación de tarifas o precios, tal como sucede por ejemplo con el transporte, con los productos farmacéuticos y, en el caso que nos ocupa con los servicios portuarios, obedece a una intervención genérica del Estado en el proceso económico por razones de policía administrativa económica prevista en nuestro ordenamiento constitucional.

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

Consejera ponente : Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

Referencia: Expediente No. S-013. Actor: Navemar Ltda. Recurso Extraordinario de Suplica.

Conoce la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del recurso extraordinario de súplica interpuesto dentro de este proceso, por el Fiscal Primero de la Corporación, para impugnar lo decidido por la Sección Primera.

LA ACTUACION DE LA SECCION PRIMERA

Remitido el negocio del Tribunal Administrativo del Magdalena en apelación del auto que inadmitió la demanda por caducidad de la acción, la Sección Primera, mediante auto de 14 de marzo de 1986 confirmó el proveído, puntualizando que lo que hacía imposible dar curso a la demanda era la falta de jurisdicción para conocer de la *litis*.

Contra este auto el señor agente del Ministerio Público interpuso recurso de reposición, que le fue negado por improcedente, por auto de la misma Sala de 27 de febrero de 1987.

EL RECURSO

El señor Fiscal presentó el recurso en los siguientes términos:

" Para resolver, la Sala sostuvo que ' De conformidad con el artículo 29 del C. de P.C., aplicable en este caso por remisión que a él hace el artículo 267 del C.C.A., contra los autos dictados por la Sala y que decidan la apelación no procede ningún recurso ', sin embargo, como quiera que en la providencia recurrida en primera oportunidad se acogió una doctrina completamente contraria a la que había sido la tradicional en la Corporación, respecto a la jurisdicción competente para conocer de los conflictos suscitados por las actuaciones y actividades que adelanta la Empresa Puertos de Colombia, esta Fiscalía considera, y así lo interpone formalmente, que *contra la última providencia cabe el RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA* consagrado en el artículo 2o. de la ley 11 de 1975, con el fin de que la Sala Plena *revoque la última providencia* y entre a decidir de fondo sobre si se va a acoger como nueva jurisprudencia sobre el tema lo expuesto en la providencia que emitió esa Sala el 14 de marzo de 1986, o si, por el contrario, se continúa la linea de pensamiento que al respecto ha tenido desde siempre la Corporación, en cuyo último caso deberá entonces disponer la admisión de la demanda y el envío del expediente al Tribunal Administrativo del Magdalena para que continúe el proceso." (subraya la Sala).

Más adelante expresa el recurrente:

" Como los anteriores seguramente existen otros antecedentes más que nos permiten afirmar que indudablemente la línea de pensamiento del Consejo de

Estado, hasta recientes días, era que los conflictos relativos a actuaciones de la Empresa Puertos de Colombia eran del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, pensamiento que ahora quiere recogerse mediante providencia que, *como la que es objeto del presente recurso,* esta Fiscalía no comparte...". (se destaca).

Para sustentar el recurso afirma que la Corporación ha sostenido doctrina opuesta a la consignada en el auto de 14 de marzo de 1986 y para probar su aserto cita los siguientes fallos:

1o- Sentencia de 7 de abril de 1984, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Samuél Buitrago Hurtado.

2o- Sentencia de 24 de marzo de 1984, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Samuel Buitrago Hurtado, y

3o- Sentencia de 20 de marzo de 1984, Sección Primera, Consejero Ponente Dr. Roberto Suárez Franco.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Son varios los reparos que debe formular la Sala al recurso extraordinario interpuesto por el señor Fiscal:

1o- Si como se expresa en el primer párrafo transcrito, la súplica se interpuso contra el último auto, el de 27 de febrero de 1987, por el cual la Sala rechazó el recurso de reposición, la súplica es improcedente por disposición del inciso 3o. del artículo 348 del C. de P.C., al cual se remite el artículo 180 del C.C.A.

Por otra parte, en este auto no se trató el punto de derecho cuya interpretación afirma el recurrente es contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no es viable interponer recurso extraordinario de súplica contra una providencia para que se revise la jurisprudencia contenida en otra.

2o- Si se interpuso contra el auto del 14 de marzo de 1986, mediante el cual se confirmó la inadmisión de la demanda, como en el segundo párrafo transcrito lo sugiere el recurrente, la impugnación, presentada el 9 de marzo de 1987, es extemporánea, porque el auto fue notificado por estado el 21 de agosto de 1986 y aun cuando contra él se interpuso reposición, sabido es que la interposición de un recurso contra providencia que carece de recursos no impide ni retarda su ejecutoria.

3o- Finalmente, como todas las sentencias que se invocan contrariadas pertenecen a la Sección Primera de la Corporación, la Sala considera pertinente

reiterar que la jurisprudencia cuyo desconocimiento puede originar la revisión de una providencia a través del recurso extraordinario de súplica, es la sentada por la antigua Sala de Negocios Generales o por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, como lo dispone actualmente el artículo 130 del C.C.A. que recogió el pensamiento que de tiempo atrás tenía la Corporación al respecto.

Por todas las consideraciones anteriores, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Fiscal Primero de la Corporación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente a la Sección de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Reynaldo Arciniégas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,* Salva Voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández,* Salva Voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández,* Salva Voto; *Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Salvamento de voto)

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de marzo 25/ 81, restringió el recurso creado por la ley y reglamentado por los Acuerdos 02/71 y 01/78, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado. Esta atribución constitucional directa que tiene la Corporación en su Sala Plena, cuyo ejercicio genera un Reglamento Constitucional, no puede ser variada por el legislador ordinario ni por el extraordinario, ni mucho menos por la denominada jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa. En el *Sub judice,* las providencias que cita como contrariadas la fiscalía al interponer el recurso, fueron expedidas por la Sección Primera. A la sazón estaba vigente el artículo 2o. de la Ley 11/75 y vigente además el Reglamento del Consejo de Estado.

COLPUERTOS-Naturaleza de sus actos/ **ACTO DE COMERCIO/ TARIFA/ JURISDICCION ORDINARIA/ COMPETENCIA** (Salvamento de voto)

Cuando Colpuertos factura los servicios con sujeción a tarifas, previamente señaladas ejerce actos de comercio sujetos a la legislación mercantil y los conflictos que de ellos surjan se someten a la jurisdicción ordinaria. Si la explotación comercial portuaria no es ni material, ni formalmente una función administrativa, tampoco lo serán los actos de facturación y cobro que en desarrollo de la misma se realicen.

Salvamento de Voto Doctor Juan de Dios Montes Hernández.

Referencia: Expediente No. S-013. Actor: Navemar Ltda.

Con todo respeto me separo de la opinión mayoritaria, por las siguientes razones:

1 - PROCEDENCIA DEL RECURSO

El legislador, por medio del Decreto-Ley 528 de 1964, en su artículo 24, creó la necesidad procesal de unificar la jurisprudencia del Consejo de Estado proveniente de las diferentes Secciones o Salas. Este procedimiento, que se sepa, jamás tuvo operancia, a pesar de que esta Corporación, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 141-4, expidió el Acuerdo No. 2 de 1971, complementado por el Acuerdo No. 1 de 1978, por medio de los cuales adoptó su propio reglamento en cuyo artículo 13 definió qué se entiende por jurisprudencia. Sobre el particular precisó: " Para los efectos del artículo 24 del Decreto-Ley 528 de 1964 se entiende por jurisprudencia dos decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho proferidas por cualquiera de las Salas o Secciones "; y además señaló el procedimiento para variarla: " Todo cambio de jurisprudencia corresponde hacerlo a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, previa convocatoria hecha por la Sala o Sección que conozca del asunto."

Debido a la ineficacia de estas normas, el legislador, en procura de la garantía de los derechos de los particulares y de la seguridad jurídica, por medio de la Ley 11 de 1975, institucionalizó el recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Art. 2o), aclarando y adicionando el artículo 24 del Decreto 528 de 1964. La causal para la procedencia de este recurso sería la adopción, por cualquiera de las Secciones, sea por medio de auto interlocutorio o de sentencia, de doctrina contraria a alguna jurisprudencia.

El Profesor Miguel González Rodríguez comenta esta irregularidad, en su obra Derecho Procesal Administrativo, pág. 527 de la siguiente manera:

> " El reiterado desconocimiento de esta norma por parte de las Secciones de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, con el consiguiente caos jurisprudencial pues llegaron a presentarse tantas jurisprudencias cuantas eran las secciones contenciosas, sin saberse, por consiguiente, cuál era la jurisprudencia de la Corporación, llevaron al legislador a expedir la Ley 11 de enero 13 de 1975, por cuyo artículo 2o. se consagró este recurso extraordinario de súplica para ante la Sala Plena de lo contencioso administrativo, contra la providencia o sentencia en donde se acogiera doctrina contraria a alguna jurisprudencia, sin la previa aprobación de la Sala Plena,..."

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 25 de marzo de 1981, restringió el recurso creado por la ley y reglamentado por los Acuerdos 02 de 1971 y 01 de 1978, expedidos por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Esta normatividad positiva estaba señalando competencias al Juez Contencioso Administrativo para conocer del recurso de súplica; competencias que no pueden

ser variadas por vía jurisprudencial máxime cuando fueron reiteradas, por el art. 1o. del Decreto-Ley 2278 de 1989 que modificó el artículo 4o. del Decreto Ley 1665 de 1970 (Estatuto orgánico de la Administración de Justicia), en los siguientes términos:

" *Competencia de las Corporaciones.* La competencia de las corporaciones en pleno y la de las salas, se determina por la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que expidan las correspondientes salas plenas ".

El razonamiento anterior parte del axioma jurídico, según el cual, la Constitución es norma de organización y de atribución de competencias a los diferentes órganos del Estado; de acuerdo con él, tenemos, en primer término, que el legislador, por medio del artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, señaló a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo competencia para conocer del recurso extraordinario de súplica, cuya finalidad había sido predefinida por el artículo 2o. del Decreto Ley 528/64. En segundo término, el Consejo de Estado, en su Sala Plena, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 141-4 y el decreto 4120 de 1949 (art. 9o.), adoptó su reglamento, como ya se señaló. Esta atribución Constitucional directa que tiene la Corporación en su Sala Plena, cuyo ejercicio genera un Reglamento Constitucional, no puede ser variada por el legislador ordinario ni por el extraordinario, ni mucho menos por la denominada jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa Administrativa.

Lo que se ha presentado en la última década, con el manejo del recurso extraordinario, es una falta de consonancia con la Constitución Nacional. Es preciso recordar que el Juez Administrativo fue instituido para controlar el ejercicio del poder público, y los recursos previstos en las leyes son mecanismos de defensa que tienen los administrados en sus relaciones desiguales frente a la exorbitancia del Estado. Esta ha sido y es la conquista de la ideología liberal en Occidente y sólo con fundamento en este principio, es posible razonar el caso procesal *sub-lite.*

Sobre este aspecto hay que resaltar el enjundioso salvamento de voto a la sentencia indicada, del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, en especial donde sostiene:

" a) La jurisprudencia en el Consejo de Estado es obra no sólo de la Sala Plena, sino de las Secciones; b) los artículos 24 del decreto 528 de 1964 y 2o. de la Ley 11 de 1975 no sólo no contradicen este aserto sino que lo corroboran; c) La interpretación dada por la Sala Plena conduce precisamente a los incovenientes que dice evitar; d) Las Salas o secciones especializadas son las que en primer término sientan la jurisprudencia sobre los asuntos de su incumbencia y no es la plena la que toma esa iniciativa "

Continuando con la historia legal del recurso y de los avances por él sufridos, con posterioridad a lo dicho, el C.C.A. adoptado por el Decreto 01 de 1984, deregó

la precitada disposición de la ley 11 de 1975, derogatoria que fue declarada inexequible por la Honorable Corte Suprema de Justicia, lo cual permitió que reviviera la norma contentiva del mismo, y en lógica jurídica revivieron las normas que fueron aclaradas y adicionadas por esta ley, es decir los artículos 22 y 24 del Decreto 528 de 1964.

El legislador extraordinario, por medio del Decreto 2304 de 1989 (hoy artículo 130 del C.C.A), subrogó el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975. De una comparación textual de las disposiciones se advierte que la única modificación de fondo es la exclusión, para la decisión de la Sala Plena, de los Consejeros pertenecientes a la sección que profiera la providencia recurrida.

En todo caso, el reglamento contenido en los Acuerdos 02 y 01 de 1971 y 1978, en el cual se fija el contenido de la jurisprudencia, sigue vigente porque su orígen y su suerte no dependen, como se dijo antes, de la ley sino de la Constitución.

En el caso *sub-judice,* las providencias que cita como contrariadas el Señor Fiscal al interponer el recurso, fueron expedidas por la Sección Primera. A la sazón estaba vigente el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 y vigente además, el artículo 13 de los Acuerdos No. 2 de 1971 y 1 de 1978, es decir, el Reglamento del Consejo de Estado.

Es preciso anotar que por mandato de la Ley 153 de 1887 en su artículo 40, en concordancia con el artículo 266 del C.C.A., los recursos interpuestos se regirán por la ley vigente al momento de su interposición. Y en marzo 14 de 1986, las normas vigentes sobre la materia eran las previstas en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975 y 13 del Reglamento del Consejo de Estado.

La ley impone al recurrente la carga procesal de indicar las providencias contrariadas por la recurrida, dado que se trata de un recurso extraordinario; de esa manera procede el Señor Fiscal. Es menester subrayar, además, que quien recurre es el Ministerio Público, cuyo interés para actuar es la defensa de los intereses generales, ajeno a todo interés particular o económico.

Precisado lo anterior, además de las providencias aducidas por el recurrente, existen por lo menos dos más, proferidas por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: la una anterior y la otra posterior al recurso; esta última no la podía conocer el Fiscal. Esas sentencias son las siguientes:

a. Sentencia de la Sala Plena del 6 de agosto de 1964, con ponencia del H. Consejero Ricardo Bonilla Gutiérrez - Anales del Consejo de Estado; T. LXVIII, Nos. 405-406, pág. 145, y

b. Sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de la H. Consejera Clara Forero de Castro, de 10 de noviembre de 1989, Expediente No. S-011.

La primera consideró tasas los cobros que hace Colpuertos como contraprestación a los servicios portuarios. La segunda se produjo en un asunto en el que se debatían hechos y argumentos indénticos a los del caso *sub-judice* y dijo lo siguiente:

" Al disponer el Decreto-Ley 1174 de 1980 que la fijación de tarifas que deban cobrarse por los servicios portuarios se haga mediante auto administrativo, pues requiere la aprobación del Gobierno Nacional, le está dado el carácter de ' tasa ', a las sumas que se cobran por tales servicios, como lo tenía establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado.

" Ahora bien: los actos que se expiden para aplicar esas tarifas, constituyen simplemente una interpretación del acto general que las determinó, dictado en forma unilateral. Para cumplir con los principios de publicidad y contradicción que deben informar las actuaciones administrativas, se estableció en el Decreto 550 de 1981 y en la Resolución No. 083 de 17 de junio de 1983 la obligación de notificar la liquidación contenida en las facturas, y además un verdadero procedimiento gubernativo; procedimiento que se utiliza en este caso para controvertir una decisión, como ocurre frente a cualquier otro acto de la administración.

" Las decisiones de los particulares no están sometidas a controversia mediante procedimiento gubernativo.

" De manera que, bien puede sostenerse, que todo lo relacionado con la interpretación y aplicación de esas tarifas, constituye acto administrativo demandable ante esta jurisdicción."

Se hace alusión a estas dos últimas providencias porque para efectos de unificar la jurisprudencia, es conveniente disponer de la totalidad de los elementos de juicio sobre la materia.

Por otro lado, incluso si el recurso interpuesto por el Ministerio Público no fuera procedente es obligación de la Sala Plena rectificar la doctrina contenida en las sentencias que se han reseñado; así lo sostiene de manera enfática el Profesor Carlos Betancur Jaramillo en su texto " Derecho Procesal Administrativo " págs. 380, 381:

" La jurisprudencia desconocida no puede ser cualquiera sino sólo aquélla que esté vigente cuando se expidió la sentencia recurrida. De lo contrario, se

llegaría al absurdo de que el Consejo declarara procedente el recurso por el desconocimiento de una doctrina que ha sido cambiada por la misma Corporación.

" El cambio jurisprudencial anotado debe ser decisivo; es decir, debe haber recaído en el argumento o los argumentos que condicionaron la decisión y no en las anotaciones marginales que suelen hacer los juzgadores a título de adorno o de mera lucubración teórica.

" Por tal razón, para los efectos aquí estudiados, el Consejo confrontará los motivos que tuvo para pronunciar el fallo con los presupuestos que configuran la tesis jurisprudencial anterior que se ha venido aplicando.

" *Se hace la aclaración procedente porque cuando el vuelo jurisprudencial se produce en argumento secundario y no decisivo no habrá lugar a la prosperidad del recurso, pero el Consejo deberá hacer la rectificación jurisprudencial del caso, tal como sucede en el recurso de casación en similares circunstancias* ". (El subrayado es mío).

EL REGIMEN JURIDICO DE LOS ACTOS DE COLPUERTOS

Frente a la contradicción anotada, debía la Sala dilucidar la naturaleza jurídica de los cobros que, por servicios portuarios, efectúa la Empresa Puertos de Colombia, y decidir si correspondían o no al desarrollo de funciones administrativas. Esta era la cuestión por resolver.

Las disposiciones legales vigentes en materia del régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado establecen esta regla general: sus actos se rigen por las normas del derecho privado y los conflictos que sobre ellos se susciten son justificables por la jurisdicción ordinaria. De manera excepcional la jurisdicción contencioso administrativa conoce de los actos de dichas empresas que se originen en el ejercicio de una función administrativa (artículos 6o. del Decreto Ley 1050 de 1968 y 31 del Decreto Ley 3130 del mismo año).

Dicho así, es una simple apariencia. El tema impone, de manera insoslayable, utilizar un método que permita comprender una realidad jurídico- económica que desborda todos los prinicipios que informan la hermenéutica tradicional del positivismo jurídico. Esta realidad se origina en el proceso de la transformación que se viene dando en la concepción del Estado contemporáneo y cuya consecuencia inmediata se presenta en las relaciones entre el derecho público y el derecho privado.

No hay duda alguna que los principios que servían de fundamentos basilares al Estado liberal clásico han ido desapareciendo o, mejor, transformándose, y en la

época actual, el Estado de manera imperceptible, ha ido asumiendo responsabilidades en el proceso de acumulación de capital para llenar el espacio que la debilidad de la iniciativa privada impedía cubrir. Es así como en nuestro régimen constitucional y administrativo, a partir de la reforma de 1936, empieza a aparecer este fenómeno jurídico-económico: la administración asume funciones en el campo industrial y comercial.

Esta situación, de suyo, presenta una confusión en la delimitación de las áreas pertenecientes al derecho público y al derecho privado, confusión que ni la ley, ni la doctrina, ni la jurisprudencia han ayudado a aclarar. Por eso es preciso hacer un esfuerzo para interpretar teleológica y sistemáticamente las normas que contienen ese cometido estatal.

Partimos de este supuesto: que el Estado como unidad política, en ejercicio de la potestad de distribución de competencias, descentralizada funcionalmente la Administración Pública; para ejecutar políticas de gobierno, a través de funciones administrativas, creó los establecimientos públicos, y para participar en el proceso de acumulación de capital y, consecuencialmente en la distribución de la tasa de ganancia, creó las empresas industriales y comerciales y previó las sociedades de economía mixta. En este último campo, la voluntad del constituyente y del legislador era y es la de que el Estado, a través de esas entidades, participara en la actividad económica en igualdad de condiciones con la iniciativa privada. En él las reglas del juego son las que rigen a los industriales y comerciantes, y la administración pública, cuando se acoge a ellas tiene que, además de observarlas, garantizar el ejercicio libre de la actividad empresarial (art. 32 de la C.N.).

Esta debió ser la premisa orientadora de la decisión de la Sala.

ANTECECEDENTES Y EVOLUCION DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA

Hasta 1959, la administración portuaria estaba a cargo de la Nación a través del Ministerio de Obras Públicas y de la Superintendencia de Puertos. En ese año la ley 154 creó una entidad dotada de personería jurídica, patrimonio y organización propios, denominada Puertos de Colombia. En otros términos creó un centro de imputación de relaciones y posiciones jurídicas.

La nueva empresa estaba encargada de " organizar y administrar los terminales y puertos nacionales " (art. 1 de la Ley 154); su patrimonio se integró con la totalidad de " los bienes, derechos, instalaciones, servicios y capital de trabajo de los puertos y terminales marítimos de Barranquilla, Buenaventura, Cartagena, San Andrés, Santa Marta, Tumaco y los demás puertos marítimos y fluviales que en el futuro sean incorporados por el gobierno a la empresa " (art. 2o. de la Ley 154), y se le dio

la facultad de recaudar " los derechos establecidos por el Decreto 407 de 1958, y los que la misma empresa establezca en el futuro, previa aprobación del Gobierno Nacional..."; también se estableció que ella recaudaría " los derechos de bodegaje de que trata la Ley 79 de 1931, con excepción de los causados por la presentación tardía de los manifiestos de aduana ". (art. 3o. Ley 154).

Es decir, la empresa " Puertos de Colombia " nació a la vida jurídica con las características propias del género que, años más tarde, se denominaría establecimiento público, y que la reforma de 1968 llamó " entidades descentralizadas ", con las funciones de administrar unos bienes públicos determinados, a través de una estructura administrativa y jurídica más apropiada y autónoma. Por tal actividad habría de recaudar los derechos " de bodegaje " que la Ley 79 de 1931 había creado en favor de las Aduanas Nacionales, así como los derechos a que se refería el Decreto 407 de 1958, que eran las tarifas correspondientes a los servicios de pilotaje, derechos de puerto, muellaje, apertura y cierre de bodegas, manejo de carga y servicios de equipo, energía, agua y teléfono.

Las ponencias y debates previos a la expedición de la Ley 154 de 1959 indican que el servicio portuario no se consideraba como función administrativa; al respecto se transcribe un aparte de la discusión en la Cámara de Representantes:

> "...el honorable Representante Gómez Gómez explica que una cosa son las funciones del Gobierno como tal, y cosas diferentes son las funciones del gobierno como empresario, porque lo que pasa es que en los puertos marítimos las aduanas cobran no solamente los impuestos como tales, sino que también cobran los impuestos (sic) por la prestación del servicio del puerto. Por lo tanto hay que hacer distinción entre los dos cobros mencionados, ya que con el proyecto que se discute se busca exclusivamente organizar los servicios portuarios en forma técnica y adecuada, sin tocar lo referente a los derechos de aduana. En consecuencia se ve claramente que las Juntas locales van a manejar una empresa que bien puede ser particular o del Estado. Porque el Estado en sus funciones como Estado requiere de normas precisas que no puede delegar, pero cuando asume la posición de empresario y absorbe la administración de los servicios se considera como un particular, por lo cual bien puede delegar la administración y por consiguiente el cobro ".
>
> " Interpela el honorable Representante Peñaranda diciendo que no se trata de impuestos porque es un asunto claramente discriminado, sino que debe merecerles atención lo referente a las obras ejecutadas, por ejecutar y explotar, que al no asumirlas el Estado y sí delegarlas a particulares, podría acarrear serios trastornos, que para ser más claro no tenía inconveniente en exponer su duda, la cual consiste en que siendo Colombia un país pobre es el Estado quien debe asumir no solo la construcción de los muelles, sino también velar por la

prestación integral de los servicios que esas obras buscan como finalidades específicas ". (Historia de las Leyes; 2a. Epoca, T. 8. 1959; págs. 430 y 431).

El legislador de 1959 nunca expresó que tales servicios correspondieran a una función administrativa que, *por su naturaleza propia,* tuviese que estar en cabeza del Estado. De la lectura de los antecedentes de la Ley 154, concluye la Sala lo siguiente:

a. Que el Estado adelantaba la administración de los puertos fundado en su carácter de propietario de los mismos;

b. Que los servicios Portuarios eran considerados como servicios públicos; y

c. Que, para una mejor prestación y eficiencia en el servicio, era necesario modificar el régimen vigente y optar por una estructura descentralizada que agilizara su funcionamiento.

LAS REFORMAS DE 1968, 1971, 1975 Y 1980.

En 1968, mediante las reformas Constitucional y administrativa, se introdujo modificaciones sustanciales a la administración pública central y a sus entidades descentralizadas, dentro de las cuales, se destaca el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado. Dicho régimen, fue magistralmente resumido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el 11 de diciembre de 1970, Radicación No. 487 cuando, con ponencia del Dr. Luis Carlos Sáchica, se dijo:

" Del estudio de las disposiciones referidas se puede deducir que:

" 1o. El régimen legal de los actos de las empresas industriales y comerciales del Estado, se puede determinar así:

" a. Los actos referentes a su creación organización, control fiscal y relaciones con la administración central, es decir, los que realizan como parte del Estado y en razón de su vinculación con los organismos principales de aquélla, son de carácter administrativo y, como tales, están regidos por normas de derecho público, contenidas en el acto de su constitución, los estatutos, y las leyes y reglamentos especiales que regulen estas actividades;

" b. También, con iguales razones, son actos administrativos regidos por el Derecho Público, los que las empresas realicen en desarrollo de funciones puramente administrativas, distintas a las enunciadas en el literal anterior, que les hayan sido asignadas por leyes especiales, y

" c. Los demás actos de las empresas, esto es, aquellos mediante los cuales adelantan las operaciones de explotación industrial y comercial específicas señaladas por su objeto son, en principio, y como regla general, actos sometidos al derecho privado, con dos excepciones:

" 1a. Que la ley haya dispuesto lo contrario, como en el caso del artículo 36 del Decreto 3130 de 1968, respecto de la contratación de empréstitos, internos o externos, los cuales deben celebrarse de conformidad con las leyes especiales que regulan esta clase de operaciones para todos los entes del estado, siendo por ello, actos administrativos, y

" 2a. Que la propia empresa, con base en la autorización del artículo 34 del mismo Decreto, pacte la cláusula de caducidad administrativa, atendiendo a las conveniencias del respectivo organismo, caso en el cual tal relación es de naturaleza administrativa y las controversias a que den ocasión son de competencia de la justicia contencioso-administrativa.

" De donde, concluyendo, el régimen legal de los actos y hechos de las empresas estatales de naturaleza industrial y comercial no dependen exclusivamente del carácter de la función que se desarrolle a través de los mismos, pues en algunos casos, aunque por excepción, la propia Ley determina su régimen, como de Derecho Público, y, en relación con los demás, de que el organismo de que se trate escoja uno u otro sistema legal, cuando la ley consagra esta alternativa. O sea, que para algunos actos, los de los literales a) y b), la ley prefija su régimen de derecho Público, en tanto que para los del literal c), la Ley da opción para escoger el estatuto que quiera aplicarse con las excepciones indicadas antes. Todo esto responde a que tales empresas tienen una naturaleza intermedia entre el establecimiento público y la sociedad de economía mixta, pues aunque sean descentralizadas y autónomas, forman parte del Estado y son entes de Derecho Público, y a la vez, la índole de sus fines les impone la actuación por los modos y reglas del derecho común ".

En 1971 se produjo otra reforma de carácter legal que afectaría a la Empresa. Consistió en la expedición del nuevo Código de Comercio, cuyo artículo 20 determinó:

" Artículo 20.- Son mercantiles *para todos los efectos legales:*

" 1o...

" 2o...

"...

"9o. La explotación o prestación de servicios de puertos, muelles, puentes, vías y campos de aterrizaje.

" 19o...

A partir de esta fecha, el Legislador definió, de manera general y sin restricción, que para todos los efectos legales la explotación de muelles y puertos sería considerada actividad mercantil, sujeta, por lo tanto, a la ley comercial.

En 1975 hubo otras reformas. El decreto 561 de ese año modificó la naturaleza de la empresa Puertos de Colombia y adoptó otras determinaciones fundamentales desde el punto de vista jurídico administrativo. Decidió que funcionaría como empresa comercial del Estado (art. 1o); le asignó funciones de dirección, administración, *explotación,* conservación y vigilancia de muelles (art. 2o), y estableció que el régimen de sus actos sería de derecho privado cuando se tratara de actividades comerciales y de derecho público, en tratándose de funciones administrativas confiadas por la ley. (art. 29).

El artículo 3o. del decreto citado atribuyó a Colpuertos las siguientes funciones para el desarrollo de sus actividades de administración, explotación, conservación y vigilancia de puertos:

- Organizar y prestar servicios de embarque, desembarque, movilización y almacenamiento de carga;

- Organizar y prestar servicios adicionales, tales como pilotaje, alquiler de equipos terrestres, y flotantes, agua, luz, teléfono, auxilio en caso de incendio, siniestro o avería y los demás propios de la organización portuaria;

- Construir nuevos terminales;

- Expedir normas para el funcionamiento de muelles privados debidamente autorizados;

- Fijar las tarifas que deban cobrarse por la prestación de servicios portuarios y demás que presten los terminales;

- Prestar servicios de vigilancia y participar, en las condiciones que la ley señale, en el establecimiento de zonas francas.

Este decreto despejó toda duda respecto del régimen jurídico aplicable a Colpuertos: por una parte, sus actos debían estar regidos por el derecho privado como regla general y solamente por vía excepcional por el derecho público; por otra

parte, al ser definido por la ley su objeto social consistente en la explotación de los bienes que administraba, tal actividad quedó cobijada por lo dispuesto en el artículo 20, numeral 9o. del Código de Comercio, y sujeta por tanto a las disposiciones comerciales. Ambas conclusiones se desprenden de la simple lectura de las disposiciones mencionadas.

En efecto, todas las funciones previstas en el artículo 3o. del decreto 561 de 1975, salvo la del numeral 4o, corresponden a actividades inherentes a la administración, organización y explotación de muelles y terminales. Los servicios de recalaje y lo que ello conlleva son propios de la explotación portuaria y constituyen el contenido y la esencia del tal función; sin esos servicios no podría hablarse de administración ni de explotación de puertos, función ésta que constituye la razón de ser de la empresa Puertos de Colombia.

En consecuencia, las tareas de administrar, organizar y explotar los muelles y terminales confiados a Colpuertos no constituyen funciones administrativas sino actividades propias de las relaciones comerciales.

Entonces, si a la luz de la legislación vigente hasta el año de 1975, pudiera ser defensable la tesis de que la administración portuaria era una función administrativa, a partir de la expedición del Decreto 561 tal apreciación no es posible sin contradecir el concepto de la Empresa Industrial y comercial del Estado y las disposiciones imperativas del Código de Comercio.

Si partimos del principio general según el cual los actos de las empresas industriales y comerciales del estado se rigen por el derecho privado, y sólo excepcionalmente por el derecho público en los casos determinados expresamente por la ley, es imperioso concluir que la actividad de puertos ejercida por la Empresa se somete por regla general a un régimen jurídico de derecho privado. Considerar que los actos inherentes a la explotación portuaria corresponden al ejercicio de una función administrativa, indefectiblemente nos llevaría a concluir que en Colpuertos se presenta un fenómeno jurídico único: que una Empresa Industrial y Comercial del Estado (y sólo ella) produciría, a contrapelo de la ley, por regla general, actos administrativos, y, por excepción actos sometidos al derecho privado.

Tamaña interpretación no tendría sentido, pues desvertebraría el propósito del constituyente de 1968 y del Legislador de ese mismo año y del de 1971 y 1975 cuando definió el régimen aplicable a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en general y a Colpuertos en particular.

En ese orden de ideas, no hay duda de que cuando Colpuertos factura los servicios con sujeción a tarifas, previamente señaladas ejerce actos de comercio

sujetos a la legislación mercantil y los conflictos que de ellos surjan se someten a la jurisdicción ordinaria.

Esta característica no sufre ninguna variación con el hecho de que el Gobierno Nacional tenga que autorizar las tarifas que deban cobrarse por la prestación de los servicios portuarios, pues la aprobación que debe darse, ella sí función administrativa, no es más que una autorización global sobre su monto y fecha de aplicación en ejercicio de un control administrativo similar a la que, para otro tipo de productos o servicios públicos debe dar el gobierno.

Si la explotación comercial portuaria no es ni material, ni formalmente una función administrativa, tampoco lo serán los actos de facturación y cobro que en desarrollo de la misma se realicen.

Mediante el decreto 1174 de 1980, expedido en desarrollo de las funciones que le habían sido otorgadas por la Ley 29 de 1979, el Gobierno reestructuró nuevamente la empresa Puertos de Colombia, modificando algunas de las disposiciones consagradas en el Decreto 561 de 1975. Sin embargo, esta reestructuración no afectó la naturaleza jurídica de la empresa, ni le asignó funciones diferentes a las que en 1975 le habían sido confiadas. Por el contrario, dicho decreto ratificó su carácter de empresa comercial del Estado; mantuvo su función de administración, dirección, explotación y conservación de muelles y terminales, y ratificó en su art. 24, que el régimen jurídico de los actos y contratos sería el previsto en las normas que regulan la actividad y el funcionamiento de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional.

Detengámos en algunos de los argumentos expuestos en Sentencia de Sala Plena de 10 de noviembre de 1989 (Expediente S-011):

" En la sentencia de 6 de agosto de 1964 se analizaron los servicios portuarios y la naturaleza de lo cobrado por tal concepto, para convenir que es una tasa, o sea la cantidad que cobran las entidades públicas como retribución por los servicios que prestan."

Mas adelante se repitió:

" Al disponer el Decreto-Ley 1174 de 1980 que la fijación de tarifas que deben cobrarse por los servicios portuarios se haga mediante acto administrativo, pues requiere de la aprobación del Gobierno Nacional, le está dando el carácter de ' tasa ' a las sumas que se cobran por tales servicios, como lo tenía establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado.
" Ahora bien: los actos que se expiden para aplicar esas tarifas, constituyen simplemente una interpretación del acto general que las determinó, dictada en

que deben informar las actuaciones administrativas, se estableció en el Decreto 550 de 1981 y en la resolución No. 083 de 17 de junio de 1983 la obligación de notificar la liquidación contenida en las facturas, y además, un verdadero procedimiento gubernativo; procedimiento que se utiliza en este caso para controvertir una decisión, como ocurre frente a cualquier otro acto de la administración".

Es preciso advertir que para la fecha de la sentencia (6 de agosto de 1964), el Derecho Administrativo Colombiano no se había estructurado tecnicamente de manera que pudiera dar respuesta a la transformación que estaba sufriendo el Estado colombiano y la consecuente descentralización funcional de la Administración. Esta circunstancia conduce a conceptos confusos sobre la concepción jurídica de estas entidades.

Pero, a partir del momento en que el Estado se descentraliza por razones del servicio y crea, entre otras, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado para participar -como se dijo al comienzo de esta providencia- en la distribución de la tasa de ganancia en el proceso de acumulación de capital, ya no es posible utilizar el concepto de " tasa ", sino de precio. El concepto precio que implica ganancia, razón por la cual el legislador de emergencia de 1974 las hizo pasibles del régimen impositivo, y así lo dispuso el artículo 2o. del Decreto Legislativo 1979 de ese año:

" Artículo segundo. A partir del año gravable de 1974, son contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, de acuerdo con el régimen vigente para las Sociedades Anónimas, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta del orden nacional, cualquiera que sea la proporción del capital que en estas corresponda a entidades oficiales.

" Se exceptúan las entidades que tengan a su cargo la prestación de servicios de energía, acueducto, alcantarillado, postales, telecomunicaciones y salud pública".

Y la Honorable Corte Suprema de Justicia como Juez Constitucional al declarar la exequibilidad de la anterior disposición dijo en sentencia de octubre 15 de 1974, Magistrado Ponente: Dr. Guillermo González Charry lo siguiente:

" 5o. El Decreto que se examina responde, pues, al ejercicio de un poder constitucional según lo visto. Y guarda clara y estrecha relación con las causas invocadas en el decreto de declaración del estado de emergencia, pues de un lado busca, a través de los impuestos decretados y de la eliminación de exenciones, *trasladar al presupuesto nacional unas partidas del sector descentralizado de la administración, así como controlar las entidades que lo integran y determinar su rentabilidad y eficacia;* y destinar exclusivamente esas sumas, de otro, a la atención de unos servicios cuyas fallas sse invocan

esas sumas, de otro, a la atención de unos servicios cuyas fallas sse invocan como causa parcial de la emergencia económica. (Subraya la Sala).

Así lo sostiene el Dr. ALEJANDRO RAMIREZ CARDONA en su Texto "Derecho Tributario " 3a. Ed., Editorial Temis -1985, pág. 5:

" El concepto de tasa adoptado por el modelo proviene de la tesis restrictiva que la circunscribe a los ingresos originados en la prestación de servicios públicos inherentes al estado (liberal clásico) es decir, de aquellos que en principio deberían prestarse mediante impuestos; por lo tanto, sin referencia al costo pero destinados al sostenimiento del servicio respectivo. Según esta clasificación, son tasas los pagos exigidos por autorización de documentos probatorios, por controles e inspecciones oficiales obligatorias, por otorgamiento de concesiones, por inscripción en los registros públicos, por actuaciones judiciales o administrativas y por otorgamiento de privilegios o protecciones jurídicas especiales. Son estas tasas administrativas, en su mayoría voluntarias, pues simplemente se prescinde de la protección jurídica a quien no las paga.

" De este modo quedaría excluidos del concepto de tasa los mal llamados precios públicos y políticos (iguales y aún inferiores al costo contable en la prestación del servicio) que no compensan la ganancia de la empresa, no solo porque hacen referencia al costo (factor económico) del servicio, sino porque son ingresos obtenidos en la prestación de servicios no inherentes al Estado de carácter económico. Y, serían inclusive precios tanto aquellos ingresos limitados al costo contable de producción del servicio o inferiores al mismo, como los superiores a ese costo o generadores de utilidades netas para las empresas estatales. Quedarían, financiera y jurídicamente, asimilados los servicios públicos de segundo grado o empresas públicas no rentables, con las empresas industriales y comerciales rentables del Estado, así regidos por el derecho privado y fijados sus ingresos, mediante decisión administrativa autónoma.

" El precio existe donde hay ingresos generadores de utilidades netas, es decir, superiores al costo contable del servicio. Es un ingreso de derecho privado que está en el interés tanto de los particulares como del Estado. Y existe tasa cuando hay contrapartida limitada por lo máximo al costo contable del servicio, sin ganancia para la empresa, así no sea de los servicios inherentes al Estado (como Estado liberal clásico) o meramente administrativos, sino de índole económica productiva. Es un ingreso de derecho público ya que los particulares no tienen interés en una gestión semejante, sin ganancia ".

La fijación de una contribución, como lo es la tasa obedece a un poder mayestático del Estado cuya consecuencia inmediata frente a los administrados es la exacción de la propiedad y su correlación con el derecho a la represenación.

Mientras que la fijación de tarifas o precios, tal como sucede por ejemplo con el transporte, con los productos farmacéuticos y, en el caso que nos ocupa con los servicios portuarios, obedece a una intervención genérica del Estado en el proceso económico por razones de policía administrativa - económica prevista en nuestro ordenamiento constitucional (art. 39).

Para mayor claridad, el Gobierno expidió el Decreto 3137 de 1980, que reglamenta la posibilidad de que los particulares presten por su cuenta y riesgo, servicios portuarios reservándose el control de las tarifas, circunstancias que, de un lado destruye la idea de monopolio y de otro lado impide que las tarifas se consideren como " tasas " a favor del tesoro público.

Esta norma, en lo pertinente dice:

" CONSIDERANDO:

"...

" Que el Decreto extraordinario 1174 de 1980, art. 3o, numeral 6o, determinó la competencia del gobierno para declarar como puerto habilitado obras portuarias de carácter privado y confirió a la Empresa Puertos de Colombia la atribución de regular su funcionamiento;"

"...

" Artículo 1o. *Definición.* Para los efectos de este Decreto se considera puerto de operación privada, el conjunto de instalaciones portuarias construido y administrado por particulares para uso propio y de terceros, previo permiso del Estado que por si mismo ofrece todas las facilidades técnicas y administrativas para el atraque y zarpe de buques de mediano y gran calado y para el cargue, descargue y almacenamiento de mercancías."

"...

" Artículo 18. *Tarifas.* La fijación de tarifas por servicios del puerto de operación privada, están sujetas al control del Gobierno Nacional."

Por otra parte, considerar, que el procedimiento establecido en el Decreto 550 de 1981 y en la Resolución 083 de 1983- para permitir a los particulares que entran en relación comercial con Colpuertos, formulen sus reclamaciones ante su inconformidad con la facturación de los servicios, imponga la calificación como de naturaleza administrativa el acto de facturación, no puede ser de recibo. Puesto que la naturaleza de un acto no se deriva del procedimiento interno establecido por una entidad para su producción y control.

Por vía de ejemplo, y para más claridad, en una situación de igual juez, tomamos el caso previsto en el artículo 6o. del Código Procesal del Trabajo, en el cual se exige como presupuesto previo para el ejercicio de la acción, el agotamiento de la vía gubernativa, para el caso de los trabajadores oficiales que rigen por la ley 6a. de 1945 y el Decreto 2127 de 1945 y cuyos conflictos los resuelve la jurisdicción ordinaria laboral.

Un caso similar es el previsto en el artículo 32 del C.C.A., adoptado por el Decreto-Ley 01 de 1984, que exige a la administración adoptar procedimientos para tramitar peticiones inernas y quejas, cuyas resultas, con la lógica censurada, serían todos actos administrativos, lo que contradice la realidad legal y jurisprudencial.

Todo lo dicho nos pone en presencia de la existencia de unas relaciones jurídicas de imbricación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, donde las fronteras entre el uno y el otro se tornan sinuosas y nos obliga a reflexionar desde una zona sombreada donde la jurisprudencia del Juez Administrativo debe producir un Derecho Superador de la ley, o, en otros términos del positivismo legalista para crear un verdadero positivismo jurídico.

En todo caso, debe advertirse que la inclusión constitucional de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado en la rama ejecutiva (art. 115- inciso final) puede variar en el futuro la apreciación de este salvamento de voto.

Juan de Dios Montes Hernández.

Fecha Ut Supra

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Salvamento de voto)

Antes de la vigencia del D. 2304/89, modificatorio del artículo 130 del C.C.A., las jurisprudencias de las secciones en que se encuentra dividido el Consejo de Estado, también deben de tenerse en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de súplica; por el contrario, desde cuando entró en vigencia el citado decreto, el recurrente tan sólo deberá citar como infringida "jurisprudencia de la Corporación". En el *sub-lite* la Sala Plena debió entrar al estudio de fondo del recurso de súplica. Por otra parte, el auto recurrido y el qúe desata el recurso contra aquel interpuesto, constituyen una sola unidad jurídica, cuando el último se limita a confirmar el primero. De tal suerte que en casos como el presente, sí era oportuno y viable el recurso extraordinario de súplica contra el auto recurrido, pues constituye una sola pieza jurídico-procesal con aquél en la medida en que lo reprodujo íntegramente.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Dr. Daniel Suárez Hernández.

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. S-013. Actor: Navemar Ltda.

Con debido acatamiento a lo que decidió la mayoría de integrantes de la H. Sala Contenciosa, me vi en la necesidad de salvar mi voto a la sentencia de 9 de agosto de 1991, aprobada el 6 del mismo mes y año, según la cual no prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el señor Fiscal Primero de la Corporación " contra el auto de 27 de febrero de 1986 proferido por la citada Sección Primera".

Las razones par discrepar, son las siguientes:

a) En punto tocante con el recurso extraordinario de súplica, existen dos etapas bien diferenciadas sobre el concepto que ha de tenerse por JURISPRUDENCIA. En otros términos, si la decisión recurrida puede ser violatoria de la jurisprudencia sentada por las secciones del Consejo de Estado y obviamente, la jurisprudencia nacida de la Sala Plena Contenciosa, o, si como lo precisa la decisión de la cual me aparto, que es la tesis reiterada por la mayoría, solamente habrá de limitarse a la de la Sala Plena Contenciosa o a la de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo o Sala de Negocios Generales. El suscrito entiende que antes de la vigencia del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del art. 130 del C.C.A., las jurisprudencias de las secciones en que se encuentra dividido el Consejo de Estado, también deben de tenerse en cuenta para los efectos del recurso extraordinario de súplica; por el contrario, desde cuando entró en vigencia el citado Decreto 2304 de 1989, el recurrente tan solo deberá citar como infringida "jurisprudencia de la Corporación".

b. En el *sub-lite,* el recurso extraordinario de súplica se formuló el 9 de marzo de 1987 (fls. 172 a 176) e invocó como violadas varias jurisprudencias de la Sección, pero relacionadas con el tema que aquí se debatió, vale decir, sobre la naturaleza jurídica de la Empresa Puertos de Colombia y consecuencialmente de sus actos, negocios y operaciones, para con base en ello deducir la jurisdicción asignada por el legislador para conocer y fallar las controversias suscitadas en torno de los mismos. De consiguiente, la Sala Plena debió entrar al estudio de fondo del recurso de súplica.

c. Por otra parte, el primer considerando de la sentencia de la cual me aparto, parte del equívoco de que el recurso de súplica contra el auto de 27 de febrero de 1987 de la Sección Primera, no era susceptible de dicho recurso por cuanto éste se limitó a rechazar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 14 de marzo de 1986, inadmisorio de la demanda. Olvida la mayoría de la Sala que el auto recurrido y el que desata el recurso contra aquél interpuesto, constituyen una sola unidad jurídica, cuando el último se límita a confirmar el primero. De tal suerte que en casos como el sucedido ante la Sección Primera, sí era oportuno y viable el recurso extraordinario de súplica contra el auto de 27 de febrero de 1987 que constituye una sola pieza jurídico-procesal contra el de 14 de marzo de 1986, dado que éste al confirmar en su totalidad el primero, lo reprodujo integramente.

En los anteriores términos, respetuosamente queda consignado mi salvamento de voto.

Daniel Suárez Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., 13 de agosto de 1991.

NOTA DE RELATORIA: El Salvamento de voto del Consejero Dr. Guillermo Chahín Lizcano se reduce a lo siguiente:

Los motivos de mi discrepancia con relación al fallo emitido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo no son otros que los atinentes a la adopción del criterio restrictivo que sólo considera como jurisprudencia de la Corporación la contenida en providencias de su Sala Plena, criterio que no comparto por cuanto, además de contradecir la definición que sobre el particular contiene el reglamento del Consejo de Estado, descalifica como jurisprudencia las providencias de las secciones.

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS/EXENCION TRIBUTARIA/ DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS/ COMPETENCIA

Pese a que el impuesto de espectáculos públicos creado por el artículo 7o. de la Ley 12/32 fue cedido a los municipios y al Distrito Especial de Bogotá, la competencia para el reconocimiento de las exenciones del tributo es de la Dirección General de Impuestos Nacionales, no del Distrito Especial.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., Agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente R-042. Actor: Roberto Echeverry Grisales. Reconstrucción Recurso de Anulación.

Mediante sentencia de trece de junio de 1990, la Sala al resolver sobre el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la parte actora contra el fallo proferido por la Sección Cuarta en el proceso radicado con el número 9153, accedió a anular la sentencia impugnada y ordenó, para efecto de dictar el fallo que la sustituya, la reconstrucción del proceso.

Ahora procede la Sala a conocer, asumiendo las funciones del Tribunal de instancia, del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor ROBERTO ECHEVERRY GRISALES contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que denegó las súplicas de su demanda.

LA DEMANDA

El actor, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del anterior Código Contencioso Administrativo, pidió a la jurisdicción la declaratoria de nulidad de las Resoluciones 1194 de 1979 y 2270 de 1980, proferidas por la Junta Distrital de Hacienda de Bogotá y como restablecimiento del derecho, el reconocimiento de la exención de impuestos de Espectáculos Públicos (Ley 33 de 1968) a las presentaciones realizadas en el Coliseo Cubierto el Campín de la ciudad, el día 19 de mayo de 1979, por la folclorista argentina MERCEDES SOSA.

Alegó el accionante la violación por parte de la Junta Distrital de Hacienda del reconocimiento que de la exención hizo la Dirección General de Impuestos del Ministerio de Hacienda y de lo ordenado por el artículo 9o. del Decreto 057 de 1969, reglamentario de la Ley 33 de 1968.

LA SENTENCIA

El Tribunal, a pesar de que coincidió con el demandante en que la Junta Distrital de Hacienda no tenía competencia para decidir sobre la exención de impuestos solicitada, denegó las súplicas de la demanda, por las siguientes consideraciones:

> " Ahora bien: en el entendimiento de que el Distrito no tenía competencia para pronunciarse sobre la exención del impuesto de Espectáculos Públicos cedido por la Ley 33 de 1968, en razón de que su reconocimiento administrativo fue dado a la Dirección General de Impuestos Nacionales, según el tantas veces mencionado artículo 9o. del Decreto 057 de 1969, los actos acusados resultarían nulos, precisamente por falta de competencia, pero nada más. Es decir, que la carencia de competencia no puede conllevar el restablecimiento del derecho como pretende el demandante, por las siguientes razones:
>
> a) El derecho de la exención fue reconocido por la autoridad administrativa competente. (Dirección General de Impuestos Nacionales).
>
> b) Tal reconocimiento se halla en firme.
>
> c) El no reconocimiento de la exención por parte del Distrito es inocuo frente al de la Dirección General de Impuestos Nacionales, por no tener el Distrito la competencia para hacer tal pronunciamiento, en virtud del Decreto 057 de 1959. Entonces si la súplica de la demanda es la de que se anulen los actos acusados y se conceda la exención, obvio es que no puede prosperar."

LA APELACIÓN

Insiste el apelante en demandar la nulidad de las Resoluciones acusadas y aduce que es la única manera de que no se haga nugatorio el derecho de su poderdante,

pues el Distrito no acepta la exención reconocida por la Dirección General de Impuestos Nacionales. Pide por consiguiente la revocatoria de la sentencia recurrida y la declaración de que el Distrito debe reconocer la exención impetrada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala es claro, como lo fue para el Tribunal, que pese a que el impuesto de Espectáculos Públicos creado por el artículo 7 de la Ley 12 de 1932 fue cedido a los Municipios y al Distrito Especial de Bogotá, la competencia para el reconocimiento de las exenciones del tributo es de la Dirección General de Impuestos Nacionales, no del Distrito Especial.

Se trata de un impuesto nacional cuya estructura se rige por normas del mismo orden, que fue cedido a los Municipios y al Distrito Especial por el artículo 3o. de la Ley 33 de 1968, en los siguientes términos:

> " Artículo 3o. A partir del 1o. de Enero de 1969, serán propiedad exclusiva de los municipios y del Distrito Especial de Bogotá los siguientes impuestos que se causen en sus respectivas jurisdicciones: a) El impuesto denominado ' espectáculos públicos ' establecido por el artículo 7o. de la Ley 12 de 1932 y demás disposiciones complementarias...
>
> Parágrafo. Los municipios y el Distrito Especial procederán a organizar y a asumir oportunamente la administración y recaudo de los impuestos a que se refiere este artículo, con las tarifas y sobre las bases normativas en-vigencia ".

" Con las tarifas y bases normativas en vigencia " significa que no pueden los municipios ni el Distrito modificar el *quantum* ni los demás elementos del tributo, entre ellos las exenciones ordenadas por la ley. Por esta razón el Decreto Reglamentario 057 de 1969 dispuso en su artículo 7o:

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

Y en el artículo 9o:

> " Artículo 9o. Los espectáculos que gocen de la exención del impuesto cedido, de conformidad con las leyes 213 de 1938, 9a. de 1942, 109 de 1943, 45 de 1944 y 60 de 1944, seguirán disfrutando de dicho beneficio y cuando sea necesario

su reconocimiento, éste será decretado por la Dirección General de Impuestos Nacionales, previo el procedimiento establecido en los respectivos reglamentos."

Argumentar, como lo hizo la Junta Distrital de Hacienda para no acatar este precepto que, por haberle sido cedido el impuesto, es el Distrito el que debe reconocer o negar las exenciones y que éstas no pueden ser sino las que hayan sido decretadas por el Concejo Distrital, es desconocer que el impuesto no es distrital sino nacional y, que lo que le fue cedido fue el producto de su recaudo, no el poder impositivo del legislador.

De manera que determinado como está que la Junta Distrital de Hacienda al negar la exención reclamada por el accionante usurpó la competencia atribuida a la Dirección General de Impuestos por el Decreto 057 de 1969, debe la jurisdicción acceder a declarar la nulidad de los actos acusados, que no son inocuos como lo estimó el Tribunal, pues por ser el Distrito el recaudador del impuesto, es a él a quien corresponde hacer efectiva la exención. Por ello a título de restablecimiento del derecho, cabe ordenar al Distrito Especial de Bogotá acceder al reconocimiento de la exención concedida por la Dirección General de Impuestos Nacionales, como lo impetra el demandante.

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- DECLARASE la nulidad de las Resoluciones números 1194 de Septiembre 13 de 1979 y 2270 de Junio 15 de 1980 dictadas por la Junta Distrital de Hacienda del Distrito Especial de Bogotá.

2o- Ordénase al Distrito Especial de Bogotá acceder a la exención del impuesto de espectáculos públicos reconocida por la Dirección General de Impuestos Nacionales para las presentaciones que llevó a cabo en la ciudad, el 19 de mayo de 1979, la folclorista MERCEDES SOSA.

3o- SUSTITUYESE así la sentencia proferida por la Sección Cuarta el 19 de octubre de 1984, anulada por la Sala Plena mediante sentencia de 13 de junio de 1990.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase a la Sección de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Julio César Uribe Acosta,Salvedad de Voto; Diego Younes Moreno, Luis A. Lizcano Blanco,* Conjuez; *Jorge Vélez Garcia,* Conjuez, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA/ INTERVENCION DEL ESTADO**

La inspección y vigilancia es una función policiva de verificación, en tanto que la intervención económica es una atribución participativa, que persigue un resultado económico previamente señalado como meta a través de planes y programas de contenido económico y social. La Superintendencia Bancaria solamente cumple la atribución ejecutiva de inspección y vigilancia que, en relación con los establecimientos de crédito, le compete al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa. Las normas legales no autorizan al Superintendente para exigir a sus vigilados la elaboración de planes y presupuestos.
DECLARASE LA NULIDAD de la Circular No. E.T. 014 de 1986 (febrero 5) expedida por la Superintendencia Bancaria.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá D.E., Agosto veintiuno (21) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. A-037. Actor: Asociación Bancaria. Recurso Extraordinario de Anulación.

Procede la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Asociación Bancaria contra la sentencia de única instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado el 22 de mayo de 1987.

I EL LITIGIO DE INSTANCIA

La Asociación Bancaria formuló demanda de nulidad contra la Circular E.T. 014 de 5 de febrero de 1986, expedida por la Superintendencia Bancaria, cuyo contenido fue resumido así en la sentencia:

" El acto acusado, Circular ET 014 de 5 de febrero de 1986, dispuso que los Presidentes, Gerentes Generales y Revisores Fiscales de los establecimientos Bancarios, Corporaciones Financieras, Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Compañías de Financiamiento Comercial, Financiadoras de vehículos, sociedades administradoras del sistema de Tarjetas de Crédito, Compañías de Seguros, Reaseguros y Sociedades de Capitalización debían enviar a la Superintendencia Bancaria, antes del 20 de diciembre de cada año, los presupuestos del ejercicio siguiente, con el fin de que ese organismo pudiera conocer en forma anticipada y cuantitativa los planes generales de esas entidades.

Los presupuestos deberían contener un plan sustantivo, el presupuesto maestro y el presupuesto financiero.

El plan sustantivo debía producirse como un " modelo conceptual que orienta las decisiones de planeamiento, surgidas de una visión detallada del futuro de la Empresa por parte de sus administradores " y ajustarse a un esquema que comprendiese los objetivos generales, las metas específicas, las estrategias y la declaración de los permisos de planificación.

El presupuesto maestro generaría " a través de las cédulas presupuestadas decisiones claves relacionadas con tasas activas y pasivas de interés, selección de riesgos, crecimiento y desarrollo, programas publicitarios, recursos humanos, necesidades de capitalización, etc."

En él debería contemplarse lo relativo a las previsiones de captación o producción, colocaciones, ingresos por intereses y comisiones, productos de seguros y reaseguros, ingresos por inversiones y otros conceptos, gastos por intereses y comisiones o costos de seguros y reaseguros, gastos administrativos, gastos de personal y otros.

El presupuesto financiero estaría concebido como " un sistema de cuantificar los resultados y las políticas administrativas, siendo un reflejo de los aspectos previstos en el plan sustantivo y la Planeación Financiera ".

El presupuesto financiero incluiría el estado de pérdidas y ganancias presupuestados, el Balance General presupuestado y el presupuesto efectivo.

Se establece en la circular que los Presupuestos Maestro y Financiero se deben preparar por todo el ejercicio, pero para períodos trimestrales con corte en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre.

Si de los informes de actuación la Superintendencia detectara desviaciones " cuyo impacto sean (sic) por defecto superiores o iguales al 15% en los ingresos o por excesos en los egresos, debían ser explicados y si se repitieran en dos (2) trimestres, el presupuesto tendría que ser reformado y enviado a aquel organismo dentro de los treinta (30) días siguientes al cierre trimestral.

El Revisor Fiscal debía certificar los informes de actuación y las explicaciones de las desviaciones trimestrales, el día 15 del mes siguiente al corte.

La Superintendencia recordaba a los destinatarios de la Circular que el incumplimiento de las indicaciones consagradas en ella darían lugar a las sanciones previstas en la ley."

II LA SENTENCIA

La sentencia recurrida accedió parcialmente a las súplicas de la demanda, declarando la nulidad de los siguientes apartes de la Circular acusada:

" 1o. Los numerales 1.1., 1.2., 1.3. y 1.4., correspondientes a los objetivos generales, metas específicas, estrategias y declaración de las premisas de planificación, del plan sustantivo".

"2o. Los numerales 2.1., 2.1.1., 2.1.2., 2.1.3., 2.1.4., 2.1.5., 2.1.6., 2.1.7., 2.1.8. y 2.1.9., correspondientes a los presupuestos de captaciones, o producción, de colocaciones, de ingresos por intereses y comisiones o productos de seguros y reaseguros, de ingresos por inversiones, de otros ingresos, de gastos por intereses y comisiones o costas de seguros y reaseguros, de gastos administrativos, de gastos de personal y de otros gastos ".

" 3o. Los numerales 3.1., 3.2. y 3.3., correspondientes a Estado de Pérdidas o Ganancias Presupuestado, Balance General Presupuestado y Presupuesto de Efectivo."

Igualmente se declaró la nulidad de las siguientes frases:

a) "...surgidas de una visión detallada y rigurosa del futuro de la empresa por parte de sus administradores, puesto que el proceso de presupuestación hace de la planeación una responsabilidad explícita de la Gerencia ". del párrafo que comienza diciendo: " El Plan Sustantivo se refiere...".

b) "...pero en períodos trimestrales con corte en los meses de marzo, junio, septiembre y diciembre, de tal manera que su ejecución se controle en esas fechas ". Del párrafo que comienza diciendo: " Los Presupuestos Maestro y Financiero...".

c) "...y si la desviación se repite en dos (2) trimestres, el presupuesto tiene que ser reformulado y enviado a esta Superintendencia dentro de los treinta (30) días siguientes al cierre trimestral ". Del párrafo que comienza " Una vez obtenidos los informes de Actuación...".

d) "...y las Explicaciones de las Desviaciones Trimestrales, es preciso que alleguen un ejemplar certificado por el Revisor Fiscal, el día 15 del mes posterior al corte; esto es, en abril, julio, octubre y enero ". Esto del párrafo que comienza diciendo: " De los informes de Actuación...".

III LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia analizó, en primer término, los principios constitucionales que informan la libertad de empresa y la iniciativa privada y dentro de este marco estudió las funciones de la Superintendencia Bancaria, especialmente las contenidas en los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923 y 1o. del Decreto 975 de 1950.

Luego analizó la importancia que tienen los planes y proyectos en el éxito de toda actividad empresarial incluyendo la financiera, para concluir en los siguientes párrafos, que para la Sala constituyen los fundamentos de la parte resolutiva del fallo

" No se encuentra, entonces, en la exigencia de que las entidades bancarias y del sector financiero den a conocer en términos generales a la administración sus presupuestos o planes, una injerencia indebida de la Administración Pública de control, tanto más cuanto que la ley bancaria, en los diferentes artículos citados, contiene disposiciones que apuntan en ese sentido concreto, que la Sala no puede soslayar y que interpreta a la luz de la dinámica de los nuevos hechos sociales y económicos...".

" No se trata naturalmente de que la administración de control sustituya a la empresa privada, sino de que pueda contar con los elementos básicos que le permitan una información sobre el curso de sus negocios, la política que piensa adelantar, las inversiones que piensa ejecutar, los controles que haya de utilizar, todo con la mira en la estabilidad y seguridad de los intereses generales del público y los particulares del sector financiero mismo, en cuyo beneficio debe obrar el control, para garantizar la supervivencia del sistema.

Lo que no podría la administración sería imponerle a la empresa privada determinados objetivos o finalidades en forma caprichosa u obligarla a cambiar su planes. Estos, conocidos por la administración, permitirían hacer las observaciones y advertencias conducentes a prever colapsos financieros. Y ese es su papel, en la óptica de la función de vigilancia y control. No de sustitución de la iniciativa privada, lo que supone otro mecanismo, el de la nacionalización, reversión o reconversión de las empresas...".

" Las anteriores razones pueden resumirse diciendo que, por estar la actividad bancaria y la de las Corporaciones financieras relacionadas con un servicio público, respecto del cual la Constitución, la ley y los reglamentos autorizan la intervención del Estado, para preservar el funcionamiento del sistema, la Superintendencia tiene facultad para pedir informes que deben corresponder a mecanismos de buena administración de los dineros que aquellas se les confíen por el público, informes obtenibles con base en presupuestos."

Basada en estas consideraciones, la sentencia declaró la nulidad de aquellos apartes de la circular que implican " restricción innecesaria y, eventualmente, indicación caprichosa de los planes en sus mínimos desarrollos ".

IV LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Manifiesta el recurrente que los cargos que se formulan contra la sentencia no se refieren a la declaratoria de nulidad de algunos de los apartes de la Circular, sino a la no declaratoria de la nulidad total que es lo que se pretende a través del recurso.

Presenta el recurrente, en su orden, los siguientes cargos:

PRIMER CARGO: Violación directa del Decreto 975 de 1950 por aplicación indebida.

Afirma el recurrente que resulta paladino que se viola directamente el Decreto 975 del 50, por aplicación indebida, cuando sus disposiciones se toman para sustentar la facultad de expedir la Circular 14 dirigida a destinatarios distintos y ajenos a los vinculados por la regulación del Decreto 975; aduce que las únicas que podían quedar vinculadas por el decreto son las " entidades oficiales " señaladas de manera específica como entidades individualizadas en la parte motiva del decreto y que la Circular se refiere a entidades expresadas por vía de su género, lo cual comprendería todas las que hagan parte del mismo.

SEGUNDO CARGO: Violación directa de los artículos 39 y 41 de la ley 45 de 1923 por interpretación errónea.

Dice el impugnante que han debido tenerse en cuenta, para definir su sentido y alcance, los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 32 y 120, numerales 14 y 15 de la Carta, en concordancia con el artículo 19 de la Ley 45 de 1923.

Argumenta el recurrente que el fallo impugnado dice que " la Superintendencia ejerce así funciones atribuídas directamente por la ley, bajo la dirección e instrucción del Presidente de la República " y que abunda en citas para demostrar el gran número y la calidad de las facultades y funciones que la ley le ha asignado, pero que justamente este ha sido el error de interpretación de los artículos, pues de su lectura parece concluir que el que la Superintendencia tenga muchas facultades significa que ellas son discrecionales e ilimitadas, nada más contrario a la estructura del Estado de derecho ni de menos recibo frente a las disposiciones vigentes, comenzando por el artículo 63 de la Constitución que manda que todos los empleados " tengan funciones detalladas en ley o reglamento ". El Superintendente Bancario tiene muchas facultades, es cierto, pero todas ellas emanan de la ley. El hecho de que puedan citarse en número plural y ciertamente abundante, lo que pone en evidencia es que la ley ha querido, en numerosísimas oportunidades, otorgárselas, pero de manera concreta, como tiene que serlo, porque así lo exige, adémas, la estructura intervencionista de la Carta, consagrada en los artículos 32 y 120 numerales 14 y 15

Agrega que basta utilizar los distintos criterios de interpretación de la ley, comenzando por los artículos 27 y 30 del Código Civil y terminando con los artículos 4 y 5 de la ley 153 de 1887, para determinar el alcance de las facultades del Superintendente. Analizando el articulado de la ley 45 de 1923, y especialmente el artículo 39, del cual se deduce que las visitas pueden hacerse con la frecuencia, extensión y el detalle que el Superintendente lo requiera, que en ellas deben evaluarse la forma de dirigir los negocios, la conducta de los directores, la inversión de los fondos, la prudencia de su manejo, el cumplimiento de las prescripciones legales y los otros aspectos que el Superintendente desee averiguar, encuestas que por definición y por lógica suponen la apreciación de hechos, conductas y realidades; y el artículo 41 que autoriza al Superintendente para solicitar informes bajo el apremio de sanción y dice que conforme a éste, el Superintendente puede pedir informes y ellos pueden ser amplios, pero es aquí donde justamente, es preciso hacer énfasis en el aspecto central del cargo. No sólo la interpretación dada por la sentencia debe rechazarse por extensiva frente a la interpretación literal, ya que, los informes previstos en el artículo 41 deben " versar sobre la situación del establecimiento que aparezcan en una fecha anterior al aviso " y esa " situación " por mandato del artículo 28 del Código Civil, debe entenderse como " el estado o constitución de las cosas y personas ", según la cuarta acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, sino que, adicionalmente, resulta doblemente errada al referirse a conductas calificadas como obligatorias, que no encuentran soporte en ninguna disposición legal.

Recaba al efecto, que por amplia que sea la capacidad del Superintendente para pedir informes, sólo las actividades que desarrollan las entidades financieras, como posibles frente a su objeto social, pueden ser susceptibles de la solicitud de informes. No es concebible pedir informes sobre datos ajenos al desarrollo normal de actividades ni de aquellos sobre los cuales ninguna norma imponga la obligación de tener información. Invocar la supuesta amplitud de los informes para imponer a las entidades cargas que la ley no impone, sería hacer írrita la restricción consagrada en los artículos 32 y 120 numerales 14 y 15 de la Carta.

Y es, afirma, justamente este el aspecto en el que se centra todo el debate, pues en parte alguna la ley pide a las entidades financieras, hacer planes y programas y si ello no se ha consagrado, mal se puede pedir informes sobre los mismos, pues se violaría adicionalmente el artículo 19 de la misma reglamentación que establece que el Superintendente " ejercerá todas las facultades y cumplirá todas las obligaciones que se le confieran e impongan por la ley ".

Es inaceptable para el recurrente que se pueda pensar, que si no existen planes y programas, no puede la Superintendencia cumplir su contro preventivo, pues para ello tiene todos los mecanismos que le da la ley.

Agrega que no puede confundirse la planificación que en Colombia corresponde a mecanismos de derecho público, con la administración gerencial de las entidades financieras cuya actividad, por demás, ya se encuentra bastante planificada por los organismos de control y vigilancia, y que la bondad de los presupuestos gerenciales son inadmisibles para evaluar el problema de legalidad, pues no se trata de un problema de conveniencia sino de competencia.

Aduce finalmente, que causa sorpresa la conclusión a la que llegó la Sala y observa que la injerencia indebida de la Superintendencia, resulta de imponer la obligación de hacer presupuestos o planes cuando la ley no lo ha consagrado, que no existen disposiciones que apunten a ese sentido concreto y que no parece haberse quebrado en Colombia una estructura de derecho según la cual la facultad interventora, justamente, debe someterse a la previa existencia de la ley o decreto autónomo en que pueda sustentarse.

TERCER CARGO: (Subsidiario) Violación directa de los artículos 55, 76 y 120 de la Constitución Nacional, por falta de aplicación.

Para demostrar el cargo el recurrente aduce que el artículo 55 de la Carta no permite que un poder público invada el campo de competencia de otro, salvo cuando la Constitución o la ley lo hayan previsto, como es el caso del artículo 170 del Código Contencioso Administrativo que prevé que " para el solo efecto de atender las peticiones en los artículos 85 y 88, podrá estatuirse en las sentencias

disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas o no expedidas y modificar o reformar aquellas ", pero que ello no procede en las acciones de nulidad en la que puede dejarse sin eficacia una norma, más no modificarse, y se modifica cuando se establece un cambio sustancial en la misma o cuando como resultas de las anulaciones parciales que se hagan de su contenido, se modifica sustancialmente el contenido de la disposición, de manera que lo que subsiste carece de coherencia lógica y, probablemente, de eficacia jurídica, por lo cual cuando la acusación prospera respecto a la parte sustancial del acto, debe anularse en su integridad par no sustituir su voluntad.

Concluye que el fallo para ser coherente ha debido al estimar probados los cargos, anularla en su integridad, pues al anular sus partes más significativas no sólo tornó la Circular en incongruente sino que constituye una deformación frente a la voluntad inicial de la Superintendencia.

V IMPUGNACION DEL RECURSO

La Superintendencia Bancaria se opone a la prosperidad del recurso formulando los siguientes argumentos:

AL PRIMER CARGO: Aduce la Superintendencia que no es cierto como lo afirma el recurrente, que el Decreto 975 de 1950 haya sido uno de los pilares en que se fundamentó la sentencia, sino que sólo fue un argumento adicional que corrobora las consideraciones contenidas en ella.

El argumento central de la sentencia gira alrededor de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923, de manera que aun cuando se admitiera que el artículo 1o. del Decreto no abarca tantos sujetos como la Circular, ello no alteraría en nada el acierto del fallo.

Adicionalmente afirma que los literales a) y b) del artículo 1o. transcritos en la sentencia no hacen más que reiterar las atribuciones que la Ley 45 otorga al Superintendente, por lo que también son válidas las conclusiones de la sentencia sobre los alcances de este artículo aun cuando ello sea irrelevante para el caso.

AL SEGUNDO CARGO: Sostiene el Superintendente que ciertamente los principios básicos que rigen la intervención del Estado se encuentran señalados en el artículo 32 de la Constitución Nacional, pero que además de esa intervención general, nuestra Constitución establece otras formas de intervención especializada que tiene como propósito fundamental salvaguardar el interés público o social y se manifiestan a través de limitaciones a los derechos individuales y a la propiedad privada y de las regulaciones del servicio público.

Se refiere al artículo 30 de la Carta que subordina el derecho individual al interés público; al artículo 32 que establece para la libertad de empresa y la iniciativa privada el límite del bien común y se detiene a estudiar el servicio público que " como actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma contínua y obligatoria, según los ordenamientos del derecho público," corresponde al Estado, pero también puede ser ejercida por particulares dentro de los límites que señala la Constitución y por concesión o autorización del Estado, sometiéndose a su fiscalización para el bien común. En éstos, sostiene, hay una intervención especial que se manifiesta, entre otros, en la revisión y fiscalización de tarifas y reglamentos o en la creación de estatutos excepcionales que fijan las condiciones en las cuales los particulares pueden prestar el servicio público originario del Estado.

Es entonces -dice- derecho soberano del Estado la regulación de todo lo que concierne a la moneda, la regulación del crédito, la regulación de los intereses y también le corresponde prestar el servicio público de intervención en las actividades de las personas naturales o jurídicas que manejan, aprovechan e invierten profesionalmente los fondos provenientes del ahorro privado, a través de las regulaciones que el efecto expida el Gobierno.

Por este motivo la actividad bancaria es considerada como un servicio público, calificada así expresamente por el Decreto 1593 de 1959, originario del Estado pero que pueden prestar los particulares por concesión otorgada con base en los artículos 29, 132, 133, 134 y 135 de la Ley 45 de 1923 conforme lo describe la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 12 de junio de 1969. Y por ello igualmente la Banca está sometida a estatutos especiales o excepcionales que restringen su acción a aquello que la ley les permita, en los términos del artículo 85 de la misma ley 45.

La intervención resulta entonces no sólo de las atribuciones de los artículos 32 y 120 numerales 14 y 15 de la Carta que cita el recurrente, sino de los artículos 30, 39, 76 ordinales 15 y 22 y 120 ordinal 22, disposiciones que además definen en su conjunto la naturaleza jurídica de la citada actividad. El error del recurrente -dice la Superintendencia- es no haber tenido en cuenta que la actividad bancaria es un servicio público como lo repitió hasta el cansancio la sentencia. No advirtió el censor que para definir el alcance de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923, la sentencia no solamente tuvo en cuenta los artículos 32 y 120 numerales 14 y 15 de la Carta, sino los principios constitucionales que inspiran la intervención estatal en materia de servicio público.

Fue dentro de este contexto que la sentencia interpretó el alcance de las facultades de la Superintendencia que van desde examinar su situación, recursos, cuentas, la manera de manejar sus negocios, la conducta de los directores, la inversión de sus fondos, la seguridad y prudencia de su manejo, las garantías

ofrecidas a aquellos a cuyo favor están constituídas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido y las demás cuestiones que disponga averiguar, hasta revisar todos los documentos que se relacionen con su actividad e incluso interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio requiera y solicitar cualquier información relacionada con la actividad y no sólo aquella que expresa y taxativamente establece la ley.

Finalmente para rebatir este cargo, la Superintendencia aduce:

Que no se requiere una norma que exija la elaboración de planes y presupuestos a las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, pues esta obligación deviene de que ellos son necesarios para que las mismas presten eficientemente el servicio público que les corresponde, cumpliendo con los fines de la concesión que les otorgó el Estado y para que la Asamblea General " adopte las medidas que exigiere el interés de la sociedad en los términos del ordinal 6o. del artículo 419 del Código de Comercio ", y la Junta Directiva " tome las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines "conforme lo establece el artículo 438 del mismo Código.

Que la interpretación exegética que el impugnante da al inciso 2o. del artículo 41 de la Ley 45 de 1923 es errada, pues de acuerdo con el contexto de la ley tal previsión no se estableció para restringir el control que corresponde a la Superintendencia, sino para evitar que los establecimientos vigilados preparen cifras engañosas. La sentencia sí interpretó correctamente el inciso de lo cual resulta obvio que la Superintendencia puede solicitar a los establecimientos sometidos a su inspección, que le remitan la información correspondiente a sus proyecciones o a sus planes y presupuestos, pues éstos no sólo son de obligatoria elaboración para tales establecimientos, sino que además están intimamente relacionados con el servicio público que prestan.

Que no es cierto como lo argumenta el actor, que la sentencia haya considerado que el conocimiento de los planes y programas son los únicos medios que permiten ejercer el control sobre las entidades vigiladas, sino que se trata de dar la justa medida al control y vigilancia que puede ejercer la Superintendencia. Evidentemente la Superintendencia tiene otras facultades pero no por ello le está vedado el conocimiento de los planes y presupuestos de las entidades.

Por último dice la Superintendencia, que no porque toda proyección esté sometida a hechos inciertos se desvirtúa su importancia, que la intimidad que reclama el impugnante no es predicable frente al Estado y que no es cierto que la sentencia haya confundido la planeación estatal con los planes y programas que deben elaborar las entidades financieras y que " las disposiciones que apuntan en

el sentido concreto " a que se refiere la sentencia son los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923.

Concluye que la sentencia interpretó adecuadamente los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923 y que no desconoció el artículo 19 de la misma, como lo pretende el actor.

AL TERCER CARGO: Observa la Superintendencia que basta leer la sentencia para observar que la jurisdicción se limitó a cumplir las funciones que le corresponden sin sustituir en sus funciones a otras ramas del poder público y que si al actor le parece que la sentencia desvirtuó lo esencial de la Circular dejando una norma incoherente y desprovista de su contenido material, no es asunto que deba debatirse en este proceso pues no se trata de juzgar las consecuencias de la sentencia sino de determinar si fue expedida contrariando la Constitución o la ley.

VI EL CONCEPTO FISCAL

Opina la Fiscalía que si la Superintendencia Bancaria, al expedir la Circular No. ET 014 de 5 de febrero de 1986, ejerció facultades que no le correspondían, tal circunstancia es suficiente para declarar nulo totalmente dicho acto.

Agrega que la sentencia declaró, aunque parcialmente, la nulidad de la Circular pero para tomar esa decisión practicamente se fundamentó como lo afirma el recurrente en una norma que la demanda no había señalado como violada, el Decreto 975 de 1950, que además era inaplicable pues tal como se desprende de sus consideraciones y también de algunos de sus artículos, fue dictado con el propósito de reglamentar la inspección y vigilancia que la Superintendencia debía ejercer sobre organismos " oficiales ", tales como el Banco Agrícola e Hipotecario, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, etc., distintos organismos a los que está dirigida la Circular.

Solicita por ello se anule la sentencia y al reponerla se declare la nulidad total del acto acusado.

VII CONSIDERACIONES DE LA SALA

PRIMER CARGO: Violación directa del Decreto 975 de 1950 por aplicación indebida.

Aduce el recurrente que esta norma fue aplicada por el juzgador a un caso para el cual no era aplicable.

Examinada la sentencia, encuentra la Sala el siguiente párrafo considerativo:

" La naturaleza de la actividad bancaria y de las corporaciones e intermediarios financieros, la crisis del sistema bancario que ha asolado al país en los últimos años, atribuíble, en buena parte, a la falta de controles efectivos del sistema derivado de la oportuna intervención del poder ejecutivo, los intereses económicos de la sociedad que se confían a las entidades del sector y el concepto de servicio público de aquella actividad, permite al Estado el ejercicio de un poder de control y vigilancia intensos que justifican la adopción de medidas tendientes en su conjunto general a preservar él sistema de la libre empresa y la iniciativa privada, amparándola contra los riesgos de crisis o deficiente administración.

De ahí que el artículo 1o. del Decreto 975 de 1950 haya previsto desde entonces que:

Artículo 1o...

Esa previsión justificada para tiempos normales, se hace mucho más importante, conveniente y legal para épocas como la actual, acosada por los quebrantos de la tradicional seguridad del sistema financiero y se inscribe en la política general del sistema de economía de mercado en un estado intervencionista para el desarrollo dentro del concepto amparado por el artículo 32 de la Constitución."

Este párrafo situado dentro del contexto de la parte motiva de la sentencia, constituye sin duda, un soporte de la conclusión a la que llegó el juzgador sobre los alcances de la función que corresponde a la Superintendencia Bancaria y su competencia para expedir el acto acusado, e indica a la Sala que, evidentemente la sentencia dio aplicación al artículo 1o. del Decreto 975 de 1950 y que tal aplicación incidió en el sentido del fallo.

Por otra parte es cierto como lo aduce el recurrente, que el Decreto en mención es de aplicación restringida a " los establecimientos mencionados en el primer considerando de este Decreto " como reza el primer inciso del artículo primero, y ellos son: Banco Agrícola Hipotecario, Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Caja Colombiana de Ahorros, Instituto de Crédito Territorial, Instituto de Fomento Industrial, Instituto Nacional de Abastecimiento, Instituto Nacional de Aprovechamiento de Aguas y Fomento Eléctrico, Instituto de Parcelaciones y Colonización y Defensa Forestal e Instituto Colombiano de Seguros Sociales. De manera que, invocado por la sentencia como soporte jurídico de la competencia de la Superintendencia para expedir la Circular que dirigió a los establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda, compañías de financiamiento comercial, financiadoras de vehículos, sociedades administradoras

del sistema de tarjeta de crédito, compañías de seguros, reaseguros y sociedades de capitalización, resulta aplicado indebidamente y probada la ocurrencia de esta primera censura.

No basta sin embargo, la prosperidad de este cargo para que se quiebre la sentencia, como lo aduce el señor Fiscal de la Corporación, pues no fue ésta la única norma que determinó al fallador decidir la legalidad parcial del acto acusado. Examinará por ello la Sala el segundo cargo.

SEGUNDO CARGO: Violación directa de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923 por interpretación errónea.

Afirma el recurrente que la interpretación errada de estas normas de derecho positivo llevaron a extender las atribuciones de la Superintendencia a situaciones no previstas por la ley y a encontrar ajustada a ella al menos en parte, la Circular acusada.

Evidencia la Sala que la sentencia, luego de analizar prolijamente los principios constitucionales frente a la libertad de empresa y la iniciativa privada y a la actividad de inspección y control de las entidades financieras, se ocupa de la Superintendencia Bancaria y sus funciones diciendo:

" La atribución constitución dada al Presidente de la República por los artículos 32, 120, numerales 14 y 15 de la Constitución Nacional se han desarrollado respectivamente en reglamentos constitucionales y en leyes y decretos reglamentarios que, por la complejidad de sus funciones, han atribuído a la Superintendencia Bancaria la tarea de concretar el ejercicio de esa tarea, naturalmente bajo la jerarquía presidencial."

Examina luego la sentencia en concreto las funciones de vigilancia y control asignadas por la ley a la Superintendencia, deteniéndose en los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923 para afirmar:

" La Superintendencia tiene, entonces, atribuciones amplias que le permitan inspeccionar a las entidades sujetas a su vigilancia a efecto de garantizar la estabilidad, la seriedad y el buen resultado de la gestión financiera que la ley les autoriza realizar."

Las anteriores reflexiones y la consideración de que:

" El éxito de la actividad empresarial se hace más posible a pesar de las variables del mercado, cuando la administración privada se propone metas y adopta los planes para lograrlo, así como las medidas de ejecución y de control de sus objetivos."

Y que:
" Tal medida de ayuda administrativa es, a juicio de la Sala tanto más conveniente para las entidades del sector financiero, cuando que el manejo masivo de las economías de los particulares y del estado y del circulante general de la nación, puede por imprudencia y falta de previsión, causar colapsos que amenacen seriamente el sistema en su conjunto."

Llevaron a la sentencia a concluir:

" No se encuentra entonces, en la exigencia de que las entidades bancarias y del sector financiero den a conocer en términos generales a la administración sus presupuestos o planes, una injerencia indebida de la Administración Pública de control, tanto más cuanto que la ley bancaria, en los diferentes artículos citados, contiene disposiciones que apuntan en ese sentido concreto, que la Sala no puede soslayar y que interpreta a la luz de la dinámica de los nuevos hechos sociales y económicos."

Conclusión que más adelante resume el fallo así:

" Las anteriores razones pueden resumirse diciendo que, por estar la actividad bancaria y la de las Corporaciones Financieras relacionadas con un servicio público, respecto del cual la Constitución, la ley y los reglamentos autorizan la intervención del Estado, para preservar el funcionamiento del sistema, la Superintendencia tiene la facultad para pedir informes que deben corresponder a mecanismos de buena administración de los dineros que aquéllas se les confíen por el público, informes obtenibles con base en presupuestos."

Es claro entonces para la Sala, que el fallador decidió la legalidad parcial de la Circular acusada, porque llegó a la conclusión de que las facultades de la Superintendencia Bancaria para expedirla podían deducirse de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923, cuyos textos interpretó a la luz de un silogismo que puede plantearse de la siguiente manera:

Por ser la actividad financiera un servicio público respecto del cual la Constitución y la ley autorizan la intervención del Estado, la Superintendencia tiene amplias atribuciones que le permiten inspeccionar a las entidades dedicadas a ello a efecto de garantizar la estabilidad, la seriedad y el buen resultado de la gestión que la ley les autoriza realizar; la formulación de presupuestos o planes así como las medidas de ejecución y control de sus objetivos son medidas de ayuda administrativa convenientes para el sector financiero, en donde el manejo masivo del circulante de la Nación puede producir colapsos que amenacen seriamente al sistema en su conjunto; luego la Superintendencia tiene la facultad para pedir informes obtenibles con base en presupuestos.

La interpretación de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923 tuvo por consiguiente incidencia en el fallo. La Sala debe analizar por ello, si al efectuarlo incurrió el juzgador en el error *in judicando* que alega el recurrente. Para ello examinará la sentencia a la luz de la normatividad vigente entonces, o sea a la luz de la Constitución Política de 1886.

En primer término debe precisarse que no es tarea de la Superintendencia Bancaria concretar las atribuciones constitucionales previstas en los artículos 32 y 120, numeral 14 de la Carta. Estas atribuciones que se refieren a la intervención en el proceso económico cuyo origen constitucional sólo se remonta al año 1936, son bien diferentes de la función de inspección de profesiones y oficios, fiscalización de los servicios públicos e inspección de los establecimientos de crédito que se soportan en los artículos 39 y 120, ordinal 15, de la Constitución Política y que, en relación con el sistema financiero, se encuentran desarrolladas desde 1923 a través de la Ley 45.

Basta señalar que la inspección y vigilancia tiene como finalidad preservar la moralidad, seguridad y salubridad públicas y velar por la correcta prestación de los servicios públicos, mientras que la intervención en la economía tiene como fines racionalizar y planificar la economía y dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales y en últimas lograr el desarrollo integral, la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad y de las clases proletarias en particular. La inspección y vigilancia utiliza como instrumentos medios de naturaleza policiva, como la autorización, la aprobación, la revisión etc.; la intervención en el proceso económico utiliza instrumentos de mayor entidad, como los estímulos, el fomento, la cooperación con la actividad privada o la fijación de precios, para mencionar sólo algunos. En fin, la inspección y vigilancia es una función policiva de verificación, en tanto que la intervención económica es una atribución participativa, que persigue un resultado económico previamente señalado como meta a través de planes y programas de contenido económico y social.

De manera que aun cuando en el Presidente de la República confluyen atribuciones de intervencionismo económico y de inspección y vigilancia, sus órbitas de competencia son diferentes y el ejercicio de ellas está supeditado a condiciones distintas. En materia de intervención económica el Presidente de la República puede interferir la actividad privada por mandato de la ley o sin necesidad de ella, si se trata del Banco de Emisión o de actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de fondos provenientes del ahorro privado, pero para ejercer su función de inspección y vigilancia siempre estará supeditado a la ley, aún sobre sectores como el financiero que, por su importancia en el proceso económico de la Nación, está sometido a una intensa intervención estatal.

Y si se tiene en cuenta que la Superintendencia Bancaria fue creada como una dependencia del Gobierno encargada de la ejecución de las leyes que se relacionan con todos los establecimientos que hagan negocios bancarios en Colombia y de su " supervigilancia " (artículo 19 Ley 45 de 1923) y que las funciones que la ley le atribuye tienden a que mediante su fiscalización se asegure que los establecimientos sometidos a ella desarrollen su actividad observando estrictamente las disposiciones legales y estatutarias que las rigen y dentro de los límites de la moralidad y de la seguridad, es indudable para la Sala que la Superintendencia solamente cumple la atribución ejecutiva de inspección y vigilancia que, en relación con los establecimientos de crédito, le compete al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa; es decir, la que se deriva de la facultad que le otorga el ordinal 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional, para ejercer la inspección necesaria conforme a la ley.

Es cierto, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia, que dentro de esta atribución el poder de la Superintendencia es amplísimo y va desde expedir la autorización para emprender negocios, autorizar apertura de sucursales, efectuar visitas sin previo aviso, exigir informes y expedir órdenes para que se suspendan prácticas inseguras, hasta sancionar con multas al establecimiento y a sus directores y gerentes y llega inclusive hasta la posibilidad de tomar posesión del banco para proceder a liquidarlo; igualmente es cierto que muchas de tales facultades puede ejercerlas el Superintendente dentro de una cierta discrecionalidad y autonomía, pues son varios los casos en los que la ley defiere la decisión a su juicio de valor sobre la " confianza " que le inspire la operación, la " conveniencia " del permiso, la " prudencia " de la autorización, el " peligro " del negocio, la " calidad " de insegura de alguna práctica etc. (artículos 27, 28, 30, 31, 39, 41, 46, 47 Ley 45/23, vr. gr.) pero ello no significa que pueda operar desbordando la órbita de su competencia o al margen de la ley.

La función policiva se ejerce " conforme a la ley " y *so pretexto* de su ejercicio no pueden asumirse facultades que por corresponder a la función propiamente interventora del Estado, son ajenas a su competencia.

Desde esta perspectiva, la atribución de " visitar y examinar " los establecimientos sometidos a su control que le confiere el artículo 39 de la Ley 45 de 1923 y la de " exigir " a todos los establecimientos vigilados que le presenten " informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que determine y en la forma y con el contenido que él mismo prescriba " que le otorga el artículo 41 ibídem, no autorizan al Superintendente para exigir a sus vigilados la elaboración de planes y presupuestos.

En efecto, dispone el artículo 39 de la Ley 45 de 1923: (Artículo 4o. de la Ley 57 de 1931)

"El Superintendente deberá visitar y examinar, personalmente, o por medio de sus delegados o inspectores, por lo menos una vez cada año, sin previo aviso al establecimiento bancario que haya de visitar, al Banco de la República y a todos los bancos, de acuerdo con las disposiciones de este artículo y del artículo 40 de la ley sobre establecimientos bancarios.

En cada uno de dichos exámenes se investigará la situación y recursos del establecimiento bancario, el monto y naturaleza de su encaje, sus cuentas con otros bancos en Colombia y en el exterior, la manera de dirigir y manejar sus negocios, la conducta de sus directores, la inversión de sus fondos, la seguridad y prudencia de su manejo, la garantía ofrecida a aquellos a cuyo favor están constituidas sus obligaciones, si las prescripciones legales se han cumplido en la administración de sus negocios y las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar. Este tendrá la facultad de hacer revisiones especiales o parciales cuando, a su juicio, lo requiera el interés público.

El Superintendente y los inspectores tendrán la facultad de interrogar bajo juramento a cualquier persona cuyo testimonio se requiera para el examen y revisión de un establecimiento bancario y para exigir la comparecencia de cualquier persona para la revisión expresada. El Superintendente y sus inspectores pueden hacer uso de las medidas coercitivas a que se refieren los artículos 627 y 641 del Código Judicial."

Y el artículo 41 dice:

"El Superintendente deberá exigir a todos los establecimientos bancarios a que sea aplicable la presente ley, inclusive al Banco de la República que le presenten informes respecto de su situación, de tiempo en tiempo, en las fechas que determine y en la forma y con el contenido que él mismo prescriba. Dicho funcionario designará, al menos cinco veces en cada año, la fecha en que cada establecimiento bancario, incluyendo al Banco de la República, debe presentarle el informe. Este informe deberá versar sobre la situación del establecimiento que aparezca en una fecha anterior al aviso, la que será fijada por el Superintendente. Este informe deberá publicarse por el banco en un periódico del lugar donde tenga el centro principal de sus negocios, y si allí no se publicare ninguno de bastante circulación, en uno del lugar más cercano, dentro de quince días después de haberse presentado al Superintendente.

Si algún establecimiento bancario, inclusive el Banco de la República, dejare de rendir algún informe exigido por el Superintendente, dentro de diez días, contados desde la fecha fijada, o dejare de incluir en él algún asunto requerido por el Superintendente, éste podrá imponer a tal establecimiento una multa a favor del Tesoro Nacional, por la suma de cien pesos ($ 100.oo) por cada día

en que el informe haya sido demorado o en que se deje de informar sobre el asunto omitido, a menos que el término para ello haya sido prorrogado por el Superintendente, como se prevé en el artículo 45 de esta ley."

Como puede advertirse, las normas transcritas otorgan al Superintendente funciones de inspección que le permiten examinar en forma exhaustiva la situación del establecimiento, con amplísimas facultades no sólo en cuanto a los medios -visitas, revisiones especiales o parciales, interrogatorios bajo juramento, comparecencia de cualquier persona- sino también en cuanto a la materia -puede examinar tanto lo que indica la norma como " las demás cuestiones que el Superintendente disponga averiguar " y pedir informes " con el contenido que él mismo prescriba."

Pero la finalidad de estos exámenes e indagaciones, dada la órbita de su competencia, no es otra que la verificación del cabal cumplimiento de las leyes, reglamentos y estatutos y la seguridad y moralidad de sus prácticas, con el objeto de que pueda tomar las medidas preventivas o correctivas a que haya lugar, entre ellas la expedición de órdenes para que se suspendan prácticas que considere inseguras. No puede entonces, a través de tales facultades de inspección y vigilancia, por valederas que sean las razones de conveniencia que se aduzcan, crear a cargo de sus vigilados obligaciones que no tengan respaldo en la ley, reglamentos o disposiciones estatutarias, como lo es la adopción de planes y presupuestos, y menos aplicar sanciones por su incumplimiento. Es claro que si el establecimiento voluntariamente adopta planes y presupuestos, éstos estarán sometidos a su inspección, pues según la ley, nada escapa a su vigilancia.

Por esta razón la Sala encuentra acertada la deducción de la sentencia recurrida en cuanto a que no se encuentra en la exigencia de que las entidades bancarias y del sector financiero *den a conocer* en términos generales a la administración sus presupuestos o planes, una injerencia indebida de la administración Pública de control, pero no la conclusión final: de que " por estar la actividad bancaria y la de las corporaciones financieras relacionadas con el servicio público, respecto del cual la Constitución, la ley y los reglamentos autorizan la intervención del Estado para preservar el funcionamiento del sistema, la Superintendencia tiene la facultad para *pedir informes que deben corresponder a mecanismos de buena administración* de los dineros que a aquéllas se les confían por el público, informes obtenibles con base en presupuestos ". (Se destaca). Si lo primero cabe dentro de su función de inspección, lo segundo desborda su competencia.

Establece en consecuencia la Sala, que la sentencia recurrida efectivamente erró en la interpretación de los artículos 39 y 41 de la Ley 45 de 1923.

Y como este yerro y la aplicación indebida del artículo 1o. del Decreto 975 de 1950, obraron como fundamento de la denegación de nulidad total de la Circular, habrá de anularse el fallo y reponerse la sentencia, para lo cual la Sala, como Tribunal de instancia.

CONSIDERA

Una de las censuras de la demanda es la violación de los artículos 39 y 41 de la ley 45 de 1923 y consecuencialmente la trasgresión del artículo 120 ordinal 15 de la Constitución Nacional de 1886, que sometía a la ley la función de inspección y vigilancia del ejecutivo delegada en el Superintendente Bancario y tales violaciones, como ya fue analizado, tuvieron ocurrencia con la expedición de la Circular acusada. La Sala por tanto habrá de declarar la nulidad del acto, teniendo en cuenta, además, que frente a la Constitución Política hoy vigente, la inconstitucionalidad subsiste.

En efecto, se mantuvo en la Carta de 1991 la sujeción a la ley de la función de inspección y vigilancia del sistema financiero que compete al Presidente de la República.

En el artículo 335 de la nueva Constitución se dispuso que " Las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, *conforme a la ley* ..." (se destaca). En el artículo 150 ordinal 8, se atribuyó al Congreso la función de " Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución ". Y en el artículo 189, ordinal 24 se otorgó al Presidente de la República la facultad de " Ejercer, *de acuerdo con la ley* (nuevamente se destaca) la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de los recursos captados por el público...".

Finalmente, del texto de la nueva Carta surge un razonamiento más para considerar como supeditada a la ley la función de la Superintendencia de inspeccionar los documentos privados de sus vigilados, pues ésta en su artículo 15 prescribe: "...para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás documentos privados, *en los términos que señale la ley.*" (vuelve a destacarse).

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. Declárase la nulidad de la sentencia de única instancia del 22 de Mayo de 1987, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, dentro del proceso promovido por la Asociación Bancaria.

2o. REPONESE la sentencia, declarando la nulidad de la Circular número E.T. 014 de 5 de Febrero de 1986, expedida por la Superintendencia Bancaria.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Devuélvase a la Sección de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del trece (13) de Agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz,* Salva Voto; *Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejia, Alvaro Lecompte Luna,* Salva Voto; *Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, César Uribe Acosta,* Salva Voto; *Diego Younes Moreno,* Salva Voto.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA** (Salvamento de voto)

Para evitar tener que circunscribirse a ejercer una función sancionadora frente a los hechos ya cumplidos y por ende irreversibles, puede la Superintendencia Bancaria exigir la información necesaria para una correcta evaluación de la actividad de las entidades sometidas a su vigilancia, por ejemplo, la que se deriva de un presupuesto próximo a ejecutarse y, con base en dicha información, contar con los elementos de juicio suficientes para determinar si la actividad de los entes vigilados se encauza correctamente y en caso necesario, procurar la adopción de los correctivos del caso.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Expediente No. A-037. Actor: Asociación Bancaria.

Respetuosamente me he apartado de la decisión adoptada mayoritariamente por los miembros de la Sala, porque considero que la razón de ser de la inspección y vigilancia que le asignó la ley a la Superintendencia Bancaria, radica en procurar evitar la ocurrencia de hechos que lesionen tanto el patrimonio de los ahorradores e inversionistas, como la confianza en un sector de tanta importancia para la vida nacional, como lo es el financiero, antes que la sanción de aquellas conductas contrarias al ordenamiento jurídico. En síntesis, dicha inspección y vigilancia está inspirada y debe orientarse a precaver la ocurrencia de situaciones irregulares; y subsidiariamente, a sancionar los hechos ilegales que, no obstante esa acción previsora, lleguen a presentarse.

Y es apenas obvio dentro de tal contexto, que para evitar tener que circunscribirse a ejercer una función sancionadora frente a los hechos ya cumplidos y por ende irreversibles, pueda la Superintendencia exigir la información necesaria para una correcta evaluación de la actividad de las entidades sometidas a su vigilancia, por ejemplo, la que se deriva de un presupuesto próximo a ejecutarse y, con base en dicha información, contar con los elementos de juicio suficientes para determinar si la actividad de los entes vigilados se encauza correctamente y en caso necesario, procurar la adopción de los correctivos necesarios.

Por las razones expuestas, no debió anularse la mencionada sentencia proferida por la Sección Cuarta.

Joaquín Barreto Ruiz.

ACTO DE AUTORIZACION/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia

En el caso presente se está en presencia de dos actos administrativos de autorización de traslados de saldos-créditos de terceras personas a la ejecutada. La providencia suplicada, al expresar que los documentos allegados al proceso por la ejecutada " no contienen una declaración de voluntad de la administración que implique el reconocimiento de la existencia del saldo crédito que alega el excepcionante, sino que es sólo una autorización para aplicar los que puedan existir...", no contrarían la jurisprudencia de esta Corporación sobre los elementos esenciales que condicionan la validez de los actos administrativos, ni la finalidad concreta de ellos. No se invocó jurisprudencia que se hubiere pronunciado sobre la naturaleza jurídica del acto administrativo de las autorizaciones expresas de traslado de sobrantes de saldos crédito de un tercero a otra persona deudora de la Nación, por concepto de impuestos.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-084. Actor: La Nación C/ Capitalizadora Grancolombiana S.A. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de diciembre 2 de 1988, dictada por la Sección Cuarta de la Sala Contenciosa de la Corporación.
Incidente de excepciones en juicio por jurisdicción coactiva.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la Compañía " CAPITALIZADORA GRANCOLOMBIANA

S.A. ", contra la sentencia de fecha diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), proferida por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, mediante la cual de declaró no probada la excepción de pago propuesta por la recurrente dentro del proceso que por jurisdicción coactiva le adelanta la Nación, para obtener la cancelación de los impuestos de renta y complementarios del año de 1984 y anticipos de 1985, por aplicación de sobrantes o saldos-créditos que le fueron cedidos a la ejecutada.

I. LA SENTENCIA RECURRIDA Y SUS FUNDAMENTOS

Las razones en que se fundamenta la Sección Cuarta de la Corporación para declarar no probada la excepción propuesta, son las siguientes:

Propuesta la excepción de pago en la forma señalada mediante cesión de créditos -de las sociedades industrias Rosgub Ltda. y B. Lugard y Calle Ltda. a la demandada- y aplicación de sobrantes del año gravable de 1980 al de 1984, se procede a su análisis y estudio así:

" Estima la Sala que el traslado de los sobrantes de las firmas cedentes a la ejecutada, para que puedan ser considerados como pago, necesariamente están condicionados a la existencia real de los créditos aludidos en cabeza de las compañías cedentes.

" Si los funcionarios de Impuestos de la Unidad de Recaudo No. 5, autorizaron la aplicación de dichos saldos, a esa autorización no puede dársele alcance diferente de lo que ella en sí misma significa: una autorización, permiso o consentimiento para que los saldos créditos mencionados se aplicaran a una tercera persona diferente a los titulares originarios de los mismos.

" Es lógico que dicha autorización para aplicar los supuestos saldos partía de la base de la existencia de los mismos. La causa determinante de la voluntad administrativa era esa. Si la causa no existía, la autorización decaía forzosamente.

Los documentos en los cuales se basa la compañía ejecutada para solicitar se tenga como probada la excepción de pago propuesta, no contiene una declaración de voluntad de la Administración que implique el reconocimiento de la existencia del saldo crédito que alega el excepcionante, sino que es sólo una AUTORIZACION para aplicar los que puedan existir y que se mencionan en los mismos formatos de aplicación de sobrantes o traslados visibles a folios 81 a 86 del expediente.

" Pero en realidad la autorización no produjo los efectos jurídicos buscados, pues estableció que los saldos créditos no eran verdaderos sino inexistentes, tal

como quedó consignado en actos administrativos de la propia Administración, con lo cual el valor del formulario de solicitud de sobrantes o aplicación de traslados carece de la fuerza probatoria que en su condición de documentos públicos se ha sustentado la defensa de la excepcionante.

" En efecto, mediante las Resoluciones números 03 del 30 de enero y 040 del 30 de mayo del año de 1986, aunque con un motivo de la negativa a expedir certificado de paz y salvo, la Administración examinó y decidió en controversia así planteada, sobre el valor probatorio y la eficacia de los cuestionados formatos de ' traslado de sobrantes ', en el sentido de desconocerlos el que también en esta oportunidad se ha alegado por la compañía.

"...Esta providencia al parecer está en firme, pues no se menciona que fuera impugnada o suspendida por la jurisdicción contenciosa administrativa, de donde surge la consideración de que habiendose (sic) negado mediante acto administrativo los efectos a los documentos contentivos de las solicitudes de Traslado de Sobrantes, el análisis de su autenticidad, presunciones sobre su forma y contenido, valor probatorio, etc., según las normas del Código Civil y del C.P.C., sobre documentos públicos, alegados con insistencia por dos apoderados de la compañía, carecen de utilidad o efecto, pues la voluntad administrativa sobre ellos es la expresada en las antedichas resoluciones 03 y 040 de 1986 en las cuales les negó eficacia a los traslados en ellos mencionados.

" Esta última manifestación de voluntad administrativa, por ser posterior en el tiempo a los discutidos ' traslados ' prevalece sobre lo dicho en ellos y si está en firme, como parece serlo por no haberse alegado, ni probado lo contrario, constituye el acto administrativo que definió la controversia sobre la realidad de los sobrantes y sobre la efectividad de su cesión.

" Y ello no obstante que el motivo central de su expedición fue la negativa a entregar certificados de paz y salvo porque ésta precisamente se originó y fundamentó en el desconocimiento oficial de valor a los discutidos formatos de traslado o aplicación de sobrantes que son exactamente los mismos aducidos como prueba en las excepciones en el juicio de cobro por jurisdicción coactiva.

" Así las cosas, al no estar probado ni demostrado la efectiva contabilización del valor correspondiente a los impuestos a cargo de la ejecutada por ingreso real de los dineros correspondientes al fisco nacional, mal puede darse por verificada la solución o pago de lo debido, máxime si la propia Administración ha sostenido, como ya se vio, que los saldos créditos base de las aplicaciones o cesiones en que se fundamentan las excepciones no existieron ".

II. MOTIVOS DE LA IMPUGNACION

Para el señor apoderado de la compañía recurrente, la sentencia suplicada es contraria a la jurisprudencia de esta Corporación relativa a la validez y eficacia de los actos administrativos que cumplen con los elementos esenciales para que surtan efectos, también relacionada con la definición de qué es acto administrativo y cuál su finalidad, y, por último, igualmente relacionada con la presunción de legalidad que los ampara, en especial a aquellos creadores de situaciones jurídicas particulares y concretas.

Esa jurisprudencia, para el recurrente, se encuentra contenida en las siguientes sentencias o providencias:

a) En la *providencia del 9 de marzo de 1971* de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Lucrecio Jaramillo Vélez, expediente 1725, en donde se precisa que en todo acto administrativo existen ciertos elementos esenciales, de los cuales dependen su validez y eficacia: *órgano competente, voluntad administrativa, contenido ajustado a derecho, motivos, finalidad y forma.*

La jurisprudencia contenida en la sentencia recurrida quebranta o desconoce la de la Sala Plena invocada anteriormente, porque, en sentir del recurrente, los actos administrativos mediante los cuales las autoridades de impuestos nacionales trasladaron saldos a favor de terceros a cabeza de su representada, cumplían y cumplen con los elementos esenciales que establece la jurisprudencia citada, y por lo mismo tenían y tienen validez y eficacia, efectos jurídicos que igualmente se les desconoció. Además, observa que esos actos administrativos no fueron modificados por las dos resoluciones que cita la providencia suplicada, ya que ellas fueron recurridas administrativa y jurisdiccionalmente, como se desprende de constancia que anexa en donde se certifica que están demandadas ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

b) En la *sentencia de 14 de junio de 1961,* proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, ponencia del consejero Carlos Gustavo Arrieta, anales Tomo 63, págs. 147 a 166, en donde se expresó que el acto jurídico-administrativo, como noción específica, es una manifestación de voluntad administrativa, y *su finalidad concreta es la de producir efectos jurídicos,* crear situaciones de derecho, por cuanto, según el recurrente, al no otorgarle la Sección validez y eficacia a los actos administrativos de traslado de sobrantes de terceros a la ejecutada, desconoce lo referente a la finalidad de los actos administrativos mediante los cuales se manifestó esa voluntad administrativa y " tácita ".

c) En *las providencias de 12 de junio de 1962 y 25 de septiembre de 1961,* consejero ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta A., Anales tomo 65, pág. 173 y tomo 63, pág. 241, respectivamente, en las cuales se expresó que en reiterada jurisprudencia, elevada luego a la categoría de norma legal por medio del decreto 2733 de 1959,

ha sostenido la Corporación que los actos administrativos, que reconocen una situación jurídica particular y concreta, están amparados por una presunción de legalidad que les da plena eficacia y obligatoriedad, mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, por cuanto en la sentencia recurrida se desconoció esa presunción de legalidad que ampara los actos administrativos mediante los cuales se trasladaron sobrantes-saldos de terceros a la ejecutada, actos administrativos que debían haber sido impugnados por la Administración si los consideraba viciados, como se ha dicho en auto de 12 de abril de 1962 de la extinguida Sala de Negocios Generales, ponente Guillermo González Charry, y también se evidencia en la sentencia del Consejo de Estado que consta en los anales Tomo 64, Nos. 397-398, pág. 181, en la cual se manifestó que los actos administrativos surten efectos aunque adolezcan de vicios internos que puedan invalidarlos, hasta tanto no sean anulados por el órgano jurisdiccional competente.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se ha visto, mientras para la Sección Cuarta de la Sala Contencioso de la Corporación los documentos en los cuales se basa la compañía ejecutada para proponer la excepción de pago, no contienen una declaración de voluntad administrativa que implique el reconocimiento de la existencia del saldo-crédito que se alega, sino que es sólo una AUTORIZACION para aplicar los que puedan existir y que se mencionan en los mismos formatos de aplicación de sobrantes o traslados allegados al proceso, autorización que no produjo los efectos jurídicos buscados, es decir, la solución o pago efectivo de la obligación tributaria, ante el hecho real de la inexistencia de los créditos en favor de las cedentes " Industrias Rosgub Ltda." y " B. Lugard y Calle Ltda.", para la compañía recurrente esos formatos que contienen la solicitud de traslado de saldos-créditos, en razón de la autorización dada por los funcionarios de impuestos *constituyen actos administrativos,* amparados por la presunción de legalidad que se les reconoce en la ley y en la doctrina, *por cuanto en ellos se encuentran los elementos esenciales* (competencia, voluntad administrativa, contenido ajustado a derecho, motivación, finalidad y forma) que condicionan su validez y eficacia, y tuvieron *la finalidad de producir efectos jurídicos,* situaciones de derecho, que no podía desconocérsele sino en juicio por parte de la jurisdicción competente, o sea, la de lo contencioso-administrativo.

En la doctrina moderna ha adquirido creciente importancia la tendencia a individualizar los actos administrativos en función de su contenido y efectos, lo que permite caracterizar con criterio rigurosamente jurídico, una serie de manifestaciones de voluntad administrativa que presentan elementos comunes y que no siempre son denominados de la misma manera.

Entre las múltiples categorías que se han perfilado con nitidez, la doctrina ha señalado los *actos de autorización* que tratadistas como SAYAGUES LASSO definen como " el acto de la administración que habilita a una persona física o jurídica, privada o pública, para ejercer un poder jurídico o un derecho preexistente. Supone, pues, un poder o derecho anterior, cuyo ejercicio está subordinado a la obtención previa de un acto habilitante de la administración, que resuelve el obstáculo jurídico establecido por el derecho objetivo ".

" En principio la autorización debe ser expresa: se necesita un acto positivo de la administración acordándola. No obstante a menudo los textos establecen autorizaciones tácitas, Esto ocurre cuando el órgano que acuerda la autorización tiene plazo para pronunciarse, vencido el cual se reputa otorgada y el interesado en libertad de actuar " (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo, 1959, págs. 414 a 416).

Pues bien; de acuerdo con lo anterior es claro para la Sala que en el caso presente se está en presencia de dos actos administrativos de autorización de traslados de saldos-créditos de terceras personas a la ejecutada, pues, según se desprende de los documentos que obran a folios 81 y 84 del expediente, el señor jefe de la Sección de Cuentas Corrientes y Caja de la Administración de Impuestos Nacionales de Bogotá, autorizó dichas solicitudes elevadas por los interesados, con el visto bueno del representante de la Contraloría General de la República ante esa agencia estatal, teniendo en cuenta para ello los correspondientes recibos de pago de impuestos, que tuvo a la vista y que, al parecer, no confirmó, los cuales, posteriormente resultaron falsos y determinaron la inexistencia de los saldos-créditos.

Empero, la Sección en la providencia suplicada, al expresar que los documentos allegados al proceso por la ejecutada " no contienen una declaración de voluntad de la administración que implique el reconocimiento de la existencia del saldo crédito que alega el excepcionante, sino que es solo una AUTORIZACION para aplicar los que puedan existir y que se mencionan en los mismos formatos de aplicación de sobrantes o traslados...", no contrarían la reiterada jurisprudencia de esta Corporación sobre los elementos esenciales que condicionan la validez de los actos administrativos, ni la finalidad concreta de ellos, o sea, producir efectos jurídicos, crear situaciones de derecho, ni sobre la presunción de legalidad que los ampara, si se tiene en cuenta que en ninguna de las sentencias invocadas se hizo un análisis y se llegó a una conclusión sobre actos de la naturaleza de los que pretenden hacer valer en este proceso, ni sobre las eventuales consecuencias o implicaciones que en su vigencia tenga la circunstancia de que el sobrante-crédito, finalmente, no exista.

Por otra parte, el error *in judicando* que se predique respecto de una de las sentencias proferidas por Sección de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo

de esta Corporación y se demuestre mediante los razonamientos de rigor, no puede servir de causa o fundamento al recurso extraordinario de súplica que estableció el artículo 2o. de la ley 11 de 1974 -hoy subrogado por el artículo 21 del decreto ley 2304 de 1989 (art. 130 del C.C.A.)-, pues para ello es indispensable que en la sentencia de la Sección, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y en este caso, como se ha dicho, ninguna se ha invocado en la cual la Sala Plena de lo Contencioso, o la extinguida Sala de Negocios Generales, o cual la antigua Sala de lo Contencioso, se hubieren pronunciado sobre la naturaleza jurídica de acto administrativo de las autorizaciones expresas de traslado de sobrantes de saldos-créditos de un tercero a otra persona deudora de la Nación por concepto de impuestos de renta, patrimonio y complementarios, y sus consecuencias cuando aparezca establecida la inexistencia de sobrantes que se cedan al deudor tributario.

Por lo expuesto, el recurso no está llamado a prosperar.

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

FALLA :

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la ejecutada contra la sentencia de diciembre dos (2) de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dictada por la Sección Cuarta de la Corporación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

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

Miguel González Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Reinaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Ausente; *Miren de la Lombana De Magyaroff, Clara Forero de Castro, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta,* Con Aclaración de Voto; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, secretaria

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Dr. Julio César Uribe Acosta se reduce a lo siguiente:

Comparto la decisión de fondo que se tomó por la Sala Plena, pero considero de interés aclarar el voto, pues todas las consideraciones que se hacen en la sentencia en torno al universo que tienen los ACTOS DE AUTORIZACION son propias de la instancia, y parecen extrañas en el momento en que se desata el recurso extraordinario de súplica.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA/INTERVENCION DEL ESTADO** (Salvamento de voto)

Hay intervención cuando hay algún efecto en el mercado, y si no hay efecto en él, estamos simplemente en la facultad de inspeccionar, de manera que cuando se les pide a las entidades vigiladas sus presupuestos y sus planes, no se está produciendo ninguna intervención, se está simplemente frente a una labor de inspección, basada en la necesidad de captar información para saber si esas entidades están cumpliendo o no con las leyes pertinentes. Una de las funciones de la Superintendencia Bancaria, es la de velar por la seguridad del ahorro privado, pero para ello es necesario saber cuáles son los planes y programas de las entidades que los captan y administran.

Salvamento de Voto del Dr. Diego Younes Moreno.

Referencia: Expediente No. A-037. Actor: Asociación Bancaria.

Con el debido respeto me aparto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, por las siguientes razones:

1) A nuestro juicio, se trata de saber si el problema al cual se refieren los autos cae en el campo de la intervención o de la inspección. La ley de bancos nace desde el año de 1923, en el cual empezaron a ponerse en práctica las recomendaciones de la Misión Kemmerer, que tenía por objeto modernizar el Estado y en particular su economía. Para esos efectos se crea una Superintendencia Bancaria, también una Contraloría General de la República y se expide un estatuto orgánico de Presupuesto. Así pues, la regulación orgánica del presupuesto en el sector público, nace también en la misma época en la que se perfila la inspección y vigilancia de la actividad bancaria.

2) En segundo lugar, como bien lo dice la Sección Cuarta, en materia de inspección de las facultades de la Superintendencia son muy amplias, porque se trata de un servicio público fundamental para el país, en el cual está en juego la guarda del esfuerzo nacional, que es el ahorro privado.

3) Aunque la ley de creación de la Superintendencia Bancaria es del año de 1923 interpretándola a la altura de la época, se permitiría deducir que el Superintendente tendría facultades para pedir planes y programas, porque el artículo 39 que cita las facultades del Superintendente, dice que además de las expresamente mencionadas en él, pueden comprenderse las demás cuestiones que el Superitendente disponga averiguar.

4) El punto fundamental de una discusión de esta materia, se centra en la diferencia entre intervención e inspección. La inspección va hasta la verificación y la intervención persigue resultados, y en esto no hay discrepación con la ponencia. Pero hay que preguntarse qué tipos de resultados son los que persigue la intervención. Considero que deben ser resultados sobre los procesos económicos a los cuales se refiere el artículo 32 de la Carta anterior, y por lo tanto hay intervención cuando hay algún efecto en el mercado, y si no hay efecto en él, estamos simplemente en la facultad de inspeccionar de manera que cuando se le pide a las entidades vigiladas sus presupuestos y sus planes, no se está produciendo ninguna intervención, se está simplemente frente a una labor de inspección, basada en la necesidad de captar información para saber si esas entidades están cumpliendo o no con las leyes pertinentes.

5) Una de las funciones de la Superintendencia Bancaria, es la de velar por la seguridad del Ahorro privado, pero para ello es necesario saber cuáles son los planes y programas de las entidades que los captan y administran, para buscar si hay p. ej. gastos superfluos, lo cual es típicamente una función de inspección.

6) Cierto es el hecho de que la tendencia moderna en estas materias sea reforzar los controles internos, pero eso no excluye los controles externos.

Diego Younes Moreno.

NOTA DE RELATORIA: A este Salvamento adhiere el Dr. Alvaro Lecompte. El Salvamento del Dr. Uribe Acosta, refiere su conocida posición sobre norma de habilitación.

SUPERINTENDENCIA BANCARIA-Facultades/ **POLICIA ADMINISTRATIVA/ DERECHO DE DEFENSA**

La interpretación del precepto que ordena al Superintendente proceder en lo pertinente de conformidad con el artículo 47 de la Ley 45/23, no puede ser diferente a que debe proceder a impartir las órdenes correctivas o a aplicar las sanciones previstas en esta norma.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., Agosto veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. A-048. Actor: Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas. Recurso Extraordinario de Anulación.

La CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de única instancia dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación, con fecha 26 de junio de 1987, mediante la cual se resolvió la demanda de nulidad presentada por la recurrente contra las resoluciones 2393 del 13 de mayo de 1982 y 3419 del 8 de agosto de 1983, expedidas por la Superintendencia Bancaria.

I EL LITIGIO DE INSTANCIA

La CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS demandó la declaratoria de nulidad de las resoluciones 2393 de 1982 y 3419 de 1983, mediante las cuales la Superintendencia Bancaria le impuso la sanción pecuniaria prevista en el artículo 7o. del Decreto 893 de 1981, porque al revisar su balance general,

elaborado al cierre de operaciones a 31 de diciembre de 1981, encontró que se presentaron defectos en la inversión supletoria en títulos FAVI.

Adujo la accionante, entre otros cargos, que con la expedición de las resoluciones acusadas se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional porque se pretermitió la previa solicitud de explicaciones y que se desconoció lo dispuesto por la ley 95 de 1890, artículo 1o, porque no se tuvo en cuenta que se incurrió en la infracción por fuerza mayor.

II LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Cuarta no encontró ocurrida la violación de las normas constitucionales y legales invocadas por la demandante y, en consecuencia, resolvió NO ACCEDER a las súplicas de la demanda.

III EL RECURSO DE ANULACION

El recurrente formula contra la sentencia tres cargos, que la Sala estudiará en el mismo orden propuesto por el impugnante.

PRIMER CARGO: *Violación directa por falta de aplicación de los artículos 5 y 375 del Código Penal (decreto 100 de 1980).*

Argumenta el recurrente que la sentencia excluyó la aplicación de los artículos 5 y 375 del Código Penal y que si ello no hubiera sido así, habría anulado las resoluciones acusadas, puesto que la Superintendencia Bancaria, sin análisis alguno, con fundamento exclusivo en las cifras de un balance que por disposición de la misma Superintendencia deben enviar las Corporaciones de Ahorro y Vivienda mensualmente, procedió a sancionar a la CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS.

La Fiscalía *Tercera* del Consejo opina que las sensatas afirmaciones de la sentencia revelan el tratamiento reiterado que el Consejo de Estado ha dado al tema y aduce que las infracciones a disposiciones administrativas se rigen por normas especiales que no disponen remisión forzosa y obligatoria a las reglas generales del Código Penal.

La Sala evidencia que la sentencia afirmó que las infracciones a las normas administrativas no son de índole igual a las de naturaleza estrictamente penal " no siéndoles aplicables de lleno los principios y normas por las cuales se rigen éstas ", y dentro de esta orientación consideró que en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio no es aplicable el artículo 5o. del Código Penal, que sienta el principio de la culpabilidad para que una conducta pueda ser sancionada y proscribe

toda forma de responsabilidad objetiva, pues por el contexto y su propia estructura, se refiere unicamente a las personas naturales respecto de las cuales pueden predicarse las distintas formas de dolo, culpa o preterintención.

Sinembargo, la falta de aplicación del artículo 5o. del Código Penal, que según el recurrente era aplicable por disposición del artículo 375 ibídem, no fue la causa de la decisión, toda vez que la sentencia pese a que se negó a aplicar esta norma, analizó la fuerza mayor alegada por la accionante como causal de inculpabilidad, para concluir que ésta no tuvo ocurrencia. No fue, por tanto, la consideración, errada o no, de que al asunto planteado no le era aplicable el artículo 5o. del Código Penal lo que llevó a la Sección Cuarta a denegar la nulidad impetrada, sino la certeza a que llegó sobre la ausencia de la causal de inculpabilidad alegada.

El siguiente párrafo de la sentencia corrobora este aserto:

" Por lo brevemente expuesto, la Sala no puede sostener la tesis conforme a la cual lo ordenado por una Resolución de la Junta Monetaria (No. 30 de 1979) es constitutivo de fuerza mayor que repercute en una exculpación para cumplir lo mandado en un decreto posterior sobre ordenamiento de las colocaciones (Decreto 1084 de 1981) ".

Y como la violación de la ley sustancial que puede originar la nulidad de la sentencia es la que trasciende a la parte resolutiva del fallo, que es lo que la doctrina ha denominado como la " eficacia causal del error *in judicando* ", debe concluir la Sala que este primer cargo resulta inocuo para la prosperidad del recurso extraordinario.

SEGUNDO CARGO: *Violación directa por falta de aplicación del artículo 1o. de la ley 95 de 1890.*

Censura el impugnante que la sentencia haya desechado la aplicación de la fuerza mayor o caso fortuito previstos en el artículo 1o. de la ley 95 de 1890 como eximente de responsabilidad en el campo del derecho público y arguye que esta norma era aplicable, si no por vía directa, por vía de analogía, según lo dispuesto por el artículo 8o. de la ley 153 de 1887 y que si la sentencia la hubiera aplicado, hubiera considerado que existía una causa eximente de responsabilidad, la fuerza mayor, y habría procedido a decretar la nulidad de las resoluciones 2393 de 1982 y 3419 de 1983 de la Superintendencia Bancaria.

El Ministro Público pide que este cargo sea desestimado por una simple razón: " porque la sentencia aplicó esta disposición aunque en un sentido diferente al que pretendía la Corporación de Ahorro, o mejor, dándole una interpretación contraria a la que sugería la sociedad ".

La Sala encuentra que tiene razón la Fiscalía. La sentencia si dio aplicación al artículo 1o. de la ley 95 de 1890, pues analizó el hecho que la accionante invocó como constitutivo de fuerza mayor para concluir que no lo era. El siguiente párrafo de la sentencia es prueba de ello:

" El sistema de apoyo del FAVI a las Corporaciones tanto para recibirles en depósito los excesos de liquidez como para concederles préstamos cuando acusen baja en los depósitos, es un mecanismo legal suficientemente conocido desde la iniciación del sistema que de ninguna manera puede calificarse como constitutivo de un acontecimiento incierto o imprevisible.

En los ' actos de autoridad ' que la ley menciona como ejemplo de exculpatorios con el caracter de ' fuerza mayor ', la jurisprudencia ha visto en especial los que sean ilegales o arbitrarios, pero el cumplimiento de una norma legal, que inclusive no es nueva, sino vieja y conocida, no puede considerarse como fuerza mayor, cuyo concepto está reservado a los acontecimientos que además de imprevisibles deben ser irresistibles ".

El concepto de violación directa por inaplicación de la ley sustantiva surge del error del Juez sobre la existencia de la norma o de su validez, no de la estimación de que sus presupuestos fácticos no estén demostrados en el proceso. Cuando se deja de aplicar el precepto como consecuencia de la apreciación de los supuestos de hecho, la infracción ya no es directa sino indirecta y no cabe su corrección a través del recurso extraordinario de anulación.

De manera que como la sentencia llegó a la conclusión de que el hecho alegado como causal eximente de culpabilidad no era imprevisible ni irresistible, la inaplicación del artículo 1o. de la ley 95 de 1890 no devino del desconocimiento de su existencia o de su validez en el litigio, sino de no haber encontrado probados los supuestos de hecho del precepto, que denomina fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto al que no es posible resistir. Se negó la eximente de responsabilidad no porque el juzgador considerara que no era aplicable la norma que lo consagra, sino porque no la halló demostrada. No prospera el cargo.

TERCER CARGO: *Violación directa por falta de aplicación de los artículos 26 y 27 de la Constitución Nacional y del artículo 47 de la ley 45 de 1923.*

Afirma el censor que la aplicación del principio constitucional contenido en el artículo 26 de la Carta, según el cual nadie puede ser vencido en juicio sin que haya sido oído previamente su defensa, sólo está exceptuada en los casos taxativos del artículo 27 ibídem y que como en ninguno de ellos se contempló la facultad sancionatoria de la Superintendencia Bancaria, " no es aceptable la tesis expuesta en la sentencia, mediante la cual no se configura la violación del artículo 26 de la

Constitución Nacional porque las resoluciones fueron discutidas a través de los recursos gubernativos", agrega que "de conformidad con el precepto constitucional, la sanción no ha podido ser impuesta como efectivamente se hizo, sin que a la Corporación se le hubiera otorgado la posibilidad de haber sido oída previamente".

En relación con el inciso segundo del artículo 47 de la ley 45 de 1923, que dispone que cuando el Superintendente juzgue que el encaje de un establecimiento financiero está por debajo de lo que la ley requiere, podrá pedir explicaciones y si dicho encaje no se elevare dentro del término señalado por la ley, podrá imponer las sanciones en ella establecidas, expresa el recurrente que también es aplicable para el caso en que las Corporaciones de Ahorro y Vivienda presenten defectos en las colocaciones forzosas, por expresa disposición del artículo 14 del Decreto 1269 de 1972 y que sinembargo no fue tenido en cuenta por la sentencia.

Concluye que si el Consejo hubiera dado aplicación al artículo 47 de la ley 45 de 1923, y a los artículos 26 y 27 de la Constitución Nacional, habría declarado la nulidad de las resoluciones acusadas, porque al no solicitar la Superintendencia explicaciones previas a la sanción, violó el derecho de defensa.

La Fiscalía manifiesta que si se analizan con detenimiento los planteamientos del recurso, se observará que las argumentaciones no están dirigidas propiamente contra la sentencia sino contra los actos administrativos cuya nulidad perseguía la demanda, o sea que el recurrente lo que pretende es que se examine nuevamente las circunstancias de hecho y de derecho que expuso en su libelo, lo cual es inadmisible dentro de la técnica rigurosa del recurso extraordinario de anulación. Agrega que además, la sentencia si aplicó el artículo 26 de la Carta pero lo interpretó en un sentido que no permitía declarar la nulidad de los actos impugnados.

De los mismos términos en que fue expuesto el cargo de inaplicación de los artículos 26 y 27 de la Constitución Nacional, colige la Sala que el cargo formulado no tuvo ocurrencia, pues si la sentencia, luego de estudiar las circunstancias fácticas de la contienda, llegó como lo dice el impugnante, al convencimiento de que no se violó el artículo 26 de la Carta porque las resoluciones fueron discutidas a través de los recursos gubernativos, no fue porque desconociera el precepto, sino porque no encontró relación entre la situación concreta de hecho y el supuesto previsto en la norma, en apreciación que no puede ser juzgada por la vía del recurso extraordinario de anulación, por no constituir infracción directa del precepto constitucional.

En cuanto a la no aplicación del inciso segundo del artículo 47 de la ley 45 de 1923 que según el recurrente era aplicable para los defectos que presenten las corporaciones en sus colocaciones forzosas, por expresa disposición del artículo 14 del Decreto 1269 de 1972, cabe observar que aun cuando ciertamente esta norma no fue aplicable por la sentencia, el cargo carece de fundamento, toda vez que

cuando el artículo 14 del decreto 1269 prescribe que " si las informaciones y explicaciones de las corporaciones no fuesen satisfactorias a la Superintendencia ésta procederá en lo pertinente de conformidad con los artículos 47 de la ley 45 de 1923 y 5o. del decreto 3233 de 1965 "no está exigiendo la solicitud de las explicaciones a que se refiere el inciso 2o. del artículo 47, procedimiento que sería ilógico pues ilógico es que se soliciten explicaciones de explicaciones no satisfactorias.

La interpretación del precepto que ordena al Superintendente proceder en lo pertinente de conformidad con el artículo 47 de la ley 45 de 1923 no puede ser diferente a que debe proceder a impartir las órdenes correctivas o a aplicar las sanciones previstas en esta norma y éste es el sentido que aparece consignado en el fallo en los siguientes términos:

> " En cuanto al " requerimiento previo de explicaciones " cierto es que está consagrado especificamente en algunas ocasiones por la ley, mas no en el que se examina que se refiere al estudio y verificación legal de los informes presentados por la misma empresa, bajo el supuesto de estar fielmente tomados de sus libros y por ello mismo se estiman correctos y la administración los aceptó sin modificación alguna. Fenómeno diferente son las consecuencias legales que se derivan de las situaciones confesadas por la empresa en sus propios informes".

Tampoco prospera este cargo.

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,

F A L L A :

PRIMERO. No prospera el recurso extraordinario de anulación propuesto contra la sentencia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, de fecha 26 de junio de 1987.

SEGUNDO. No se condena en costas por no aparecer probadas.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase a la Sección de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintisiete (27) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutierrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández.*

LOS CONSEJEROS:

Julio César Uribe Acosta, Aclara Voto; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Consejero Dr. Julio César Uribe Acosta, refiere su conocida posición respecto del recurso extraordinario de anulación, relacionada con la Norma de Habilitación.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/PRUEBA RECOBRADA

Cuando la ley habla de piezas recobradas para los efectos del recurso de revisión, no se refiere a cualquier medio probatorio que quiera practicarse después de la sentencia cuya revisión se pide, sino sólo a aquellos que de haber obrado en el proceso hubieran variado la decisión contenida en el fallo; y el recurrente hubiera estado durante el trámite del proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. R-071. Actor: Carlos D. Linero Pinzón. Recurso de Revisión-Reconstrucción.

FALLO

1o. Decide la Sala el recurso de Revisión Extraordinario, interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de treinta (30) de agosto de 1984 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación que revocó la que había dictado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982), condenando a la Policía Nacional a pagar a Carlos Domingo Linero Pinzón, como agente de la Policía Nacional, una pensión de invalidez mas la indemnización a que tenía derecho.

2o. El expediente fue reconstruido por auto de 25 de marzo de 1988.

3o. La Causal Invocada:

El recurrente en el escrito que contiene el recurso Extraordinario de Revisión, dice que él se funda en el numeral 2 del artículo 188 del Decreto 01 de 1984, y pide que se confirme la sentencia de 11 de octubre de 1982 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, favorable al actor.

4o. Como ya se indicó el actor funda el recurso en la causal 2a. del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, la cual expresa:

" Artículo 188. Causales de Revisión ".

" Procederá este recurso:"

" 1...

" 2. Cuando se recobraren piezas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión diferente ".

Dice el recurrente, fl. 7 del expediente y 5 del memorial contentivo del recurso, " La pieza decisiva que se va a aportar dentro del presente recurso extraordinario, es el dictámen médico pericial que se practicará a través de la Jefatura de la Sección de Medicina Laboral, para determinar de una vez por todas el índice de lesión y el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral que presentaba el actor a la fecha de su retiro de la Policía Nacional, la cual constituye un nuevo elemento probatorio dentro del la *litis* ".

En este proceso fue evaluada la situación del actor, agente de la Policía Nacional-Carlos Domingo Linero Pinzón, así:

1o. " Acta Nro. 0217 AMT. 422 Medicina del Trabajo de 24 de abril de 1974, en la cual intervinieron Alvaro Lozano Miranda, médico especialista neurólogo; Alvaro Hurtado Díaz, médico especialista Psiquiatra y Rafael Pardo Colmenares, médico especialista-Cirujano, consideraron: 1o: Que las secuelas neurológicas del traumatismo craneal que presenta el agente (r) Piñeros (sic) Pinzón le determina una Incapacidad Relativa Permanente con disminución de la capacidad laboral valorable en el numeral tres, cero cero uno (3-001) con un índice lesional de ocho (8);"

2o. " Que la incapacidad laboral valorada en el numeral 1o, fue adquirida en el servicio, pero no consta a la Sanidad si por causa o razón del mismo por cuanto no existe informativo para prestaciones sociales ". (Ver páginas 96/98 c.p. y 22/24 C#3): *Tiene antecedentes convulsivos desde 1970* ". (Lo subrayado es de la Sala).

3o. A folio 49, C#3, Gustavo Pradilla Ardila, médico legista neurológico hace la siguiente evaluación: " Por consiguiente, dictaminamos que el examinado padece de Hemiparesia derecha y Epilepsia focal y Gran Mal de naturaleza /// ilegible/// traumática-Consideramos que estas lesiones lo inhabilitan en forma absoluta y permanente para desempeñar las funciones propias de Agente de Vigilancia de la Policía Nacional ".

4o. A folio 102 puede verse el dictámen 012, fechado en Barranquilla el 11 de febrero de 1980, dirigido al Tribunal Administrativo del Atlántico, al cual se había comisionado por el de Cundinamarca, firmado por Juan Navas Quintero, Médico Industrial del Atlántico, el cual dice: " Paciente que en 1.9 (sic) recibió truma (sic) creaneoencefálico que le ocasionó fractura sin hundimiento de la región izquierda, fue tratado en esta ocasión y quedaron como secuelas hemiplejia derecha, afasia y convulsiones ".

" *Al examen actual* se encuentra
que han desaparecido casi completamente hemiplejia y la afasia, pero persisten las convulsiones ".

" El estado del paciente lo inhabilita para desempeñar trabajo de cuidado "

" Este paciente debe permanecer bajo vigilancia de especialista y examen neurológico (sic) periódicos ".

5o. " El 24 de noviembre de 1977, folios 37/38 cuaderno #3, el Jefe de la Sec. de Estadística y Archivos Clínicos de Sanidad de la Policía Nacional remi /// ilegible/// Tribunal Administrativo de Cundinamarca los datos clínicos del agente (r) Carlos Lineros (sic) Pinzón oficio Nro. 1763 PN. DS. BIO-Est. 1447 en /// ilegible/// puesta al oficio 77-6292, en el cual se concluye:"

" Este paciente presenta secuelas de traumatísmo craneano que le producen una incapacidad relativa permanente. Deberá tomar medicación con carácter indefinido".

6o. El 23 de julio de 1981, el médico Juán Navas Quintero en dictamen 012 de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Atlántico, dirigido al Tribunal Administrativo del Atlántico, dice:

" El paciente sufrió accidente que le produjo fractura de cráneo la cual dejó secuelas graves. Esta afección lo invalida en forma absoluta y permanente para desempeñar las funciones propias de la vida policial en todos sus ramos. Su capacidad laboral está disminuida en un 80%.

"Las lesiones cerebrales que padece son de tipo crónico y de carácter evolutivo, por tanto debe permanecer bajo controles médicos neurológicos periódicos". (Fl. 142 C#3).

Se observa que el mismo médico en Febrero 11 de 1980, había emitido el dictamen 012, visible a folio 102 del mismo cuaderno #3, totalmente distinto.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitió sentencia el once (11) de octubre de mil novecientos ochenta y dos (1982) (fls. 157/162) en la que anuló las resoluciones 02820 y 6954 de 14 de julio de 1975 y de 26 de octubre de 1976, respectivamente, proferidas por la Dirección General de la Policía Nacional y 11763 de 30 de diciembre de 1976 del Ministerio de Defensa Nacional.

Fundó su decisión el *A-quo* en el concepto médico del doctor Gustavo Pradilla Ardila, neurólogo del Ministerio de Justicia, de noviembre 27 de 1978, el cual concluye diciendo que las lesiones que padece el agente Carlos Domingo Linero Pinzón lo inhabilitan en forma absoluta y permanente para desempeñar las funciones propias de Agente de Vigilancia de la Policía Nacional. " (V.F. 49).

La valorización anterior es de fecha 27 de noviembre de 1978 y ya fué relacionada en esta providencia.

Citó, además, el Tribunal *A-Quo,* como fundamento de su decisión el dictamen del Médico Industrial del Atlántico de 11 de febrero de 1980, doctor Juan Navas Quintero y su ampliación, también ya relacionados en el curso de esta providencia.

Enviado el expediente en Consulta a la Sección Segunda de esta Corporación, la Consejera a quien le tocó en reparto, produjo el 16 de febrero de 1983 un auto para mejor proveer, en atención a que conforme al Acta de la Junta Médica-Laboral del Ministerio de Defensa de 24 de abril de 1974, el actor presentaba en ese momento, una incapacidad permanente y relativa con índice de 8, y según los conceptos de Medicina Industrial del Atlántico, su Capacidad Laboral está disminuida en un 80%, pero no se dijo cual era la incapacidad en el momento en que se desvinculó del servicio activo de la Policía Nacional, por lo que dictó auto en el cual dispuso: " Líbrese oficio a la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social del Ministerio del Ramo, de la ciudad de Barranquilla para que con base en todos los exámenes médicos que existen en el informativo, especialmente los visibles a folios 22 a 24, 37 a 38, 49, 102 a 142, cuyas copias debidamente auténticadas se incluirán en el despacho correspondiente, proceda a dictaminar cual era la incapacidad laboral (para toda clase de oficios) que presentaba el demandante en el época en que se le practicó el examen que aparece fechado el 24 de abril de 1974 y expedido por la Junta Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional. Se dirá en consecuencia,

si para esa época la invalidez era relativa y permanente o absoluta y según el caso se fijará los índices respectivos ".

El Médico Industrial del Atlántico Juan Navas Quintero remitió su dictamen al Consejo de Estado (fl. 199 C#3) en el que dice que leído el informe de la Junta Médico Laboral del Ministerio de Defensa Nacional de abril 24 de 1974, se encuentra que en esa fecha " el paciente presentaba las lesiones de tipo neurológico los cuales (sic) le producían una incapacidad permanente parcial para todo tipo de trabajo y lo inhabilitan en forma absoluta para desempeñar las labores propias de la vida militar ", el cual se transcribe en la sentencia (fl. 212) y el que el 22 de junio de 1984 emitió la misma Sección de Medicina Laboral del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social cual se copia en la sentencia y que no aparece en el informativo por ser este proceso reconstruido. Dijo la Sección Segundo en su transcripción:

" El paciente sufrió traumatismo craneano en 1971 quedando las secuelas de hemiparesia derecha y afasia, fue tratado y se recuperó progresivamente de estas lesiones, pero persistieron las convulsiones, fue tratado hasta 1972 con fisioterapia y anticonvulsivantes ".

" Un E.E.G. de marzo 13 de 1974 muestra resultado francamente patológico, trazado de significación convulsinógena, interpretado como secuelas del traumatismo creaneanoencefálico sufrido, se deduce por lo tanto que en la fecha en la cual se desvinculó de los fueros de la Policía Nacional el paciente presentaba una incapacidad permanente progresiva para desempeñar las labores de la vida militar, presentando por esa época un índice lesional del 20% "

Por auto de 7 de febrero de 1991, (fl. 141) fue comisionado nuevamente el Tribunal Administrativo del Atlántico para la práctica por la Oficina de Medicina del Trabajo los exámenes al actor ordenados en auto de 24 de noviembre de 1988, conforme al cual el médico del Trabajo debía dictaminar la pérdida de la capacidad laboral del agente (r) Linero Pinzón, por solicitud del Procurador Judicial del mismo, ya que el actor reside en Barranquilla, prueba que no se pudo evacuar; además, el apoderado judicial del actor en memorial de 19 de febrero de 1991 (fls. 143/144) pide que la prueba se practique en Bogotá con base en los antecedentes que obran en el proceso. El despacho estimó que como ya no se quería demostrar el estado de incapacidad del actor mediante el examen médico, sino que se hicieran con base en las pruebas del proceso, el actor renunciaba a la prueba que anunció en el memorial en el cual interpuso el recurso de Revisión, cual era un dictamen pericial para determinar la incapacidad laboral del actor.

SE CONSIDERA :

Cuando el artículo 188 del C.C.A., en su ordinal 2o. habla de piezas recobradas para los efectos del recurso de revisión, no se refiere a cualquier medio probatorio

que quiera practicarse después de la sentencia cuya revisión se pide, sino sólo a aquéllos que, como lo sostiene Devis Echandía, de haber obrado en el proceso hubieran variado la decisión contenida en el fallo; y el recurrente hubiera estado durante el trámite del proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.

Como se ve no se trata de cualquier prueba nueva que pueda practicarse ni de una nueva evaluación de los medios que obran dentro del proceso. Y menos que la causal pueda servir para suplir la negligencia o el descuido del interesado, otorgándole una nueva oportunidad para aportar documentos que tenía en su poder o que eran de fácil consecución o para pedir la práctica de otros medios cuyo diligenciamiento bien pudo solicitar sin obstáculo alguno en la oportunidad procesal adecuada.

Por tanto y como en el caso concreto se busca una nueva valorización del material probatorio, el recurso planteado es improcedente y así se declarará.

En mérito de las consideraciones expuestas, 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 de Revisión.

Cópiese, notifíquese y devuelvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase,

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez.*

LOS CONSEJEROS.

Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Ausente; *Julio César Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

HOJA DE SERVICIOS MILITARES/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia.

El recurso estaría llamado a prosperar si no fuera por la circunstancia de que en la controversia que se desató por medio de la sentencia suplicada, jugó papel preponderante la existencia de una norma positiva de derecho que no existía, en idénticos términos, cuando se produjo la sentencia citada como contrariada: el artículo 10 del D. 596/77, que permite al Ministerio de Defensa Nacional, objetar la hoja de servicios en orden a que se cumpla con los requisitos legales. No es posible anular una sentencia por supuesto quebrantamiento o contrariedad con una concepción jurisprudencial, elaborada mucho tiempo atrás, cuando aquélla se fundamenta en ley posterior, de obligatoria observancia y aplicación por el juez, que modifica o cambia la situación jurídica existente en el momento en que se produjo la decisión en donde se encuentra la jurisprudencia supuesta o realmente contrariada.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD- Improcedencia

El recurso extraordinario de súplica no es una segunda o tercera instancia, que le permita a la Sala Plena entrar a considerar excepciones de inconstitucionalidad contra leyes o decretos leyes invocados y aplicados por la Sección en su sentencia objeto del recurso, para que, establecida la alegada contrariedad entre la norma superior y la ley o decreto-ley, aplicar aquélla de preferencia, y, por ende, anular la sentencia de la Sección y dictar en reemplazo de ella la que deba sustituirla.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Bogotá, D.E., tres (3) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S-177. Actor: Teresa Castro viuda de Riveros. Recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 29 de enero de 1991, proferida por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado.

Procede la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de la referencia, dentro del proceso reconstruido # 1173, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda enderezada a obtener la declaratoria de nulidad de las resoluciones 1545 y 2494 de 1982, proferidas por el Ministerio de Defensa Nacional, de la Hoja de Servicios Militares 013 ARC de 1982, de la Resolución 108 de 1982 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, y la declaración de silencio administrativo en cuanto a la solicitud de sustitución pensional en favor de la actora, como cónyuge sobreviviente del suboficial de la Armada Nacional, señor César Julio Riveros Rincón, para que, como consecuencia de la nulidad declarada, a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Caja precitada a pagar al causante una asignación de retiro en cuantía equivalente al 62% del sueldo de actividad del grado que ostentó, desde el momento en que se produjo su baja del servicio, la cual debe sustituirse a su viuda e hijos menores, con carácter vitalicio.

I. LA SENTENCIA SUPLICADA

La Sección Segunda de la Sala contenciosa de esta Corporación, en la sentencia objeto del recurso extraordinario, denegó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

En cumplimiento de sentencias proferidas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, se elaboró por la Armada Nacional hoja de servicios militares al suboficial 3o. César Julio Riveros Rincón, acreditándosele un tiempo de servicios de 12 años, 8 meses y 10 días.

Con base en dicha hoja de servicios militares, la Caja de sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares produjo la Resolución # 108 del 11 de febrero de 1982, por medio de la cual se le reconoció al indicado suboficial una asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 62% de sueldo de actividad de dicho grado militar, resolución que fue enviada en consulta al Ministerio de Defensa Nacional, en donde mediante auto de marzo 3 del mismo año, dictado por el Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales, se dispuso que se elaborará nueva hoja de servicios militares, excluyendo los tres (3) meses de alta en el cómputo del tiempo de servicios, en razón de que el H. Consejo de Estado en la sentencia en que ordenó la formación de la hoja de servicios militares no ordenó incluir ese lapso; e, igualmente, eliminando los

cinco días adicionales por año de servicio, en consideración a que el decreto 429 de 1952 no consagraba esa diferencia por año laboral.

En razón de ello, se produjo una nueva hoja de servicios militares, la distinguida con el # 013/ARC, en donde aparece un tiempo de servicio de 12 años, 3 meses y 7 días, lo que determinó que el Ministerio de Defensa expidiera la resolución 1545 de 1982, que aprobó la 108 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, pero modificando la cuantía de la prestación social del 62% del sueldo básico del grado militar, al 58% del mismo.

Contra dicha resolución se interpuso el recurso de reposición, que fue decidido mediante la # 2494 del mismo año en el sentido de confirmarla.

" El libelista -dice la Sección en la sentencia recurrida fundamenta sus pretensiones en una premisa errónea: que la hoja de servicios es un acto de trámite que causa etado y genera derechos y por ello no puede ser modificada sin anuencia del titular del derecho, ni desconocida por quien debe decidir sobre el reconocimiento de la asignación de retiro. Como bien lo anota la Fiscalía, lo que genera derechos no es la hoja de servicios sino el acto administrativo que con base en ella reconoce la prestación; la hoja de servicios es simplemente un documento probatorio que expide la respectiva Fuerza respecto de los servicios prestados, cuyas consecuencias jurídicas deben ser evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro, y por ello puede ser corregida cuando a ello haya lugar, e incluso objetada en el trámite de la expedición de la resolución de reconocimiento.

" 3a. Así se encuentra dispuesto en el Decreto 586 de 1977, artículo 10, literal a) que expresa:

' A) Expedida la Hoja de Servicios, se enviará a la Caja de Retiro con sus antecedentes para estudio y resolución. Surtido el trámite, el expediente será remitido al Ministerio de Defensa para su correspondiente revisión y aprobación.

" Si la hoja de Servicios no reuniere los requisitos legales, podrá ser objetada por el Ministerio en el acto de revisión...'

" 4a. Y así también se consignó en la sentencia mediante la cual el Consejo confirmó el fallo del Tribunal de Cundinamarca que dispuso conformar la hoja de servicios del actor, en uno de cuyos apartes, citado en fallo proferido en caso similar, se dijo:

...

" 5a. Finalmente, encuentra la Sala que la corrección que se hizo de la Hoja de Servicios 087/80 por la Hoja de Servicios 013/82, respecto al tiempo de alta, se

ajusta a la ley, como quiera que los Decretos 3071 de 1968 (artículo 25), 2337 de 1971 (artículo 130), 612 de 1977 (artículo 146), niegan los tres meses de alta a los militares separados en forma absoluta por sentencia condenatoria, y por ello era pertinente que tal tiempo fuera descontado de la Hoja de Servicios 087, con lo cual la fracción superior a los 12 años, resultaba inferior a 6 meses y por ello no procede la aproximación a los 13 años para efecto de la liquidación de la asignación de retiro".

II. LOS MOTIVOS DE IMPUGNACION

El recurrente dice que, en cuanto hace al primer postulado de la sentencia de la Sección, relativo a que la Hoja de Servicios Militares es un instrumento probatorio que se expide por la respectiva Fuerza cuyas consecuencias deben ser evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro y por ende, puede ser corregido cuando a ello haya lugar, e inclusive objetado en dicho trámite (Decreto 586 de 1977), al hacerlo se acogió doctrina contraria a la jurisprudencia sobre hoja de servicios militares, adoptada en los siguientes pronunciamientos de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado:

A) En la *sentencia del 13 de junio de 1959,* ponente Dr. Andrés Augusto Fernández, Anales, Tomo LXI-Bis-1960-, págs. 185/195.

B) En la *sentencia de 10 de abril de 1942,* ponente Dr. Gonzálo Gaitán, autor: Tomás Lozada.

C) En la *sentencia de febrero 15 de 1946,* Anales Tomo 57-1946-, págs. 362 y 366.

En la primera la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, dijo, en síntesis, lo siguiente:

Siguiendo lo dispuesto por el artículo 2o. del D/E 429 de 1952, y de acuerdo con los expositores de Derecho Administrativo, entre los cuales puede citarse a Jeze, Fraga y Sarria, puede afirmarse, en primer término, que la elaboración de la Hoja de Servicios Militares por el Ministerio de Guerra, y sin que cuente el que esté bien o mal expedida en referencia a las normas legales, es un *acto jurídico* desde el momento en que es un acto de voluntad de la Administración, que tiene por finalidad producir un efecto de derecho o sea, " crear o modificar el orden jurídico con un objetivo individual ". Se reunen en esa actuación del Ministerio los elementos conformantes del acto jurídico, a saber: a) motivo; b) manifestación de voluntad; c) el efecto que produce, o sea, el objeto inmediato de la voluntad; d) el fin jurídico que viene a ser el objeto mediato de la voluntad. Además, tal acto jurídico es un ACTO ADMINISTRATIVO por representar la exteriorización de

una actividad del Estado, realizada en función administrativa. *Igualmente es un acto de trámite,* necesario sí, y de trascendencia pero intermedio, puesto que por su sola expedición no se logra por el interesado la totalidad de los objetivos, cual es la de obtener la pensión de retiro, para lo cual se requiere UN ACTO FINAL expedido por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares con las formalidades externas.

" De los lineamientos anteriores se perfila claramente que el acto administrativo constituido por la elaboración de una HOJA DE SERVICIOS MILITARES por el Ministerio de Guerra, no es un acto condición, sino un acto contentivo de *una situación jurídica subjetiva, personal, concreta e individual.* No será un acto creador de una situación jurídica individual atendida la acepción precisa de la palabra creador, pero sí es un acto administrativo *que determina, que perfecciona, que consolida esa situación.* El oficial o suboficial del Ejército en posesión de su hoja de servicios expedida conforme a los requisitos legales tiene definida una posición básica intermedia, para por el cumplimiento previo de otras exigencias pertinentes de la legislación positiva, pedir a la Caja el reconocimiento y pago de la pensión de retiro, habida cuenta de que a este organismo le cabe el derecho de examinar (sic) antes de expedir el ACTO FINAL, como también le asiste el derecho de derecho de demandario por la vía de plena jurisdicción contencioso administrativa ya que viene a resultar directa y personalmente lesionada con su expedición si se ha hecho contra la ley ".

" Expuesto lo que antecede, se hace necesario definir cuál es la vía apropiada para ante la jurisdicción contencioso administrativa, demandar y obtener la anulación del acto administrativo por el cual se expide una hoja de servicios militares. El memorandum aportado por el Ministerio de Guerra acogido en demanda del Fiscal 1o. del Consejo, transcribe una sentencia de fecha 17 de julio de 1945 expedida por esta Corporación y que dice:

' La hoja de servicios de un militar, legalmente expedida es el documento auténtico, la prueba específica que demuestra los servicios prestados en el Ejército. Y siendo la aprobación de la hoja un acto de autoridad administrativa, como lo es el Ministerio de Guerra puede ser acusado para que sea reformado o anulado, por *las vías que la ley da contra los actos administrativos...* Si una hoja de servicios militares se expide con violación de la ley para con su titular, por errores del tiempo de servicios o por omisión de servicios militares, aquél tiene pleno motivo para pedir la anulación y el restablecimiento del derecho quebrantado, *por más acto* se trámite que sea como antes se consideró capaz de causar estado si no se le impugna en momento oportuno...'.".

En la segunda de las sentencias precitadas, el Consejo de Estado dijo que " la hoja de servicios es prueba insustituible para acreditar los que haya prestado un

militar en el Ejército; mientras no esté provisto de ella no puede intentar demanda para que se le reconozca pensión o recompensa. Mientras el Militar, sin culpa suya no ha podido obtener la expedición de la hoja de servicios no está en capacidad jurídica de demandar el reconocimiento y por tanto no puede empezar a correrle el término de prescripción extensiva de la acción " (sentencia de abril 10 de 1942).

Finalmente, en la tercera de las providencias invocadas, la Corporación dijo que " la hoja de servicios militares sólo puede producirla el Ministerio de Guerra, y es un documento auténtico, plena prueba verídica de lo que relata mientras el acto aprobatorio no haya sido invalido mediante los trámites que la ley señala para la anulación de los actos administrativos ".

En cuanto al segundo postulado de la sentencia recurrida, o sea aquél en donde se expresa " que la corrección que se le hizo a la hoja de servicios se ajusta a la ley como quiera que el art. 125, 130 del Decreto ley 2337 de 1971, art. 146, autorizan que no se compute tiempo de tres meses de calificación de servicios ", el apoderado de la impugnante no invoca jurisprudencia contrariada, sino que propone la excepción inconstitucionalidad consagrada en el art. 215 de la Constitución vigente, en relación con los decretos leyes 3071 de 1968, art. 125, 2337 de 1971, art. 130, y 612 de 1977, art. 146, por violar " por exceso los artículos 76-11, 76-12, 55 y 118-8 de la Carta Política.

III. LA DECISION

Primer cargo: el desconocimiento de la jurisprudencia contenida en las sentencias de abril 10 de 1942, febrero 15 de 1946 y 13 de junio de 1959.

La sentencia de abril 10 de 1942. Realmente, la Sala no encuentra la alegada contradicción entre la sentencia recurrida y lo que se expresó en la sentencia de abril 10 de 1942.

En efecto: en esta última el Consejo dice que la hoja de vida es *una prueba insustituíble para acreditar los que ha prestado el militar en el Ejército,* razón por la cual mientras no se obtenga del entonces denominado Ministerio de Guerra no se podía gestionar el reconocimiento y pago de pensión o recompensa, ni corre término de prescripción extintiva de la acción -que el Fiscal de la Corporación había propuesto en el proceso dentro del cual se produjo la sentencia que contiene la jurisprudencia supuestamente contrariada-, y en la sentencia recurrida dice más o menos los mismo: " la hoja de servicios *es simplemente un documento probatorio que expide la Fuerza respecto de los servicios prestados* ". Sólo que, mientras en la primera de las sentencias citadas, se concluye que, entonces, mientras no se obtenga dicho documento, no se puede gestionar el reconocimiento de la pensión y, por lo mismo, no ha empezado a correr término alguno de prescripción del

derecho; en la segunda, se asevera, también como conclusión, que las consecuencias jurídicas de la expedición de la hoja deben ser " evaluadas al resolver sobre la asignación de retiro, y por ello puede ser corregida cuando a ello haya lugar, e incluso objetada en el trámite de expedición de la resolución de reconocimiento ", como se encuentra dispuesto, por lo demás, en el decreto 586 de 1977, art. 10, vigente en ese entonces, agrega ahora esta Sala.

No prospera, en consecuencia, el cargo formulado.

La sentencia de febrero 15 de 1946. Tampoco encuentra la Sala la alegada contradicción entre la sentencia precitada y la recurrida.

Veamos: en la sentencia de febrero 15 de 1946, el Consejo de Estado expresó que " la hoja de servicios militares *es una prueba específica* desde luego que éstos sólo se pueden acreditar para efectos legales, mediante tal documento; y la elaboración de éste corresponde exclusivamente al Ministerio de Guerra. Así, pues, elaborada y aprobada por el Ministerio una hoja de servicios militares, *ella constituye un documento auténtico y una prueba plena y perfecta* de lo que relata, mientras el acto ministerial no haya sido invalidado mediante los trámites que la ley señala para la anulación de los *actos administrativos* ". Ese carácter de *prueba específica* o *documento probatorio* que expide la respectiva Fuerza, igualmente se lo reconoce la sentencia suplicada, como documento público y auténtico que es.

La diferencia entre una sentencia y otra, se encuentra en lo siguiente: mientras en la sentencia de febrero 15 de 1946 se expresa que ese documento -al cual parece atribuírle el carácter de acto administrativo sin calificarlo o determinarlo de definitivo o de trámite- sólo puede ser invalidado por los medios de impugnación consagrados por la ley respecto de los actos administrativos, en la sentencia suplicada se dice que " es simplemente un documento probatorio, y no un acto de trámite que cause estado y genere derechos y que por ello no puede ser modificado sin anuencia del titular del derecho, como lo pretende la demandante '.

Empero, como en sentencia posterior la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación -la de 13 de junio de 1959-, también invocada por el recurrente como contrariada, se precisa ya por el Consejo de Estado que se trata de un acto administrativo de trámite, será a continuación que se adopte una conclusión defintiva sobre el particular, pues es evidente que esta sentencia, por ser posterior a la de 1946, vendría a constituir la jurisprudencia vigente del Consejo de Estado, salvo la existencia de ley expresa posterior a ella que permita llegar a otra conclusión.

La sentencia de junio 13 de 1959. Como se ha visto, en esta sentencia el Consejo de Estado llegó a las siguientes conclusiones: a) la hoja de servicios

militares *es un acto jurídico;* b) pero además, *es un acto administrativo;* c) Igualmente *acto de trámite* indispensable para producir *un acto final;* d) pero no es un *acto-condición,* sino un acto creador de una situación jurídica subjetiva, personal, concreta e individual, aun cuando no en la " acepción precisa de la palabra creador "; e) a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares " le cabe el derecho de *examinarlo* antes de expedir un ACTO FINAL que concede o deniega la pensión de retiro "; y f) finalmente, que ese acto jurídico-administrativo de trámite es susceptible de ser acusado de nulidad, por la Administración y por el interesado, ante esta jurisdicción.

En la sentencia suplicada, al afirmarse que es " un documento probatorio que expide la respectiva Fuerza respecto de los servicios prestados " y expresarse, igualmente, que el libelista parte de la premisa errónea, según la cual la hoja de servicios militares es un acto de trámite que causa estado y genera derechos, inmodoficable sin la anuencia del titular de ellos, indubitablemente que la Sección volvió a la posición jurisprudencial del Consejo del año de 1942, reiterada en la sentencia de febrero 15 de 1946, aun cuando en ésta, como se vió, pareciera que el Consejo le atribuye además el carácter de " acto administrativo " -sin especificar si definitivo o de trámite-, para efectos de su impugnación ante esta jurisdicción por medio de las acciones contenciosas en ese entonces existentes, lo que, igualmente, se comparte en la sentencia de 1959, y desde luego, cabría pensar que contraría la jurisprudencia contenida en esa sentencia de junio 13 de 1959.

Empero, dejando de lado las observaciones del señor Consejero Ponente relativas a que en dicha sentencia de 1959, el Consejo no es terminante o concluyente en el sentido de que la hoja de servicios militares sea un acto administrativo, *creador* de una situación jurídica subjetiva, personal, concreta e individual, auncuando así pareciera deducirse de la conclusión final de que como acto administrativo de trámite es susceptible de se impugnado judicialmente y que se encuentran, entonces, en dicha providencia contradicciones evidentes, pues si es de trámite no es definitivo, y no siendo acto definitivo no es, ni era, susceptible de control contencioso administrativo, a menos que hiciera imposible la continuación de la actuación administrativa o pusiera término a ella, y que, por lo demás, en dicha sentencia se le reconoce a la Administración el poder o facultad de examinar la hoja de servicios, antes de producir el ACTO FINAL que concede o niega la pensión militar, ya que, según el decreto reglamentario 428 de 1952, la hoja de servicios es un documento que contribuye a integrar el " respectivo expediente de prueba ", lo que indudablemente conduce a la conclusión a que llegó la Corporación en los años de 1942 y 1946, y no a la que se llega en ella sobre que la hoja de servicios militares es un acto administrativo de trámite creador o contentivo de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas, que sólo se puede invalidar por la jurisdicción, así no lo haya dicho, como lo observó de manera concluyente e incontrovertible, sobre las cuales la Sala considera que no es del caso pronunciarse, se anota que el

recurso estaría llamado a prosperar si no fuera por la circunstancia de que en la controversia que se desató por medio de la sentencia suplicada, jugó papel preponderante la existencia de una norma positiva de derecho que no existía, en idénticos términos, cuando se produjo el pronunciamiento del Consejo en el año de 1959: el artículo 10 del decreto 596 de 1977, vigente en el momento de los hechos, aplicado por el juez de instancia para adoptar una decisión, que permite a la Administración, concretamente al Ministerio de Defensa Nacional, objetar la hoja de servicios en orden a que se cumpla con los requisitos legales, que fue la facultad que ejerció cuando pidió o dispuso que se elaborara nueva hoja de servicios en reemplazo de la distinguida con el # 087 de 1980 ARC, para excluir tiempo de servicios acreditados por razón de alta y por cinco días adicionales por año de servicio.

Para la Sala es incuestionable, entonces, que no es posible jurídicamente anular una sentencia por supuesto quebrantamiento o contrariedad con una concepción jurisprudencial, elaborada mucho tiempo atrás, cuando aquélla se fundamenta en ley posterior, de obligatoria observancia y aplicación por el juez, que modifica o cambia la situación jurídica existente en el momento en que se produjo la decisión en donde se encuentra la jurisprudencia supuesta o realmente contrariada.

En consecuencia, tampoco está llamado a prosperar el cargo.

Segundo cargo: la excepción de inconstitucionalidad propuesta.

El recurso extraordinario de súplica no es una segunda o tercera instancia, que le permita a la Sala Plena entrar a considerar excepciones de inconstitucionalidad contra leyes o decretos leyes invocados y aplicados por la Sección en su sentencia objeto del recurso, para que, establecida la alegada contrariedad entre la norma superior y la ley o decreto-ley, aplicar aquélla de preferencia, y, por ende, anular la sentencia de la Sección y dictar en reemplazo de ella la que deba sustituirla, según las pretensiones del recurrente.

Pero, es que, además, cuál sería la disposición constitucional que estaría llamada a aplicarse de preferencia al asunto *sub-lite,* ante la prosperidad de la excepción de inconstitucionalidad ? El recurrente no lo precisa así en su escrito.

Por lo dicho, tampoco este cargo está llamado a prosperar.

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

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de esta Corporación con fecha 29 de enero de 1991.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

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

LOS CONSEJEROS,

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Miguel González Rodríguez, Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan de Dios Montes Hernández, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Julio Cesar Uribe Acosta.*

Nubia González Cerón, secretaria.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS-Titulares

La persona fallecida por accidente o cualquier medio violento, no transmite a los herederos sino aquellos bienes que en ese momento integraban su patrimonio. Quien ha sido perjudicado por un hecho doloso o culposo cometido en una pariente, tiene acción judicial para reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, pero no a título de heredero, sino de perjudicado.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá D.C., díez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Carmelo Martínez Conn.*

Referencia: Expediente No. R-072. Actor: Ines Cortés de Rodríguez y otros. Recurso de Anulación (Reconstrucción)
FALLO

Decide la Sala el recurso de Anulación interpuesto por el apoderado judicial de la Sucesión de JOSE HERNANDO RODRIGUEZ PLAZAS, representada por Inés Rodríguez Cortés, contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de esa Corporación en única instancia de ocho (8) de agosto de 1985, radicado bajó el Nro. 3390, en la cual si bien reconoció la responsabilidad Civil de la Nación y condenó al pago de perjuicios morales a favor de Inés y Alcira Rodríguez, hijas del decujus, negó las demás pretensiones de la demanda, en especial la petición subsidiaria que se formuló para que la condena se hiciera a favor de la sucesión de José Hernando Rodríguez, basándose en que la petición subsidiaria no podía tener acogida, porque " las indemnizaciones tienen por objeto reparar el daño causado a los damnificados y no al patrimonio de la víctima ".

El único cargo que se formula a la sentencia es contra el punto 20 de la misma, en el cual se dijo " Deniéguense las demás súplicas de la demanda acumulada en este proceso ", en cuanto en él se negaron las pretensiones subsidiarias pedidas a favor de la sucesión de José Hernando Rodríguez, no siendo por tanto, objeto de impugnación los demás numerales de la sentencia ni el mismo punto 20 en cuanto se refiere a las demás demandas y pretensiones de los procesos acumulados.

UNICO CARGO: Lo formula por " violación directa de los artículos 67 y 68 del Código Contencioso Administrativo (Ley 167 de 1.941) en concordancia con los artículos del Código Civil que regulan la sucesión por causa de muerte, normas contenidas en los artículos 673, 1.008, 1.009, 1.013, 1.037, 1.040 y 1.045 del Código Civil".

El recurrente invoca como antecedente jurisprudencial la sentencia de la misma Sección Tercera, de abril 25 de 1968, con ponencia del doctor GABRIEL ROJAS ARBELAEZ, en la cual se sostuvo que no hay solución de continuidad entre el causante y el heredero; que la herencia se defiere en el momento de la muerte y que el heredero sucede al difunto en todos los derechos y acciones, por lo que no se puede privar a los herederos del derecho de demandar para la sucesión, presentandose en nombre del causante; por ello, no se les puede obligar a obrar en nombre personal, como damnificados o víctimas mediatas de un accidente del cual fue víctima inmediata un pariente, principio que es de la más pura cepa romana.

Agrega que la doctrina anterior encuentra su apoyo en distintas normas del Código Civil que regulan el modo de adquirir el dominio por causa de muerte, como el artículo 673, el cual precisa que uno de los modos de adquirir el dominio es la sucesión por causa de muerte; el 1.008 ibídem, el cual señala que se sucede a una persona a título universal o singular; el 1.009 que se refiere a la sucesión intestada; el 1.013 el cual establece que la herencia o legado se defiere al heredero o legatario al momento del fallecimiento y regula otras circunstancias; el 1.037 el cual dispone que la ley regula todo lo que el difunto no ha dispuesto; el 1.040, que precisa quienes son llamados a la sucesión intestada y el 1.045, que reconoce la vocación hereditaria de los hijos del causante, sean estos legítimos o naturales.

Y, continúa el recurrente diciendo que, " De acuerdo con las normas anteriores, las cuales por lo ya expuesto por el Consejo de Estado y en ese mismo memorial fueron violadas al proferirse la sentencia que parcialmente se impugna mediante esta demanda de anulación ", " no se puede privar a los herederos del derecho de demandar por la sucesión, no se les puede obligar a obrar en nombre personal o sea como damnificados no más, o víctimas mediatas de un accidente que hizo víctima inmediata a la persona, no se puede prescindir del principio contenido en nuestra legislación, y que es de la más pura cepa romana, de que el heredero continúa la persona del difunto, y que al adquirir *mortis* causa, se ha adquirido *peruniversitatem* "

Así mismo y por todo lo anterior la sentencia, termina desconociendo, vulnerando y violando los arts. 67 y 68 del C.C.A. (Ley 167 de 1941) vigente en la fecha, 'artículos que reconocen el derecho de los ciudadanos a pedir la indemnización de perjuicios por las actuaciones estatales, derecho que terminó la sentencia impugnada parcialmente '.

" Si en la sentencia atacada parcialmente no se hubiere incurrido en esta violación directa de los artículos 67 y 68 del antiguo C.C.A. (Ley 167 de 1941) y en esta violación directa de las disposiciones del Código Civil sobre la sucesión por causa de muerte, que se comentaron anteriormente, en la misma sentencia se hubiera tenido que reconocer que la Nación Colombiana-Ministerio de Obras Públicas- tenía que indemnizar a la sucesión del señor José Hernando Rodríguez por los perjuicios que se causaron a éste con motivo del accidente ocurrido en el tan conocido puente de Quebradablanca, el día 28 de junio de 1974 ". Para finalizar diciendo, " con base en los anteriores razonamientos, respetuosamente solicita al H. Consejo de Estado anular la sentencia del 8 de agosto de 1985, en la parte impugnada, sentencia proferida por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del H. Consejo de Estado dentro del proceso radicado bajo el número 2290, dentro del cual fue actor la señora Inés Cortés de Rodríguez y otros . y la sucesión del señor José Hernando Rodríguez, por ser violatoria, en forma directa, de las ya citadas normas legales ".

" Una vez anulada la sentencia, solicito al H. Consejo acceder a las pretensiones subsidiarias de la demanda, condenando a la Nación Colombiana a pagar los perjuicios que se causaron en favor de la sucesión del señor José Hernando Rodríguez Plazas ".

SE CONSIDERA :

La razón que dio la Sección Tercera de la Corporación en la sentencia objeto de este recurso de Anulación que en esta se resuelve, relativa a la petición subsidiaria contenida en la demanda, es la siguiente:" La petición subsidiaria dirigida a obtener que las pretensiones negadas se hagan a favor de la sucesión de José Hernando Rodríguez no puede tener acogida por cuanto las indemnizaciones tienen por objeto reparar el daño causado a los damnificados y no al patrimonio de la víctima".

Y, en cuanto a la indemnización por perjuicios materiales que también fue negada, pero respecto de la cual no se formuló reparos en el recurso, la Sala se pronunció después de reconocerles indemnización por perjuicios morales, así: No prospera, en cambio, la indemnización por perjuicios materiales dado que para la época del accidente Alcira tenía 25 años de edad e Inés 24 años de edad y no se demostró que estuviesen en estado de dependencia económica de su padre ".

La Sala, como ya lo expresó la Sección Tercera en la providencia objeto de este recurso y en otras en que le ha tocado decidir, estima que la persona fallecida por accidente o cualquier medio violento, no transmite a los herederos sino aquellos bienes que en ese momento integraban su patrimonio, y en este sentido y para los efectos consiguientes, se puede afirmar que él o los herederos, " son continuadores de la personalidad del causante " y que el derecho a la indemnización por los perjuicios de orden económico derivados de la muerte violenta de una persona, no lo puede transmitir a sus herederos, sencillamente porque no hacía parte de su patrimonio en el momento de su muerte y por lo mismo no podía deferirlo. Por ello, quien ha sido perjudicado por un hecho doloso o culposo cometido en un pariente, tiene acción judicial para reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, pero no a título de heredero, sino de perjudicado. Consecuencia de lo anterior, es que está ajustada a derecho la decisión de la Sección Tercera en cuanto negó la petición subsidiaria por perjuicios a favor de la esposa e hijas de José Hernando Rodríguez por cuanto ellas se presentaron a reclamar unos perjuicios como herederas, cuando tal derecho no integraba la masa hereditaria.

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

FALLA :

No se accede a declarar la nulidad de la sentencia de ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue estudiada y aprobada en la Sala de la sesión de la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas B,* Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Ausente; Dolly Pedraza de Arenas.*

LOS CONSEJEROS:

Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández, Ausente; *Jorge Penen Deltieure, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

ACCION DE TUTELA

La operatividad del derecho de tutela está supeditada a la reglamentación que sobre su ejercicio se expida conforme con el literal b) del artículo 5o. transitorio de la Constitución y, dado que hasta la fecha ello no ha acontecido y, por ende, no siendo posible determinar siquiera cuál es el juez competente para conocer de ella, ha de procederse a la inadmisión de la demanda, por presentarse la falta o carencia de jurisdicción.

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

Referencia: Expediente No, AT-002. Actor: Sociedad " Crown Litometal S.A.".

En ejercicio de la acción pública de tutela que consagra el artículo 86 de la Constitución Política, y expresando ser " de aplicación inmediata " por lo dispuesto en su artículo 85, comparece ante la Sala Plena de esta Corporación la sociedad en referencia, para demandar se proceda a "...impartir a la Sección Cuarta la orden de que decida el recurso de apelación que se abstuvo de decidir aduciendo lo que expuso en providencia que notificó el pasado 19 de julio ante recurso interpuesto para que decidiera la apelación, orden que ruego imparta previa revocación de dicha providencia y de la que formalmente quedó ejecutoriada como consecuencia de ella"(fl. 1).

La demandante deduce la aplicabilidad inmediata del citado artículo 86, por considerar que con las providencias impugnadas se violó el derecho constitucional fundamental al debido proceso, que consagra la Carta en su artículo 29.

Para esta Sala Unitaria resulta claro que si bien asiste razón a la sociedad actora en considerar que el derecho al debido proceso es de aquellos derechos fundamentales

que el artículo 85 califica " de aplicación inmediata ", no lo es menos que de conformidad con el literal b) del artículo 5o. Transitorio de la Constitución el derecho de tutela debe ser reglamentado por el Presidente de la República, reglamentación esta que, a su vez, debe ser sometida a la Comisión Especial de que trata el artículo 6o. ibídem.

De lo anterior se deduce, entonces, que la operatividad del derecho de tutela está supeditada a la reglamentación que sobre su ejercicio se expida conforme a las citadas normas constitucionales de carácter transitorio y, dado que hasta la fecha ello no ha acontecido y, por ende, no siendo posible determinar siquiera cuál es el Juez competente para conocer de ella, ha de procederse a la inadmisión de la demanda, por presentarse la falta o carencia de jurisdicción, al tenor de lo dispuesto por el artículo 143 del C.C.A.

De igual manera, en aplicación del artículo 85, inciso 4o. del C. de P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., se ordenará la devolución de los anexos de la demanda, sin necesidad de desglose.

En razón de lo expuesto, esta Sala Unitaria

RESUELVE :

1o. INADMITESE la demanda que en ejercicio de la acción de tutela presentó la sociedad Crown Litometal S.A.

2o. Ordénase la devolución de los anexos de la demanda, sin necesidad de desglose.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.



PODER ESPECIAL/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Improcedencia

Los hechos que sirvieron de fundamento a la providencia citada como contrariada radican en que el poder otorgado lo fue ante Notario y no ante el funcionario donde el mandatario debía cumplir su encargo y mientras en la sentencia recurrida se echó de menos el otorgamiento del poder, en la jurisprudencia que se dice contrariada la existencia de éste no se cuestionó, por el contrario se aceptó, pero se discutió fue su presentación. Ante situaciones de hecho completamente diferentes las decisiones jurídicas que en uno y otro se profieran no admiten la posibilidad de contradicción.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., Julio diesciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Radicación S-131. Actor: Seguridad Nutibara Limitada. Recurso Extraordinario de Súplica contra sentencia del 20 de octubre de 1989, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.
FALLO

Se ha interpuesto recurso extraordinario de súplica contra la sentencia proferida por la Sección Primera de la Corporación el veinte (20) de octubre de 1989 en el expediente No. 771, mediante la cual se declaró probada la excepción de inepta demanda, que inhibe para una decisión de fondo, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por Seguridad Nutibara Ltda.

ANTECEDENTES

El señor Guillermo León Muñoz Aristizabal, Gerente de la Empresa Seguridad Nutibara Ltda, instauró demanda de nulidad y restablecimiento del derecho a fin de que se declarara la nulidad de las Resoluciones Nos. 6875 de 1985 y 1368 de 1987 proferidas por el Ministerio de Defensa y en virtud de las cuales se dispuso la cancelación de la licencia de funcionamiento de la citada empresa.

Solicitó igualmente que se reconociera el derecho a la renovación de su licencia y que se condenara a la Nación al pago de los perjuicios materiales causados por las resoluciones demandadas.

La demanda es instaurada por el mencionado Señor Guillermo León Muñoz Aristizabal en su calidad de representante legal de la Sociedad y al final del memorial demandatorio se lee:

" *PODER:*

" Para que represente a la sociedad demandada SEGURIDAD NUTIBARA LTDA, en este proceso, lo confiero al Doctor ALVARO BUSTAMANTE LEDESMA, abogado titulado, con T.P.#. 3733 de Minjusticia quien tendrá además las facultades de recibir, desistir, sustituír, resumir, transigir, etc.

"...
" Acepto y Coadyuvo,

Firmado ALVARO BUSTAMANTE LEDESMA
T.P.# 3733 de Minj."

La sentencia suplicada declaró probada la excepción de inepta demanda propuesta por la apoderada de la Nación-Ministerio de Defensa, consistente en que " en la demanda no aparece la parte actora obrando por medio de abogado inscrito para representar válidamente la demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ", al efecto dijo la Sección Primera:

" a). La ley ha querido revestir de cierta solemnidad la institución del apoderamiento. A tal efecto, establece el inciso segundo del artículo 65 del C. de P.C.:

' El poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento presentado como se dispone para la demanda ".

" Lo que conlleva a la lógica conclusión, a la aserción irrebatible de que el poder es una cosa y la demanda es otra. Y que los mismos requisitos que se exigen

para la demanda, los debe cumplir el memorial-poder. En parte alguna dice el código que el poder es o puede ser una parte de la demanda. Tal posibilidad de refundir dos actos en uno solo escrito, manteniendo cada uno su autonomía podría darse, a manera de ejemplo, en la solicitud de suspensión provisional la cual, lo dice expresamente el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, debe sustentarse de modo expreso ' en la demanda o por escrito separado ', circunstancia opcional que no es procedente cuando de conferir poder se trata. Y lo es mucho menos en el caso *sub-juris* cuando no es el apoderado quien sustenta el libelo sino el poderdante. Desde la identificación del proceso, siguiendo con la solicitud de las declaraciones que se piden de la sentencia, la presentación de los hechos, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de esa violación, la petición de pruebas y hasta la indicación de la competencia y los fundamentos de derecho aparecen signados por el actor. Se manifiesta así pues, en forma nítida, su comparecencia ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo actuando a nombre propio en una acción en la que se requiere hacerlo por medio de apoderado.

" b). Como ya se indicó, al final de la demanda aparece, a manera de un discreto eco de la extraviada manifestación del actor, la expresión ' Acepto y Coadyuvo ' seguida de la firma de quien, según la tarjeta presentada, es un profesional del derecho.

" Vaga e incierta la expresión puesto que está al final de una demanda cuya aceptación correspondería al juzgador a quien va dirigida. Lo es también en cuanto no se sabe que significación pueda tener, en este caso, la palabra ' coadyuvo "

" LA COADYUVANCIA es tratada por el C. de P. C. en el Capítulo III ' Intervención de terceros y sucesión procesal ' cuando en el artículo 52 la justifica así:

' Quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial, a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida, podrá intervenir en el proceso como coadjuvante de ella ". (Inciso primero).

' El coadyuvante podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de ésta y no impliquen disposición del derecho en litigio '. (inciso segundo).

" No aparece, en el caso examinado, ninguna prueba sobre el interés, ni sobre la relación sustancial, ni sobre la forma como pueda afectarse desfavorablemente con los efectos jurídicos de la sentencia quien firma la demanda como

coadjuvante. No se ve de donde emane su derecho a coadyuvar, de dónde su personería para actuar en el proceso. ' Tal como lo tiene establecido la jurisprudencia civil (la coadyuvancia figura predominante civil), se coadyuva en un juicio cuando una persona distinta de las partes interviene en el pleito con personería para hablar en él, emanada de causa o derecho distinto del derecho que es materia del juicio mismo ' (Anales de 1984, 2o. semestre).

" Sentados los postulados anteriores, aparece ciertamente configurada y comprobada la *excepción de inepta demanda* propuesta por la apoderada de la Nación -Ministerio de Defensa-, a causa de la indebida representación del demandante lo que constituye una flagrante violación del artículo 40 de la Constitución Nacional y del artículo 63 del C. de P.C.; siendo por consiguiente infructuoso, inane empeño y contradictorio a los usos procesales y a la misma economía, entrar a examinar a fondo las pretensiones de una demanda que, por lo expresado, no tiene opción para que se pronuncie sobre ella una sentencia de mérito."

EL RECURSO DE SUPLICA

El señor apoderado de la parte actora interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la anterior decisión y citó como jurisprudencia contrariada las siguientes providencias:

1o. Auto de 17 de febrero de 1970. Sala Plena Contenciosa. Consejero Ponente Dr. Jorge Velasco Alvarez.

2o. Auto de mayo 24 de 1945. Sala de Decisión. Consejero Ponente Dr. Guillermo Hernández Rodríguez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con la tesis jurisprudencial acogida por esta Sala en providencia de marzo 25 de 1981, y reiterada en numerosas decisiones, la jurisprudencia que puede invocarse como desconocida en un recurso extraordinario de súplica, es la adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales, Sala de lo Contencioso Administrativo y Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, por ello, el estudio del recurso de súplica que ahora se decide, se hará con relación al auto de 18 de febrero de 1970 proferido por la Sala Plena Contenciosa y citado por el recurrente.

El auto de 17 de febrero de 1970, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dijo textualmente:

" Todas las disposiciones que consagra el Código Judicial para cuando el interesado no puede presentar sus escritos ante el Juez de la causa, son

facilidades que la Ley da a los ciudadanos para hacer valer sus derechos. En manera alguna pueden considerarse como trabas para ello, pues conforme al principio de derecho consignado en el artículo 472 del C.J. ' Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva, y por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho ".

" Pero es que, además, el apoderamiento judicial es una forma específica del mandato y este es un contrato consensual, para el cual basta el acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario."

De la jurisprudencia transcrita y de la comparación con la sentencia recurrida se concluye que la alegada violación jurisprudencial en la que sustenta el recurrente su recurso no se dá por las siguientes razones:

Los supuestos fácticos de la sentencia recurrida son diferentes de los presupuestos de hecho de la jurisprudencia citada como contrariada; en efecto, los hechos que originaron la sentencia suplicada radican esencialmente en que quien ejerció la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las Resoluciones Nos: 6875 de 1985 y 1368 de 1987 proferidas por el Ministerio de Defensa, lo hizo a nombre propio sin ser abogado titulado y aunque al final de la demanda aparece la expresión " Acepto y Coadyuvo " seguida de la firma de quien dice es un profesional del derecho, la sentencia de la Sección Primera concluyó nítidamente que el poder es una cosa y la demanda es otra y que no se puede actuar a nombre propio en una acción en la que se requiere hacerlo por medio de apoderado. Además de que no estaba clara la aceptación y coadyuvancia pretendida por el recurrente.

Los hechos que sirvieron de fundamento al auto de 17 de febrero de 1970 radican en que el poder otorgado lo fue ante Notario y no ante el funcionario donde el mandatario debía cumplir su encargo y mientras en la sentencia recurrida se echó de menos el otorgamiento del poder, en la jurisprudencia que se dice contrariada la existencia de éste no se cuestionó por el contrario se aceptó, pero se discutió fue su presentación.

Es apenas lógico para la Sala, que ante situaciones de hecho completamente diferentes las decisiones jurídicas que en uno y otro se profieran no admiten la posibilidad de contradicción.

Por lo anterior la Sala Plena Contenciosa 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 interpuesto contra la sentencia de 20 de octubre de 1989, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Se reconoce al Doctor MARIO JOSE MARTINEZ RAMON como apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa, en los términos y para los efectos del memorial anexo.

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 Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo,* Salvó el Voto; *Guillermo Chahín Lizcano,* Salvó el Voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff,* Ausente; *Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez,* Salvó el Voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna,* Salvó el Voto; *Carmelo Martínez Conn.*

Los Consejeros:

Juan de Dios Montes Hernández, Salvó el Voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Daniel Suárez Hernández,* Salvó el Voto; *Julio César Uribe Acosta, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria.

JURISPRUDENCIA-Concepto/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Técnica/ **PODER ESPECIAL/ PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS** (Salvamento de voto)

La jurisprudencia no puede entenderse como la simple identidad de " supuestos fácticos " o " supuestos de hecho ", pues, ella más bien significa identidad de criterios, así no lo sea de manera absoluta, frente a la solución jurídica que ha de darse a los conflictos sometidos a quienes deciden con anterioridad. Como en el proveído materia de la súplica se relevó demasiado la circunstancia de no haberse separado el poder del escrito de demanda para deducir una inepta demanda a todas luces existente, dando al traste con el derecho material de un particular, seguimos creyendo que aquél violó ostensiblemente la jurisprudencia contenida en el auto de febrero 17/70 de la Sala Plena Contenciosa.

Salvamento de Voto de los Consejeros de Estado Doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. S-131. Actor: Seguridad Nutibara Limitada.

Con el debido acatamiento a lo decidido por la mayoría de integrantes de la H. Sala Plena Contenciosa, seguidamente consignaremos nuestro salvamento de voto a la sentencia de 16 de julio de 1991, según la cual se declaró impróspero el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 20 de octubre de 1989, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

Las razones para nuestra discrepancia, son las siguientes:

a) *El concepto de jurisprudencia.* La idea que envuelve la sentencia de la cual nos apartamos, en cuanto a lo relacionado con el concepto de jurisprudencia es bastante limitada, dado que antes de confrontar *los temas* jurídicos consignados en la providencia recurrida con los que comprende la decisión señalada como infringida, habría que establecer su correlación; pero no afirmar que " los supuestos fácticos de la sentencia recurrida son diferentes de los presupuestos de hecho de la jurisprudencia citada como contrariada; ...".

La jurisprudencia no puede entenderse como la simple identidad de " supuestos fácticos " o " supuestos de hecho ", pues, ella mas bien significa identidad de criterios, así no lo sea de manera absoluta, frente a la solución jurídica que ha de darse a los conflictos sometidos a quienes deciden con anterioridad.

b) En los sistemas de derecho legislado, el juzgador va creando jurisprudencia cuando en su labor de subsunción del caso en concreto al precepto legal, silogísticamente aducía la consecuencia prevista, aunque de manera genérica, para él, pues como bien lo enseña LEGAZ y LACAMBRA: "... como la ley, por muy estricta que sea, le deja siempre un margen de libertad, porque siempre posee una dosis de indeterminación, el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, no general sino individual, pero norma al fin, que aporta un *plus* al conjunto del orden jurídico y que tiene, frente a la relación individual que regula y frente a los actos ejecutivos que han de convertirla en realidad, el mismo valor autárquico de exigibilidad que posee la norma general frente a todos los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación y frente a todos los hombres que han de ajustar sus conductas a sus preceptos ". (Filosofía del Derecho, 5a. Edc., Edt. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 559).

c) Característica fundamental de la jurisprudencia es su flexibilidad, dado que ella permite aprovechar útilmente los cambios culturales y sociales sobrevinientes a la formación de la ley, tornando así más humano y justo el derecho. El jurista frente al caso concreto, deberá contemplar las nuevas relaciones jurídicas con todo el entorno político, social, ético y económico que lo rodea, pero al encontrar la solución dejará la minucia o detalle para dar relieve a los fundamentos básicos que le sirvieron de apoyo y que podrán ser utilizados para eventuales decisiones, aunque no coincidan estrictamente los hechos controvertidos.

d) Entendemos y aceptamos que el auto de 17 de febrero de 1970 se refería a la presentación personal de un poder ante notario y no ante funcionario del orden judicial, en tanto que la sentencia recurrida ultimamente (la de 20 de febrero de 1989 de la Sección Primera) declara inepta la demanda porque no se otorga poder judicial por separado, sino que en el mismo escrito se formula demanda y se confiere poder. En este documento aparecen las firmas del

representante legal de la sociedad demandante, sin ser abogado, y la de un profesional del derecho después de una leyenda que dice " Acepto y coadyuvo".

Como la mayoría de la Sala entendió que son dos situaciones de hecho " completamente diferentes ", para negarle éxito al recurso, ahora tenemos que reiterar que ese extremado formalismo es precisamente lo que en épocas pretéritas constituía el *procedimentalismo,* en buena hora sustituído por el *procesalismo.* De conformidad con este, el intérprete deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos " es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial ...". (Art. 4o. C. de P.C.; Art. 2o. C.C.A.; Art. 472 Ley 105/31). Este criterio fue elevado a canon Constitucional por el Art. 228 de la Nueva Carta al prescribir que " las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley *y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...*". (Hemos subrayado).

e) Como en el proveído materia de la súplica se relievó demasiado la circunstancia de no haberse separarado el poder del escrito de demanda, para deducir una inepta demanda a todas luces inexistente, dando al traste con el derecho material de un particular, que se quedó sin oportunidad de que le administraran justicia, pues, la sentencia fue inhibitoria, seguimos creyendo que aquel violó ostensiblemente la jurisprudencia contenida en el auto de 17 de febrero de 1970 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, de consiguiente, el recurso sí debió prosperar.

Respetuosamente,

Juan de Dios Montes Hernández, Daniel Suárez Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., 24 de julio de 1991.

PODER ESPECIAL/ DEMANDA-Interpretación/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Procedencia (Salvamento de voto)

La sección, en lugar de utilizar elementalmente sus poderes de interpretación, para entender que la demanda la presentaba el abogado que al final del escrito había puesto la nota " acepto y coadyuvo ", y a quien allí mismo se le otorgaba el poder, se puso a hacer malabares inútiles para interpretar en qué consistía la figura de la coadyuvancia como intervención de terceros, cuando ése no podía ser el alcance de la frase entre comillas, la que en otras palabras no quería significar cosa distinta a que el abogado hacía suya y prohijaba la demanda presentada por el representante legal de la firma demandante. La violación de la jurisprudencia contenida en auto de febrero 17/70 fue franca y ostensible.

Salvamento de Voto Carlos Betancur Jaramillo.

Ponente: *Doctora Consuelo Sarria O.*

Referencia: Expediente Nro. S-131. Actor: Seguridad Nutibara Limitada.

Con todo respeto me separo de la decisión mayoritaria contenida en la sentencia de julio 16 de 1991, de la que fué ponente la señora Consejera Consuelo Sarria Olcos.

Tal como lo sostuve durante la discusión de la ponencia que terminó adoptada por el fallo mencionado, sentencias como la de 20 de octubre de 1989, dictada por la Sección I, son las que definitivamente desacreditan la eficiencia de nuestra administración de justicia. Y son muestra de algo que se oye decir con frecuencia: En Colombia los jueces hacen un mayor esfuerzo para no fallar que para fallar.

El asunto planteado no ofrecía mayores dificultades. Pero la Sección, en lugar de utilizar elementalmente sus poderes de interpretación de la demanda, para entender que la demanda la presentaba el abogado que al final del escrito había puesto la nota " acepto y coadyuvo ", y a quien allí mismo se le otorgaba el poder, se puso a hacer malabares inútiles para interpretar en qué consistía la figura de la coadyuvancia como intervención de terceros, cuando ese no podía ser el alcance de la frase entre comillas, la que en otras palabras no quería significar cosa distinta a que el abogado hacía suya y prohijaba la demanda presentada por el representante legal de la firma demandante. Esta es una costumbre judicial ya demasiado decantada que en ninguna forma ameritaba darle los exóticos y literales efectos que le dió la Sección en su fallo.

Y es más preocupante aún que se le haya dado ese alcance al final, cuando debió ordenarse la corrección de la demanda antes de su admisión, como lo mandaba el anterior artículo 143 del C.C.A. y lo ordena hoy su nuevo texto dentro del decreto 2304 de 1989.

Frente a la violación de la jurisprudencia, en especial de la contenida en el auto de febrero 17 de 1.970, comparto la apreciación que hacen los señores Consejeros Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez H., ya que para mí esa violación fué franca y ostensible.

Con todo respeto

Carlos Betancur Jaramillo.

Santafé de Bogotá D.C. septiembre tres (3) de mil novecientos noventa y uno (1991)

PODER ESPECIAL/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Procedencia (Salvamento de voto)

Si la sección en el fallo recurrido quiso darle a las normatividades atinentes al contrato de mandato una cierta solemnidad que la ley no le ha dado, expuso una tesis evidentemente contraria a la sostenida por la Sala Plena contenida en auto de febrero 17/70. El suscrito entiende que el mandato y la demanda son actos distintos, o sea, manifestaciones de voluntad diferentes, pero nada obsta para que ambos consten en un solo documento material, o en dos, o hasta en tres. Para el suscrito, es la coincidencia jurídica de una o más jurisprudencias de la Sala Plena con la doctrina que haya acogido una sección, lo que engendra la posibilidad de que prospere el recurso extraordinario de súplica, aunque no haya coincidencia fáctica.

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

SALVEDAD DE VOTO DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA RESPECTO A LA SENTENCIA DE DIECISEIS (16) DE JULIO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991), APROBADA EN SESION DE DICHA FECHA, EN EL EXPEDIENTE No. S-131 - RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - ACTOR: SEGURIDAD NUTIBARA LTDA.

Con su acostumbrado respeto ante el criterio acogido por la distinguida mayoría de la Sala en la providencia arriba mencionada, el suscrito recoge aquí los planteamientos expuestos durante el debate suscitado durante su estudio, los que a grandes rasgos coinciden con los que en sus correspondientes escritos, consignan los señores consejeros Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández

Porque, sin duda alguna, en opinión del suscrito, el fallo de la Sección Primera contraría la esencia de lo expresado por la Sala Plena en la primera de las

providencias citadas por el recurrente, o sea, en el auto de 18 de febrero de 1970. En efecto, se dijo en éste:

> " Todas las disposiciones que consagra el Código Judicial para cuando el interesado no puede presentar sus escritos ante el Juez de la causa, son facilidades que la Ley da a los ciudadanos para hacer valer sus derechos. En manera alguna pueden considerarse como trabas para ello, pues conforme al principio de derecho consignado en el artículo 472 del C.J., ' Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley sustantiva, y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho.'
> " Pero es que, además, el apoderamiento judicial es una forma específica del mandato y éste es un contrato consensual, el cual basta el acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario."

Entonces si la Sección Primera en el fallo recurrido quiso darle a las normatividades atinentes al contrato de mandato una cierta solemnidad que la ley no le ha dado ciertamente ("a) La ley a querido (sic) revestir de cierta solemnidad la Institución del apoderamiento...), porque " el poder especial para un proceso puede conferirse por escritura pública o por memorial dirigido al juez del conocimiento presentado como se dispone para la demanda..." (art. 65 C. de P.C.), expuso una tesis evidentemente contraria a la sostenida por la Sala Plena en la doctrina arriba transcrita, al estimar que por la circunstancia fáctica de que la demanda y el poder estuviesen en un solo cuerpo documental, se hubiese omitido esa supuesta solemnidad, pese a que la doctrina en cuestión -y la propia ley (art. 2149 C.C.)- le da al mandato una naturaleza consensual (" El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o *de cualquier modo inteligible,* y aun por la adquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra " (se subraya). De manera que al quitarle el carácter de mandato a la frase " Acepto y coadyuvo " colocada arriba de la antefirma y de la firma con el número de tarjeta del abogado a quien verdadera y realmente se le otorgó el mandato, es decir, el poder para adelantar la gestión judicial, forja una traba innecesaria que las normas legales no han establecido para ese evento y, por lo tanto, desconoce la jurisprudencia sentada por la Sala Plena en el auto citado y transcrito por el recurrente y también por la sentencia de la que ahora se disiente.

El suscrito entiende que el mandato y la demanda son actos distintos, o sea, manifestaciones de voluntad diferentes, pero nada obsta para que ambos consten en un solo documento material o en dos o hasta en tres, como ocurriría, por ejemplo, si se adiciona o se corrige el escrito demandatorio inicial a los términos del art. 89 del actual C. de P. C.

Por otra parte, aunque no exista coincidencia fáctica entre el caso que se resolvió por el auto de 18 (o 17) de febrero de 1970 (si el poder fue presentado ante notario o ante juez) y el tratado en el fallo de 20 de octubre de 1989 recurrido (que la demanda y el mandato estuvieran en un solo documento), es evidente, a ojos del suscrito, que la identidad jurídica del asunto es manifiesta, y de allí que, al declarar este último la inhibitoria para dilucidar de fondo la *litis*, acogió la Sección Primera una doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, lo que ameritaba el despacho favorable de la súplica extraordinaria interpuesta.

Para el suscrito, es la coincidencia jurídica de una o más jurisprudencia de la Sala Plena con la doctrina que haya acogido una sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta corporación contrariando aquéllas, lo que engendra la posibilidad de que prospere el recurso extraordinario de súplica, aunque no haya coincidencia fáctica entre los casos de que se hayan ocupado, si bien esta última pueda servir de abono a esa prosperidad, como ha debido tenerlo el recurso que suscitara la sentencia recurrida en el caso *sub-lite*.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Santafé de Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de 1991.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Salvamento de voto)

No deben descartarse en la comparación de las jurisprudencias que se dicen contrariadas por la contenida en la providencia que es objeto del recurso de súplica, aquellas que no sean de Sala Plena del Consejo de Estado. En el *sub-lite,* el no haber tenido en cuenta una jurisprudencia de sección ha venido a convertirse en un factor negativo e injusto para el recurrente, en un caso que palmariamente mostraba la equivocación del juez de instancia.

Salvedad de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Referencia: Expediente No. S-131.

El suscrito Consejero no estuvo de acuerdo con la mayoría de la Sala al momento de producirse la votación del proyecto presentado por la distinguida Consejera Dra. Sarria Olcos, por las razones que brevemente consigno a continuación y que en esencia son similares a las expresadas por los colegas que en los folios precedentes han expresado las suyas.

En efecto, es mi parecer que no deben descartarse en la comparación de las jurisprudencias que se dicen contrariadas por la contenida en la providencia que es objeto del recurso de súplica, aquellas que no sean de la Sala Plena del Consejo de Estado. Esta posición mía ha sido expresada en varios salvamentos de voto por lo cual no hago ahora sino reafirmarla en un caso en el cual, el no haber tenido en cuenta una jurisprudencia de sección ha venido a convertirse en un factor negativo e injusto para el recurrente, en un caso que palmariamente mostraba la equivocación del juez de instancia.

De otra parte comparto plenamente la crítica que se hace por los colegas que me han antecedido en la formulación de sus salvamentos de voto, a la sentencia suplicada, la cual no se compadece con una verdadera y real función de definición

del derecho, ni mucho menos con la cabal aplicación del principio general de Derecho que establece la supremacía del Derecho Sustancial sobre las formalidades meramente procesales.

Con todo respeto.

Guillermo Chahín Lizcano.

Santafé de Bogotá, D.C. septiembre 9 de 1991.

PODER ESPECIAL/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA- Procedencia (Salvamento de voto)

La jurisprudencia invocada por el recurrente -auto de febrero 17/70, Sala Plena-, es bastante a la prosperidad del recurso, en cuanto expresa que " el apoderamiento judicial es una forma específica del mandato y éste es un contrato consensual, para el cual basta el acuerdo de voluntades, entre el mandante y el mandatario ", pues lo sostenido en el fallo objeto del recurso es bien contrario, en cuanto atribuye " cierta solemnidad " a la institución del apoderamiento, para luego adentrarse en consideraciones superfluas respecto de la coadyuvancia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.

Consejera ponente: *Doctora Consuelo Sarria Olcos.*

Referencia: Expediente No. S-131. Actor: Seguridad Nutibara Limitada.

No ha sido afortunado, por cierto, el manejo que el Consejo de Estado ha dado al recurso extraordinario de súplica, pues a las muchas dificultades que se originan en la falta de procedimiento determinado legalmente se suma la tendencia a restringir cada vez más el ámbito de su aplicación, hasta llegar, por ejemplo, a sostener que el recurso no se estableció en interés de las partes sino de la jurisprudencia de la sala plena de lo contencioso administrativo, cuya unificación precave.

Otra manifestación de esa propensión limitativa se encuentra en la exigencia de encontrar contradicción jurisprudencial solo cuando se da identidad de los supuestos fácticos de la sentencia recurrida con los tenidos en cuenta en la jurisprudencia que se aduce contrariada. Esa similitud es bien difícil de encontrar en la práctica y mientras se la exija habrá denegación del derecho.

En el caso de autos la jurisprudencia invocada por el recurrente -la de la providencia de Sala Plena de 17 de febrero de 1970- es bastante a la prosperidad del recurso, en cuanto expresa que "...el apoderamiento judicial es una forma especifica del mandato y este es un contrato consensual, para el cual basta el acuerdo de voluntades entre el mandante y el mandatario...", pues lo sostenido en el fallo inhibitorio objeto del recurso es bien contrario, en cuanto atribuye "...cierta solemnidad " a la institución del apoderamiento, para luego adentrarse en consideraciones superfluas respecto de la coadyuvancia para concluir que, habiendo expresado el apoderado de la demandante -Seguridad Nutibara Ltda- en el mismo escrito de la demanda que " Acepto y coadyuvo " no hubo verdadero mandato judicial.

Por ese camino es fácil caer en procedimentalismo con perjuicio del recto y oportuno discernimiento del derecho.

Con mi acostumbrado respeto por la decisión de la Sala Plena.

Amado Gutierrez Velásquez.

Santafé de Bogotá D.C., 12 de septiembre de 1991.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL-Régimen de personal/ **EMPLEADO PUBLICO/ TRABAJADOR OFICIAL**

Es posible que un establecimiento público sin perder su naturaleza de tal, se dedique además de sus actividades administrativas, a actividades de carácter industrial o comercial o docente o social y cumple funciones conforme a las reglas del derecho público, a menos que en la ley constitutiva o en los correspondientes estatutos se haya establecido un régimen excepcional. Los servidores que despliegan este tipo de actividades, no dejan de regirse, por ese hecho, por la norma general de ser empleados públicos y excepcionalmente trabajadores oficiales. La decisión recurrida no contraría la doctrina anterior, sino que es armónica y complementaria, constituyéndose además en aplicación al caso de un Establecimiento Público del orden municipal, de la tesis desarrollada para un establecimiento público del orden nacional.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C. diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chahín Lizcano.*

Referencia: Expediente No. S-191. Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 15 de marzo de 1991 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.
FALLO

Decide la Sala el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales contra la sentencia de 15 de marzo de 1991 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación.

A- ANTECEDENTES

1. El sindicato actor presentó demanda de nulidad contra los siguientes acto administrativos (fls. 45 y ss. proceso):

a. Acuerdo No. 057 de 10 de octubre de 1983 del Concejo Municipal de Manizales mediante el cual se otorgaron facultades extraordinarias al Alcalde Municipal para reformar los Estatutos de las Empresas Públicas de Manizales a fin de establecer la clasificación de trabajadores oficiales (fl. 35 proceso).

b. Decreto Extraordinario No. 772 de 9 de diciembre de 1983 mediante el cual el Alcalde Municipal reformó los Estatutos de dicha empresa (fl. 39 proceso).

c. La decisión de 17 de agosto de 1983 de la Junta Directiva de las Empresas, mediante la cual se aprobó previamente la mencionada reforma estatutaria, decisión que consta en Acta No. 24 de la misma fecha.

2. El Tribunal Administrativo de Caldas en providencia de 11 de junio de 1987 denegó las súplicas de la demanda (fls. 131 y ss.).

3. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 15 de marzo de 1991 confirmó la decisión del *a-quo* por considerar que:

a. Una entidad municipal que desarrolla funciones comerciales o industriales como el caso de las Empresas Públicas de Manizales, puede ser Establecimiento Público, y no necesariamente Empresa Industrial y Comercial Municipal (fl. 203).

b. Ante la definición de la naturaleza jurídica de tal entidad por parte del Acuerdo Municipal de creación, no obstante se presente error, el ajuste correspondiente sólo puede ser realizando por el organismo competente (fl. 204).

c. Al tratarse de Establecimiento Público, sus servidores son, a la luz de las normas vigentes, por regla general empleados públicos, y excepcionalmente trabajadores oficiales, si estos se dedican a labores de construcción o sostenimiento de obras públicas o si en sus estatutos se precisan las actividades susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales (fl. 204).

d. En consecuencia, las normas acusadas se ajustan a la clasificación general de empleados oficiales contenida en los Decretos 3135 de 1968, artículo 5o. y 1333 de 1986, artículo 292 (C.R.M.) (fl. 204).

4. El sindicato demandante presentó recurso extraordinario de súplica contra la anterior providencia aduciendo que ella contraría la doctrina sostenida al

respecto por la Sala Plena del Consejo de Estado en sentencias de 8 de abril de 1970 y 2 de diciembre de 1983, según argumentos que se analizarán a continuación (fls. 1 y ss. recurso).

B- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. *La doctrina sostenida en las sentencias de Sala Plena ncioso Administrativo.*

a. La sentencia de 2 de diciembre de 1983 de Sala

Aduce la recurrente como contrariada la doctrina con 8 de abril de 1970, y si bien indica que la sentencia de 2 de dici la misma posición, no invoca expresamente esta providenci hace el correspondiente análisis, lo cual es suficiente para q a aquélla providencia, pero no está de más aclarar que la men 1983 no podía ser contrariada por la providencia impugnada p en ella aspectos relativos a la clasificación de los emplead entidades públicas, el debate se centra en los tipos de estatuto descentralizadas y su jerarquía, tema que es completamente aje tratada por la Sección Segunda, la cual tiene que ver como se dijo e de los antecedentes, con la naturaleza jurídica de las entidades desc as en virtud de la función que desarrollan y la incidencia de tal hecho en l sificación de sus servidores.

Por lo anterior, la confrontación se limitará a la sentencia de 8 de abril de 1970.

b. *Los argumentos de la recurrente.*

Sostiene la recurrente que de la citada sentencia de Sala Plena de 1970, se deduce que:

1. "Cada Establecimiento Público está destinado a las funciones administrativas y secundariamente a las funciones que pueden desarrollar también los particulares, mientras que las empresas industriales y comerciales del Estado desarrollan principalmente las últimas." (fl. 4 recurso).

2. " Si una entidad descentralizada desarrolla actividades industriales y comerciales del Estado sus servidores son trabajadores oficiales y excepcionalmente empleados públicos los de dirección y confianza así previstos en los estatutos de la entidad " (fls. 4 y 5 recurso).

Pero para que en una entidad descentralizada, no obstante la calificación que haya recibido en el acto de creación, sus servidores sean considerados a la luz del

Decreto 3135 de 1968, artículos 5o. y 6o., por regla general trabajadores oficiales y sólo excepcionalmente empleados públicos, en los términos planteados por el memorialista, se precisaría que su naturaleza jurídica estuviera determinada no por el acto de creación sino fundamentalmente por el tipo de actividad al que se dedique, de modo que en ese orden de ideas, si se sostiene en la sentencia de Sala Plena los dos argumentos aducidos inicialmente por la recurrente, debería también desprenderse de ella esta posición.

Por ello, se observará si en dicha providencia, se sostienen los tres argumentos mencionados.

c. *La sentencia de 8 de abril de 1970 de Sala Plena.*

1. En esta providencia se negó la solicitud de anulación del Acuerdo de la Corporación Autónoma del Valle del Cauca que clasificó a sus empleados, básicamente porque consideró que la CVC tenía facultad para expedirlo y que en su contenido se ajustaba a las normas legales vigentes al respecto.

Para efecto de lo anterior hizo consideraciones respecto de cuatro asuntos doctrinales, a saber:

a. Importancia de la clasificación de los servidores estatales en Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales.

b. Naturaleza de la CVC.

c. Facultad de su Consejo Directivo para hacer la referida clasificación.

d. El ajuste de dicha clasificación a las normas que regulan la materia.

En relación con los puntos a. y c., hizo referencias a cuestiones ajenas a lo que aquí se discute, relacionadas principalmente con los efectos disímiles derivados de la condición de ser Empleado Público o Trabajador Oficial y con la consagración en el Estatuto Básico de la CVC de la función para el Consejo Directivo de clasificar a dichos empleados.

2. Con relación a los puntos b. y d. anteriores, llega a las siguientes conclusiones, de relevancia para el caso *sub-examine:*

a. No obstante que la CVC fue constituida como Establecimiento Público con anterioridad a la reforma administrativa de 1968 y 1969 por el sólo hecho de las clasificaciones y definiciones contempladas en dicha reforma no implica que haya adquirido una nueva configuración legal, transformándose en Empresa Industrial

y Comercial del Estado, pues para ello sería preciso un nuevo acto jurídico constitutivo que así lo dispusiera de manera expresa (sentencia de 8 de abril de 1970, Anales t. LXXVIII, 1er. semestre de 1970, página 142, reproducida a fl. 26 recurso).

b. El carácter especial de la referida Corporación, pues siendo un Establecimiento Público, " sus métodos, su administración, su actividad habitual se cumplen mediante los procedimientos de la empresa privada y no por los que son propios de la entidades de derecho público, hasta donde ello es posible tratándose de una típica agencia estatal, y sin dejar de serlo en ningún momento." (ibídem pág. 143 rep. fl. 26 recurso).

c. " El transcrito artículo 5o. del Decreto 1050 dice que los establecimientos públicos están encargados principalmente de atender funciones administrativas, lo que significa evidentemente que también puede desempeñar otras distintas, lo que, sin embargo, no las hace perder su naturaleza ni los convierte en empresas industriales y comerciales del estado ni mucho menos en sociedades de economía mixta." (ibídem pág. 149, fl. 29 recurso en igual sentido, ibídem pág. 151, fl. 30 recurso).

d. Los empleados de dirección y confianza de todas las entidades descentralizadas son siempre empleados públicos, en tanto que los que se ocupan de actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas son siempre trabajadores oficiales, mientras que por su parte el numeroso grupo ubicado entre uno y otro extremo ha de ser catalogado según la entidad bien como empleados públicos, bien como trabajadores oficiales, en los Estatutos de la entidad, teniendo en cuenta los criterios señalados en los Decretos 1050 de 1968, 3135 de 1968 y 1848 de 1969 (ibídem p. 148 y 153, fls. 29 y 31 recurso, respectivamente).

e. Las personas que trabajan en Establecimientos Públicos son por regla general Empleados Públicos salvo quienes laboran en actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas y aquéllas que según los Estatutos de dichas entidades tengan tal condición (ibídem pág. 152, fl. 31).

f. Concluye en que la CVC es un Establecimiento Público y por tanto sus servidores son por regla general Empleados Públicos salvo quienes se desempeñan en construcción y mantenimiento de obras públicas o quienes desarrollen actividades que según los Estatutos de la Corporación puedan ser desempeñados por servidores vinculados por contrato de trabajo (ibídem pág. 153, fl. 31).

g. Por último, resulta ilustrativo el hecho de que en esta sentencia (8 de abril de 1970) se inaplica por ilegal el artículo 3o. literal b) del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que se refiere precisamente a los Establecimientos Públicos

"organizados con carácter comercial o industrial "y a que sus servidores se exceptúan de la regla general para Establecimientos Públicos siendo por tanto en su generalidad Trabajadores Oficiales, con lo cual se anticipa a la sentencia de la misma Corporación en que se declaró la nulidad de tal artículo (sentencia de 8 de agosto de 1973, Anales 2do. semestre de 1973, páginas 108 y ss.), la cual a su vez se fundamentó en auto de 20 de noviembre de 1972, el cual es precisamente aquél invocado por la Sección Segunda en la sentencia impugnada en apoyo de su decisión.

De lo anterior se evidencia que en todas las providencias mencionadas en este literal, se niega, para efectos de determinar la clasificación de los empleados oficiales, la existencia de los denominados Establecimientos Públicos " organizados con carácter comercial o industrial " (cfr. ibídem págs. 153-154, fls. 31 y 32 recurso).

3. En conclusión, referente a los puntos fundamento del recurso, de la sentencia invocada como contrariada, se desprende la siguiente posición doctrinaria:

a. El cambio de naturaleza jurídica de un Establecimiento Público a Empresa Industrial y Comercial del Estado depende de una modificación del acto constitutivo de la entidad.

b. Es posible que un Establecimiento Público sin perder su naturaleza de tal, se dedique además de sus actividades administrativas, a actividades de carácter industrial o comercial o docente o social y cumple funciones conforme a las reglas del derecho público, a menos que en la ley constitutiva o en los correspondientes estatutos se haya establecido un régimen excepcional.

c. Los servidores de un Establecimiento Público que despliega las actividades descritas en el literal anterior, no por este hecho dejan de regirse por la norma de ser por regla general Empleados Públicos y excepcionalmente Trabajadores Oficiales, según que se dediquen a actividades de construcción y mantenimiento de obras públicas o que así hayan sido catalogados por los Estatutos de la entidad, en función de la labor que desarrollen.

d. La inexistencia en el país de los llamados Establecimientos Públicos " organizados con carácter comercial o industrial " y la ilegalidad en ese momento de todo intento reglamentario de establecerlos a fin de constituir excepciones a la regla general descrita en el literal anterior.

4. En síntesis de lo expresado anteriormente, se deduce que no sostiente la sentencia de Sala Plena invocada, la posición argüida por la recurrente, sino que por el contrario, sostiene precisamente la tesis opuesta, lo cual es suficiente para

desvirtuar la sustentación de la suplicante, pero que en todo caso, no exime de hacer la confrontación procedente respecto de la providencia de la Sección.

2. *La doctrina sostenida en la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado.*

a. Los argumentos de la recurrente.

Aduce la recurrente que en la sentencia impugnada (Sección Segunda, 15 de marzo de 1991, exp. 2878) " se concluye que una entidad municipal, aunque desarrolle funciones comerciales o industriales, podrá ser establecimiento público. Bajo este raciocinio las Empresas Públicas de Manizales, cuyas funciones principales no son administrativas sino industriales y comerciales, es un establecimiento público por haber sido creado en forma expresa como tal y por tanto sus servidores son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales " (fl. 4 recurso), lo cual en su criterio contraría la tesis sostenida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

b. *La sentencia de 15 de marzo de 1991 de la Sección Segunda.*

La sentencia (fls. 197 y ss. proceso) por su parte, efectivamente se refiere al asunto aludido como un argumento decisivo para fallar y se fundamenta en los mismos artículos que la sentencia de Sala Plena, por tanto procede por este aspecto la confrontación requerida.

En cuanto a la tesis expuesta, ciertamente sostiene la Sección aquélla referida por la recurrente, a saber:

1. " Una entidad Municipal podrá ser establecimiento público, aun cuando desarrolle funciones comerciales o industriales y máxime si el Concejo Municipal le dio expresamente esa naturaleza." (fls. 203 y 204).

2. " En la clasificación de una entidad puede haber errores técnicos, en cuanto a la definición de su linaje jurídico, pero su ajuste no puede realizarlo sino el órgano constitucionalmente dotado de competencia para ello." (fl. 204)

3. Los Empleados de las Empresas Públicas de Manizales, en tanto se trata de una entidad en tales condiciones, " por regla general son empleados públicos y por excepción trabajadores oficiales, si éstos se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas o si en sus estatutos se precisan otras actividades susceptibles de ser desempeñadas por personas con esta clase de vinculación laboral." (fl. 204).

4. Decide en consecuencia confirmar la sentencia denegatoria del *a-quo,* en la medida que los actos administrativos acusados " no pretermitieron trámite alguno

y se ajustaron a la clasificación general de los empleados oficiales prevista en el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y 292 del Decreto 1333 de 1986, Código de Régimen Municipal." (fl. 204).

3. *Conclusión: Ausencia de contradicción entre las dos providencias.*

Como conclusión de la confrontación realizada, a partir de la doctrina sostenida en cada una de las sentencias estudiadas, se observa claramente que dado que no es la doctrina de Sala Plena aquélla afirmada por la recurrente, sino según se vio, precisamente la opuesta, coincidente a su vez con la posición de Sección Segunda, no contraría la providencia por ésta proferida la doctrina de la Sala Plena, sino que es armónica y complementaria con ella, constituyéndose además en una aplicación al caso de un Establecimiento Público del orden municipal, de la tesis desarrollada en aquélla oportunidad, para un Establecimiento Público del orden nacional.

Este hecho, determina el que no pueda prosperar el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

Por 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,

F A L L A :

NO PROSPERA EL RECURSO INTERPUESTO.

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

Se deja constancia que esta providencia se estudió y aprobó en la sesión de la fecha.

Los Consejeros:

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Amado Gutierrez Velásquez, Carlos Betancur Jaramillo, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Daniel Suárez Hernández, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zárate, Jorge Penen Deltieure, Juan de Dios Montes Hernández, Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miguel González Rodríguez,* Aclara Voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Yesid Rojas Serrano.*

Nubia González Cerón, Secretaria General

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

ACLARACION DE VOTO DEL DR. MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ

Referencia: Expediente# S-191. Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Públicas de Manizales.

Al referirse a la sentencia de 8 de abril de 1970 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, invocada por la parte actora como fundamento del recurso extraordinario de súplica que se decide, el Consejo de Estado dice que en ella se llega a las siguientes conclusiones, de relevancia para el caso *sub-examine:*

Que " d. Los empleados de dirección y confianza de todas las entidades centralizadas *son siempre empleados públicos...*" (subrayado fuera del texto).

Esa conclusión para el suscrito consejero es errada, ya que no basta conque el servidor público o empleado oficial ocupe un cargo de dirección o de confianza en una entidad descentralizada, en especial cuando se trate de personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado, para que tenga el carácter de empleado público. Es indispensable, además, como lo dice expresamente la ley - y lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte y la misma jurisprudencia de esta Corporación, posterior a la precitada sentencia de abril de 1970 - que el estatuto de la respectiva empresa precise " qué actividades de dirección o de confianza deban ser desempeñados por personas que tengan la calidad de empleados públicos " (inciso segundo del art. 5o. del decreto ley 3135 de 1968 y art. 233 del Decreto Ley 1222 de 1986).

En consecuencia, el motivo de mi aclaración de voto es dejar constancia de esa concepción errada del Consejo de Estado de 1970, que en manera alguna puede ser reiterada tácitamente ahora por la Corporación.

Por lo demás, compartí el proyecto de sentencia sometido a la consideración de la Sala.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha: Ut Supra

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/ CONTRATO DE CONCESION/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Improcedencia

Una es la facultad de inspeccionar y vigilar la inversión de fondos que es a lo que se refería el numeral 19 del artículo 120 de la C.N. y otra la de indicar requisitos para poder contratar en el caso de las apuestas permanentes y de clasificar los formularios para realizar el juego.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/ CONTRATO DE CONCESION

La potestad reglamentaria no debe ejercerse por fuera del contenido material de la ley ni en desarrollo de ella pueden invocarse autorizaciones o facultades que resulten de otros actos distintos a la ley que se reglamenta. Entonces aun cuando la L. 1/82 y el D. 386/83 son los estatutos que rigen el juego de apuestas permanentes y prevén que se realice directamente o mediante contrato de concesión, de su articulado desapareció la facultad que se daba al Gobierno para determinar los requisitos que los concesionarios deben reunir; razón por la cual la Sección Primera consideró que en ese punto específico no había materia reglamentable.

SUSTRACCION DE MATERIA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica

A pesar de la contradicción jurisprudencial sobre la tesis de la sustracción de materia, no está llamado a prosperar el recurso porque la jurisprudencia citada como contrariada fue modificada sustancialmente con posterioridad a la interposición del recurso, por la Sala Plena de la Corporación.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. S-050. Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y Overlando Fabio Piraneque.

La Lotería de la Beneficencia de Nariño solicita mediante apoderado ser tenida como parte para impugnar, a través del recurso extraordinario de súplica, la sentencia de 7 de marzo de 1988 expedida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

El recurso extraordinario fue interpuesto el 8 de julio de 1988, dentro de los 5 días siguientes a la notificación del auto de 21 de junio de 1988 por el cual se denegó la aclaración que de la sentencia se había solicitado, y antes de que fuera expedido el Decreto 2282 de 1989, reformatorio del C. de P.C.

LA SENTENCIA RECURRIDA

La sentencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado declaró nulos los artículos 12, 26 a 41 inclusive y 42 del Decreto reglamentario No. 33 de 12 de enero de 1984, expedido por el Gobierno Nacional.

También las siguientes expresiones contenidas en los artículos 88, 89 y 90:

a) del artículo 88: "... el Ministerio de Salud, los servicios seccionales de salud y ..."

b) del artículo 89: "... y los servicios seccionales de salud ..."

c) del artículo 90: "... el Ministerio de Salud, los servicios seccionales de salud y ..."

Las demás súplicas de la demanda fueron negadas.

El Decreto demandado en acción pública de nulidad fue el No. 33 de 1984, por el cual, según su encabezamiento, "... se reglamenta la ley 1a. de 1982 y el Decreto legislativo número 386 de 1983 "

Los estatutos reglamentados -ley 1a. de 1982 y Decreto 386 de 1983- autorizaron a las loterías establecidas por la ley 64 de 1923, a las de Bogotá y Manizales o a las

Beneficencias que las administren, para realizar, directamente o mediante contrato de concesión con particulares, un juego de apuestas permanentes comunmente denominado " Chance '.

Los artículos anulados por la sentencia recurrida en súplica se refieren a estas materias:

El artículo 12 clasifica los formularios para el juego de apuestas permanentes, emitidos por las entidades concedentes, de acuerdo con la tabla de nominaciones y valores máximos en él indicada.

Fue anulado porque la Sección Primera consideró que si bien la ley 1a. de 1982 en el artículo 5o. había atribuido al Gobierno la reglamentación del juego de apuestas permanentes para que fuera uniforme en los departamentos, el D.E. de Bogotá y los territorios nacionales, el Decreto 386 de 1983 a través de su artículo 1o. introdujo una profunda modificación a esas atribuciones, cuando facultó a las loterías y beneficencias para emitir formularios de distintos valores o nominaciones, y señaló precisamente el porcentaje que los concesionarios deben pagar sobre los valores respectivos. Es decir, que cuando el Decreto Legislativo, en desarrollo de la ley 1a. expresó que las loterías o beneficencias " podrán "emitir formularios de distintos valores o nominaciones, atribuyó una competencia que aquellas entidades pueden ejercitar o no como expresión de su autonomía, pero que no es dable asumir al Gobierno en ejercicio de la facultad de reglamentación de la ley, sin invadir un campo que pertenece a la competencia propia de las entidades descentralizadas.

Los artículos 26 a 41 indican los requisitos que los concesionarios deben reunir para poder ser tenidos como tales, es decir, para celebrar contratos de concesión con las loterías o beneficencias.

Al anularlos, la Sección Primera tuvo en cuenta lo siguiente:

Que la norma general indica que los departamentos, a través de las Asambleas, tienen facultad para regular todo lo relacionado con aquella parte estrictamente administrativa de los contratos que celebren el Departamento y sus entidades descentralizadas, en desarrollo de los artículos 182 y 183 de la Constitución Política con las restricciones impuestas por la ley. Que entre esos dos extremos: la autonomía y la restricción legislativa, solo puede interponerse el reglamento expedido por el Presidente de la República cuando la ley sobre esa materia requiere desarrollo, precisión o delimitación a través del ejercicio de tal facultad reglamentaria. Pero que si no hay ley sobre un determinado campo, la competencia será integralmente de las Asambleas.

Que en el caso materia de juzgamiento, fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia los artículos 9o y 10o. del Decreto 386 de 1983, y

derogado expresamente el artículo 4o. de la ley 1a. de 1982, los cuales se referían precisamente a las facultades reglamentarias sobre aspectos del contrato de concesión para efectuar los juegos de apuestas permanentes; y ello hace desaparecer la posibilidad de intervención del Gobierno en esa materia que, por no haber sido tratada en la ley corresponde a las Asambleas, obviamente en todo aquello que no contradiga las disposiciones legales a que aluden la ley 19 de 1982 y el Decreto 222 de 1983.

El artículo 42 dispone que las loterías, las beneficencias y los servicios seccionales de salud no tendrán relación laboral alguna, directa o indirecta con los agentes, colocadores o vendedores y dependientes o concesionarios. Fue anulado por la Sección Primera por cuanto se relaciona con la regulación de situaciones contractuales que solo pueden ser materia de tratamiento por la ley o, en su defecto y en cuanto implique ejercicio de la autonomía regional, por las ordenanzas de las Asambleas. Dijo la Sección, que no existe competencia que le permita al Gobierno, *a través del ejercicio de la facultad reglamentaria,* establecer normas de comportamiento jurídico a las beneficencias, loterías o servicios seccionales de salud, tendientes a regular las relaciones comerciales, civiles, laborales o de dependencia entre esas reparticiones administrativas y quienes en su nombre, a través del contrato de concesión, o en nombre de los concesionarios, lleven a cabo el proceso de colocación de apuestas.

Finalmente, la nulidad de las frases antes señaladas, contenidas en los artículos 88, 89 y 90 obedeció a estas consideraciones de la Sección Primera: por virtud del artículo 6o. de la ley 93 de 1938 el Gobierno tiene la inspección y vigilancia de las Juntas de beneficencia o de lotería, Cruz Roja y demás entidades que desarrollen actividades encaminadas a la consecución y administración de fondos destinados a la asistencia social, conforme a los reglamentos expedidos en desarrollo del numeral 3 del artículo 120 de la Constitución.

Mediante el artículo 1o. del Decreto 1140 de 1943 se puso en manos del Departamento de Asistencia Social del Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social y posteriormente del Ministerio de Salud la inspección y vigilancia sobre las entidades que administran juegos y por tanto fuera del Ministerio ninguna otra entidad o corporación puede adelantar esa inspección y vigilancia. De donde dedujo la Sección Primera, que los servicios seccionales de salud no tienen competencia para controlar el presupueto, la administración, los libros y los registros contables de las entidades concedentes y mucho menos para ejercer control sobre los concesionarios en lo referente a la ejecución de los contratos, como lo pretenden los artículos 89 y 90 del Decreto 33 de 1984.

Agrega que las facultades de inspección y vigilancia las debe ejercer el Ministerio de Salud sobre las beneficencias y loterías conforme a la ley 93 de 1938 y al Decreto 1140 de 1943 y no sobre los concesionarios como lo ordena el artículo

90 acusado, y mucho menos en relación con las agencias, vendedores o colocadores, libros, registros y relaciones de ventas de éstos.

Dedujo que por las mismas razones tampoco es competencia del Ministerio de Salud y de los servicios seccionales de salud tomar determinaciones relacionadas con el personal que debe ejercer el control sobre el juego mismo de las apuestas porque la competencia del ministerio llega hasta las beneficencias y loterías, mas no hasta los contratos que ellas celebren con los concesionarios.

En esta forma quedan relacionados los argumentos que condujeron a la anulación de algunos de los artículos del Decreto reglamentario 33 de 1984.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA

Está estructurado sobre la contradicción de jurisprudencia anterior, que tiene que ver con tres temas denominados por la parte recurrente así:

I. La asistencia social y el monopolio de las Loterías.

II. La potestad reglamentaria.

III. La sustracción de materia.

Estima contrariada por la sentencia de la Sección Primera, en cuanto al tema de la Asistencia Social y el monopolio de las loterías, la jurisprudencia contenida en los siguientes fallos:

- Sentencia de 8 de octubre de 1942 de la Sala de lo Contencioso Administrativo -Consejero Ponente Doctor Gonzalo Gaitán- Anales T. XLIX -Págs, 124 y ss.

- Sentencia de 30 de julio de 1960 -Sala de lo Contencioso Administrativo - Consejero Ponente Doctor Pedro Gómez Valderrama- Anales T. LXII.

- Sentencia de 14 de septiembre de 1960 -Sala de lo Contencioso Administrativo- Consejero Ponente Doctor Alejandro Domínguez Molina- Anales T. LXVI.

- Sentencia de 4 de octubre de 1974 -Sección Primera -Consejero Ponente Doctor Jorge Dávila Hernández.

- Sentencia de 18 de febrero de 1975 -Sección Primera -Consejero Ponente Doctor Jorge Dávila Hernández.

La contradicción se plantea por la parte recurrente así:

" En la sentencia se expresa lo siguiente:

" Según lo anterior, la norma general es que los departamentos, a través de las asambleas, tienen facultad para regular todo lo relacionado con aquella parte de los contratos que celebren el departamento y sus entidades descentralizadas, que puede denominarse estrictamente administrativa, en desarrollo de los artículos 182 y 183 de la Constitución Política; lo cual quiere decir que la excepción a ese principio general estará consagrado en la Ley, así como lo relativo a las materias contractuales que de manera expresa consagran los textos anteriormente transcritos. Entre esos dos extremos: la autonomía y la restricción legislativa, solo puede interponerse el reglamento expedido por el Presidente de la República, cuando la ley que somete la normatividad contractual de los departamentos a sus prescripciones ha sido efectivamente expedida y requiere desarrollo, precisión o delimitación a través del ejercicio de tal facultad reglamentaria. *Pero si no hay ley sobre un determinado campo, la competencia será integralmente de las asambleas y solo ellas tendrán la facultad de regular y reglamentar su actividad* " (el subrayado es mío)."

En otro aparte la sentencia expresa:

" Del artículo 42 pueden predicarse argumentos similares a los relacionados con los artículos que integran el Título anterior (De los Concesionarios), por cuanto se relaciona con la regulación de situaciones contractuales que solo pueden ser materia de tratamiento por la ley o, en su defecto y en cuanto implique ejercicio de la autonomía regional, por las ordenanzas de las Asambleas. *Pero no existe competencia que le permita al Gobierno, a través del ejercicio de la facultad reglamentaria, establecer normas de comportamiento jurídico a las beneficencias, loterías o servicios seccionales de salud,* tendientes a regular las relaciones comerciales, civiles, laborales o de dependencia entre esas reparticiones administrativas y quienes en su nombre, a través del contrato de concesión, o en nombre de los concesionarios, lleven a cabo el proceso de colocación de apuestas. Igual cosa puede decirse en relación con el inciso segundo del texto en comentario, que pretende regular la responsabilidad civil en que puedan incurrir quienes administran el juego, directa o indirectamente. Prospera el cargo.". (el subrayado es mío)."

Se argumenta que la sentencia le da prosperidad a varios cargos de la demanda con fundamento en la autonomía que la Constitución atribuye a los Departamentos para la administración de los asuntos seccionales; la cual no es absoluta porque su ejercicio ha de ceñirse a normas superiores como la ley y las disposiciones que el Gobierno pueda dictar con fuerza de ley sobre ciertas materias y a las normas reglamentarias de las primeras. Que la autonomía seccional se restringe al máximo cuando su ejercicio está vinculado a funciones relacionadas con la beneficencia

pública y la asistencia social o con un monopolio establecido por la ley en favor de los Departamentos, porque en este caso " el *Gobierno está investido directamente por la propia Constitución de una potestad de reglamentación autónoma, no condicionada a precepto legal previo para regular lo atinente al ejercicio de su facultad de inspección y vigilancia de las entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia social. Por consiguiente ese poder de regulación autónoma confiere a las normas que expida el Gobierno sobre la materia, un valor jurídico que las equipara al de la ley, como lo reconoció expresamente la Corte Suprema de Justicia, con efecto " erga omnes " en el fallo de 14 de diciembre de 1973".*

Agrega el recurrente que el Consejo de Estado ha acatado lo dicho por la Corte en tal sentencia. De manera que, aún suponiendo en gracia de discusión que en las disposiciones legales sobre apuestas permanentes no existiera precepto alguno susceptible de reglamentación, teniendo en cuenta que el producido de esas apuestas está destinado a la asistencia social, el Gobierno sí puede, en ejercicio de su poder autónomo expedir disposiciones con fuerza equiparable a la ley, con fundamento en el numeral 1o. del artículo 120 de la C.N.; para controlar, inspeccionar y vigilar la recaudación, administración, manejo e inversión de tales ingresos; es decir, que en dicha materia el Gobierno puede, por vía de reglamentación autónoma (con fuerza legal) condicionar y limitar la autonomía seccional.

Continúa la parte recurrente: se afirma en la sentencia que al desaparecer algunas disposiciones legales relacionadas con las apuestas permanentes, por virtud de una sentencia de inexequibilidad de la Corte Suprema de Justicia, el poder de regulación reglamentaria se desplazó a las Asambleas Departamentales desconociendo de esta manera que las disposiciones legales sobre apuestas permanentes hacen parte de la normatividad relativa al monopolio de loterías establecido desde hace muchos años en la ley, en virtud del cual los Departamentos son meros administradores de unos recursos que deben aplicar a una finalidad específica y por tanto no disponen de poderes reglamentarios que continúan siendo atribución del Gobierno y mucho menos de atribuciones legislativas sobre la materia.

Respecto a la jurisprudencia sobre potestad reglamentaria se citan estas sentencias del Consejo de Estado:

- Sentencia de 10 de octubre de 1962 - Anales T. LXV.

- Sentencia de 14 de noviembre de 1962 - Anales T. LXV.

Afirma la parte recurrente que esas providencias y las posteriores, hasta la fecha, no han hecho cosa distinta de reiterar estos prinicipios, con relación a la potestad reglamentaria.

" a) Es una atribución constitucional del Presidente, o mejor, del Gobierno que, por lo tanto, *no requiere de habilitación específica* de la ley, pues basta con la existencia de la norma legal que deba ser ejecutada para que el gobierno pueda y deba hacer uso de su potestad, en orden a su ejecución.

b) Es una *función permanente,* lo cual significa que mientras la ley subsista, el Gobierno dispone de esa facultad; ello le permite modificar los reglamentos anteriores para adaptarlos a las modalidades cambiantes de los tiempos, a fin de que la ley pueda ejecutarse debidamente.

c) En virtud de esta potestad, el Gobierno selecciona los medios necesarios para la ejecución de la ley, desarrolla principios expresos o tácitos contenidos en ella, especifica y detalla requisitos, condiciones o exigencias allí establecidos, colma aparentes vacíos que impidan o dificultanla ejecución, todo ello siempre y cuando que el reglamento se mantenga dentro del marco general de la ley."

Su contradicción se plantea así:

Se sostiene en la sentencia impugnada que al ser declarados inexequibles los artículos 9o. y 10o. del Decreto Ley 386 de 1983, mal podía el Gobierno hacerlos objeto de reglamentación porque al desaparecer la norma que lo habilitaba expresamente para determinar los requisitos que debían reunir los concesionarios del sistema de apuestas permanentes " desapareció la posibilidad de intervención del Gobierno en esta materia, por no haber sido tratada en la ley."

Pero según la parte recurrente, subsisten la Ley 1a. de 1982 y el Decreto Legislativo 386 de 1983 que constituyen el estatuto orgánico de las apuestas permanentes, menos el parágrafo 3o. y el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982 y los artículos 9o. y 10o. del Decreto 386 de 1983.

Que en la ley y en el Decreto 386 se prevé el contrato de concesión como instrumento jurídico para el funcionamiento del sistema de apuestas permanentes y por consiguiente es preciso entender que la inexequibilidad declarada por la Corte con fundamento en la temporalidad de las facultades que confiere la emergencia económica, mas no por el contenido y alcance jurídico de la disposición, no limita ni elimina la potestad reglamentaria del ejecutivo en relación con los diversos aspectos del contrato de concesión. Si la ley lo contempla, por esa sola circunstancia el Gobierno queda investido del poder reglamentario dentro del marco legal, sin habilitación específica del legislador.

Continúa diciendo que el artículo 5o. de la ley 1a. de 1982 prevé que el Gobierno reglamente el juego de apuestas permanentes, el cual será uniforme en los Departamentos, el D.E. de Bogotá y los territorios nacionales y resulta obvio que

esa uniformidad desaparecería si el Gobierno careciera de la potestad reglamenaria y ésta se hubiera trasladado a las secciones.

Concluye diciendo que la declaratoria de inexequibilidad del artículo 9o. en nada pudo afectar el ejercicio de una facultad que de manera permanente y general se atribuye al gobierno por ministerio del artículo 120 numeral 3 de la Constitución y que al sostenerse en la sentencia lo contrario, se desconoce la jurisprudencia invocada.

Finalmente, en cuanto al tema relacionado con la sustracción de materia, cita la parte recurrente estas sentencias:

- Sentencia de 27 de junio de 1946

- Sentencia de 12 de agosto de 1946

- Sentencia de 14 de febrero de 1947

- Sentencia de 11 de julio de 1962

- Sentencia de 7 de marzo de 1978.

Sintetiza así la doctrina contenida en ellas:

En el contencioso de simple anulación contra actos de contenido general que han sido derogados o sustituidos por otros, no hay lugar a hacer pronunciamiento de mérito, en razón de la sustracción de materia, pues la sentencia carecería de objeto práctico al no obtenerse por su intermedio la tutela del ordenamiento jurídico.

La contrariedad radica en que la sentencia de la Sección Primera hizo pronunciamiento de fondo y anuló los artículos 12, 26, 27, 28, 34 y 70 del Decreto 33 de 1984, derogados total o parcialmente por los Decretos 1988 de 1987 (artículo 21) y 2527 de 1987 (artículo 10), dictados estos dos últimos antes de proferirse la sentencia.

Como la acción propuesta en este proceso es de simple nulidad y las disposiciones acusadas son normas generales de orden reglamentario, la sentencia al fallar de mérito y no inhibirse para un pronunciamiento de fondo sobre ellas, desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Esta es la forma como se plantea la presunta contradicción jurisprudencial que sirve de fundamento al recurso extraordinario de súplica.

El recurrente hace después consideraciones de fondo respecto al fallo de instancia que se dictaría al infirmarse la sentencia recurrida, y solicita que en él se nieguen las súplicas de la demanda.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

Sea lo primero anotar, que según la interpretación dada por el Consejo de Estado al artículo 2o. de la ley 11 de 1975, en sentencia de Sala Plena de 25 de marzo de 1981, de la cual fue ponente el Consejero Doctor Carmelo Martínez Conn, interpretación reiterada en numerosos fallos posteriores y especialmente en el de 31 de agosto de 1988, del que fue ponente el Consejero Doctor Carlos Betancur Jaramillo, y acorde con el artículo 130 del C.C.A., la jurisprudencia cuya contradicción da lugar a la prosperidad del recurso de súplica no es otra que la adoptada por las antiguas Salas Contencioso Administrativa y de Negocios Generales, o por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico.

Tesis respaldada por el artículo 24 del Decreto 528 de 1964 que sólo autorizaba a la Sala Plena de la Corporación para efectuar cambios jurisprudenciales, y ahora por el artículo 97 numeral 6 del C.C.A. que confiere también a la Sala Plena tal competencia.

Interpretando armonicamente los artículos 97 y 130 del C.C.A. se concluye que las secciones pueden cambiar su jurisprudencia o apartarse de la adoptada en otras, mas no la que ha sentado la Sala Plena.

En consecuencia sólo serán examinados los fallos proferidos por la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo y por la Sala Plena del Consejo de Estado.

Debe dilucidar la Sala, en primer término, si la jurisprudencia contenida en la providencia recurrida, se aparta en verdad, de la que en los fallos de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo y de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se sostiene, siguiendo el orden trazado por la parte recurrente.

1o. Sentencias relacionadas con la facultad de inspección y vigilancia que concedía al Gobierno el artículo 120 numeral 19 de la Constitución Política vigente cuando se expidió el Decreto 033 de 1984.

Se impone precisar aquí, que la facultad derivada de esta norma constitucional se refiere a instituciones de utilidad común, y que por virtud de lo dispuesto en el artículo 6o. de la ley 93 de 1938, no declarado inexequible por la Corte Suprema

de Justicia, puede ejercerse sobre las Juntas de Beneficencia o de Lotería, Cruz Roja y demás entidades que encaminen actividades a la consecución y administración de fondos para aplicarlos a la asistencia social.

Pero nada tiene que ver con los monopolios establecidos como arbitrio rentístico, los cuales eran de creación legal como lo ordenaba el artículo 31 de la C.N. entonces vigente, y por tanto solo la ley podía señalar las condiciones de su explotación y beneficio; así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la expedida el 3 de febrero de 1971.

La sentencia de 8 de octubre de 1942, citada por la parte recurrente, se remite a lo dicho en otra expedida por el Consejo de Estado el 28 de marzo de 1941, que fijó " el alcance de ciertas disposiciones de la legislación tributaria que exoneran de impuestos a ciertas entidades que tienen fines que se confunden con los fines del Estado."

También en la sentencia transcrita por la de 8 de octubre se dice que " el legislador reservó al gobierno la facultad de vigilar la inversión de los fondos (de las instituciones de asistencia pública o social) para asegurar el cumplimiento de la finalidad propia de la Corporación o Fundación".

La sentencia de 30 de julio de 1960 se refirió a la creación de la Beneficencia de Cundinamarca, considerándola como establecimiento público del orden departamental, que cumple una misión de servicio público.

La sentencia de 14 de septiembre de 1960 analizó el artículo 19 de la C.N. según el cual la asistencia pública es función del Estado y la ley determinará la forma como se preste. Expresó que pueden existir instituciones de utilidad común organizadas por acto de poder público y que esto no se opone al poder de inspección y vigilancia sobre ellas.

Estas dos últimas sentencias aluden a la creación de las Beneficencias de Antioquia y Cundinamarca y las consideran establecimientos públicos.

Como puede observarse fácilmente, no se analiza en ninguno de estos fallos el alcance de la facultad de inspección y vigilancia -que apenas si se menciona- atribuída al Gobierno por el artículo 120 numeral 19 de la C.N.

A ello obedece quizás, el que la parte recurrente no haga una confrontación directa entre el fallo impugnado y las sentencias citadas; la hace mas bien con una jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de diciembre de 1973, afirmando que ésta ha sido acatada por el Consejo de Estado.

Pero además, esa facultad de inspección y vigilancia que puede ejercer el Gobierno sobre las instituciones de utilidad común en ningún aparte de la sentencia suplicada se desconoce; el fallo se limita a examinar dentro de un contexto completamente diferente al tratado en los fallos invocados, la constitucionalidad y legalidad de un decreto reglamentario de la ley 1a. de 1982 y del Decreto 386 de 1983, y no de un reglamento autónomo.

Es decir, que si el Gobierno como lo expresó claramente en el encabezamiento del Decreto 033 de 1984, lo que pretendió fue reglamentar una ley y un decreto legislativo, mal podía la Sección Primera enfocar su juzgamiento como si se tratara de un decreto con fuerza de ley o equiparable a la ley, que es el valor que el recurrente da al reglamento autónomo.

El fallo recurrido es claro en su análisis desde el punto de vista del poder reglamentario que ejercitó el gobierno al dictar el Decreto 033 de 1984 y ese análisis no desconoce en manera alguna la facultad de inspección y vigilancia sobre las entidades de utilidad común, entre otras cosas, porque los artículos anulados por las razones que la parte recurrente transcribe y que considera contrarias a la jurisprudencia que de alguna forma se ocupa de la facultad de inspección y vigilancia sobre determinadas entidades, no tratan de inspeccionar o vigilar sino que señalan requisitos para que los particulares puedan ser concesionarios del juego de apuestas permanentes que la ley autoriza a realizar directamente por las loterías o beneficencias o a través del contrato de concesión. Pero una es la facultad de inspeccionar y vigilar la inversión de fondos que es a lo que se refería el numeral 19 del artículo 120 de la C.N. y otra la de indicar requisitos para poder contratar en el caso de las apuestas permanentes y de clasificar los formularios para realizar el juego.

No encuentra por tanto la Sala la contradicción jurisprudencial alegada en esta materia.

2o. Sentencias relacionadas con la potestad reglamentaria.

Concreta la parte recurrente la jurisprudencia contenida en ellos así:

a) La potestad reglamentaria es una atribución que no requiere de habilitación específica de la ley, pues basta con la existencia de la norma legal que deba ser ejecutada.

b) es una función permanente, es decir, que mientras la ley subsista, el Gobierno dispone de esa facultad y por eso se pueden modificar reglamentos anteriores y adaptarlos a las modalidades cambiantes de los hechos.

c) en virtud de esa potestad el Gobierno selecciona los medios necesarios para la ejecución de la ley, desarrolla principios expresos o tácitos contenidos en ella, específica y detalla requisitos, condiciones o exigencias allí establecidos, colma aparentes vacíos que impidan o dificulten la ejecución, todo ello siempre y cuando el reglamento se mantenga dentro del marco general de la ley.

La contrariedad con tales principios la hace consistir en que, la sentencia impugnada sostiene que al ser declarados inexequibles los artículos 9o. y 10o. del Decreto 386 de 1983, mal podía el Gobierno hacerlos objeto de reglamentación, y que al desaparecer la norma que habilitaba expresamente al Gobierno para determinar los requisitos que debían reunir los concesionarios del sistema de apuestas permanentes, " desapareció la posibilidad de intervención del Gobierno, en esta materia por no haber sido tratada en la ley."

Que subsistiendo la ley 1a. de 1982 y el Decreto 386 de 1983, estatutos orgánicos de las apuestas permanentes, subsiste la potestad de reglamentar.

Es necesario anotar que el asunto no se mira ya desde la óptica de la facultad de inspección y vigilancia ejercitada a través de reglamentos autónomos, como en el tema anterior, sino desde el punto de vista del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Dado que la ley 1a. de 1982 y el Decreto 386 de 1983 regulan diferentes aspectos relacionados con el juego de apuestas permanentes, para una mayor comprensión de lo expuesto por la Sección Primera al anular los artículos 26 a 42, conviene precisar lo siguiente:

El artículo 4o. de la ley 1a. de 1982 y su parágrafo fueron derogados expresamente por el artículo 11 del Decreto 386 de 1983.

Dicho parágrafo era del siguiente tenor:

" El Gobierno Nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales. Para su validez el contrato de concesión tendrá que contar con la aprobación previa del Ministerio de Salud."

Y el artículo 9o. del Decreto 386 de 1983, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de marzo de 1983, prescribía:

" El Gobierno Nacional determinará los requisitos que los concesionarios deben reunir para ser aceptados como tales, como también así, los necesarios para la validez de los respectivos contratos."

La declaratoria de inexequibilidad obedeció a que, según la Corte, como el Decreto 386 fue expedido con fundamento en el artículo 122 de la antigua Constitución, el artículo 9o. y el 10o. significaban una prórroga de las facultades temporales que para la emergencia económica otorgaba al gobierno el artículo 122.

Teniendo en cuenta la derogatoria del parágrafo del artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982 y la inexequibilidad del artículo 9o. del Decreto 386 de 1983, la Sección Primera en la sentencia impugnada consideró que carecían de sustento legal los artículos 26 a 42 del Decreto reglamentario 033 de 1984 que establecían requisitos para ser concesionario del juego de apuestas permanentes y señalaban que no había relación laboral entre las loterías, las beneficencias y los servicios seccionales de salud y los agentes colocadores o vendedores y dependientes de los concesionarios. Porque desapareciendo esos artículos de los estatutos legales reglamentados, no había nada que reglamentara en esa materia.

La Sala estima que en este planteamiento de la Sección Primera no hay contradicción ninguna de los principios señalados por la parte recurrente como contenidos en las sentencias por ella invocadas.

En efecto, lo dicho en la sentencia de la Sección Primera no significa desconocimiento de la potestad reglamentaria emanada del numeral 3 del artículo 120 de la Constitución vigente cuando se expidió el Decreto 33 de 1984 para supeditarla a una habilitación específica de la ley; sino simplemente que el ejercicio del poder reglamentario parte del supuesto de la existencia de una ley que para su aplicación necesite ser reglamentada en los diferentes aspectos que ella contempla.

Como lo ha sostenido igualmente el Consejo de Estado, la potestad reglamentaria no debe ejercerse por fuera del contenido material de la ley ni en desarrollo de ella pueden invocarse autorizaciones o facultades que resulten de otros actos distintos a la ley que se reglamenta.

Entonces, aun cuando la ley 1a. de 1982 y el Decreto 386 de 1983 son los estatutos que rigen el juego de apuestas permanentes y prevén que se realice directamente o mediante contrato de concesión, de su articulado desapareció la facultad que se daba al Gobierno para determinar los requisitos que los concesionarios deben reunir; razón por la cual la Sección Primera consideró que en ese punto específico no había materia reglamentable; pero no por desconocimiento de la potestad reglamentaria emanada del artículo 120 de la Carta, ni tampoco de su permanencia indefinida en el tiempo.

En las sentencias citadas por el recurrente se expresa también que el reglamento no puede extralimitar la ley cuya ejecución pretende hacer posible y que su

extensión depende de la mayor o menor minuciosidad de la misma, porque puede suceder que haya disposiciones legales que no requieran reglamentación.

Por ello la Sección Primera, sin desconocer el tercer principio invocado por la parte recurrente, consideró que en materia de exigencia de requisitos a los concesionarios no había disposición legal para reglamentar y su señalamiento correspondía a otra autoridad.

En este orden de ideas concluye la Sala, que no hay contrariedad de la jurisprudencia de Sala Plena en materia de potestad.

3o. Sentencias relacionadas con la tesis sobre sustracción de materia.

La jurisprudencia plasmada en ellas dice que en el contencioso de simple anulación contra actos de contenido general que han sido derogados o sistituídos por otros no hay lugar a pronunciamiento de mérito pues la sentencia carecería de objeto práctico al no obtenerse por su medio la tutela del orden jurídico.

Evidentemente la sentencia suplicada no acata esta jurisprudencia, porque aunque no trata expresamente el tema, sí anula artículos como el 12, el 26, el 27, el 28, el 34 y el 35, del Decreto 33 de 1984, que habían sido derogados total o parcialmente por los Decretos 1988 de 1987 y 2527 de 1987.

Sin embargo, a pesar de la contradicción con la jurisprudencia sentada en la sentencia de 11 de julio de 1962 que es la que puede tenerse en cuenta porque en la de 7 de marzo de 1979 no se aplicó la tesis sobre sustracción de materia en razón a que se demandaba un acto de nombramiento, no está llamado a prosperar el recurso porque esa jurisprudencia fue modificada sustancialmente en sentencia de 14 de enero de 1991, proferida por la Sala Plena de la Corporación en el Proceso No. 5157, con ponencia del Consejero Doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, fallo en el cual se sostuvo lo siguiente:

" Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia "

...

" Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la

Sala que 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 solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab-initio,* restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo."

...

" Por ello la Sala opina que, aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugne en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo..."

Dado que la posición jurisprudencial que se invoca como fundamento del recurso en el punto relacionado con la sustracción de materia, no es la que actualmente sostiene el Consejo de Estado, el recurso no está llamado a prosperar.

Así lo decidió la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 15 de febrero de 1991 con ponencia del Consejero Doctor Amado Gutiérrez Velásquez en el expediente No. 043 cuando estudió un recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 5 de mayo de 1988 proferida por la Sección Tercera, y se citó como contrariada la jurisprudencia contenida en la sentencia de 12 de junio de 1984, que había sido recogida por la Sala Plena en sentencia de 12 de julio de 1988.

CONCLUSION :

El anterior análisis muestra que ninguna de las jurisprudencias invocadas por la parte recurrente, en materia de asistencia social y monopolio y de ejercicio de la potestad reglamentaria, han sido contrariadas por la Sección Primera en el fallo suplicado.

Y la jurisprudencia citada sobre sustracción de materia no puede servir tampoco para infirmar la sentencia por cuanto la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado adoptó el 14 de enero de 1991 una jurisprudencia opuesta a esa, dejándola sin vigencia.

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 :

1o. Reconócese como impugnadora a la Lotería de la Beneficencia de Nariño.

2o. Reconócese como apoderado de la Lotería de la Beneficencia de Nariño al Doctor Carlos Galindo Pinilla.

3o. No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Lotería de la Beneficencia de Nariño contra la sentencia de 7 de marzo de 1988, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 6 de agosto de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente, Salva Voto; *Jaime Abella Zárate,* Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano,* Salva Voto; *Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Juan Montes Hernández,* Salva Voto; *Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure,* Salva Voto; *Daniel Suárez Hernández,* Salva Voto; *Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

LEGITIMACION PROCESAL/ COADYUVANCIA-Improcedencia/ **INTERVENCION DE TERCEROS**-Improcedencia (Salvamento de voto)

El recurso de súplica era improcedente por cuanto no fue interpuesto por ninguna de las partes que intervinieron en el proceso. No es posible considerar que por tratarse de una sentencia proferida en un proceso originado en una acción de nulidad, la cual puede ser ejercida por cualquier persona, también cualquier persona puede interponer el recurso exraordinario de súplica contra la sentencia que pone fin al proceso. Conforme al C.P.C., la coadyuvancia o intervención de terceros debe hacerse antes de que el proceso termine con el fallo de instancia.

Salvamento de Voto de la Consejera Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Radicación No. S-050: Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y Overiando Fabio Piraneque.

Tal como lo manifesté en la sesión de la Sala Plena de la Corporación en la cual se discutió el proyecto de sentencia que antecede, a mi juicio el recurso de súplica formulado por la Lotería de la Beneficencia de Nariño era improcedente por cuanto no fue interpuesto por ninguna de las partes que intervinieron en el proceso.

No es posible considerar que por tratarse de una sentencia proferida en un proceso originado en una *acción de nulidad,* la cual puede ser ejercida por cualquier persona, también cualquier persona pueda interponer el recurso extraordinario de súplica contra la sentencia que pone fin al proceso.

A mi juicio el recurso extraordinario de súplica solo puede ser interpuesto por quienes actuaron en el proceso al que puso fin la sentencia recurrida; es por ello que el artículo 130 del decreto 01 de 1984 al establecer la oportunidad para su interposición la refiere a los cinco (5) días siguientes al de la notificación de *las partes,* porque son ellas, las que se encuentran legitimadas para interponerlo.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que de conformidad con las normas del Códito de Procedimiento Civil (Decretos 1400 y 2019 de 1970) y del Decreto 2282 de 1989, la coadyuvancia o intervención de terceros debe hacerse antes de que el proceso termine con el fallo de instancia.

Por todo lo anterior, como el recurso de súplica que ahora resuelve la Sala fue interpuesto por el Señor Apoderado de la Lotería de la Benefeciencia de Nariño, entidad que no actuó en el proceso, no estaba legitimada para su interposición.

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.



MONOPOLIO DE LOTERIAS/ POTESTAD REGLAMENTARIA- Desplazamiento/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-** Improcedencia (Salvamento de voto)

Cuando la setencia acusada contiene y parte de la base para anular disposiciones del D. 033/84, de la afirmación sobre el desplazamiento de la facultad de reglamentación contradice lo establecido por la jurisprudencia con relación a los monopolios de loterías

POTESTAD REGLAMENTARIA (Salvamento de voto)

Según la doctrina tradicional del Consejo de Estado, en materia de potestad reglamentaria no es necesaria una habilitación específica por parte de la ley, pues basta que exista una habilitación genérica (que subsista la ley) para que la potestad reglamentaria cobre movimiento. En el caso juzgado se parte de la base de que no sirve la habilitación genérica y de que es menester contar con una habilitación específica, que fue la que desapareció por virtud de la sentencia de la Corte. No se reparó en que podían tener, como en efecto lo tienen, sustento jurídico en la habilitación genérica de las normas legales que se reglamentan.

SUSTRACCION DE MATERIA/ RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Técnica (Salvamento de voto)

Los fallos invocados por el recurrente en relación con el tema de sustracción de materia, en verdad sostienen que en el contencioso de simple nulidad contra actos de contenido general no hay lugar a hacer pronunciamiento de fondo, cuando las normas acusadas hayan desaparecido en tal evento el fenómeno de la sustracción de materia, el fallo de mérito carece de objeto

práctico. De otro lado, la contradicción en el recurso extraordinario de súplica debe analizarse sobre la base de los textos jurisprudenciales que se consideraban vigentes cuando la sentencia suplicada se profirió contraviniendo las tesis jurisprudenciales de la Sala Plena sin que mediara su previo consentimiento, y tal sentencia es nula independientemente de que con posterioridad la Sala Plena haya decidido acoger doctrinas jurisprudenciales diferentes.

Salvamento de Voto del Doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consejero ponente: *Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. S-050. Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y otro.

Como quiera que la sentencia aprobada por la mayoría de la Sala Plena lo fue luego de que se me hubiera negado el proyecto que en mi calidad de ponente presenté a su consideración, en sentido contrario, estimo que los argumentos que allí expresé como posibles consideraciones para fundamentar la sentencia son buenos ahora para manifestar mi inconformidad con los que se acogieron en la sentencia, por lo cual me limito a transcribirlos a continuación:

"Estima conveniente la ..., precisar que de acuerdo con las diferentes providencias citadas por el suplicante como contrariadas por la sentencia recurrida, se puede establecer que ellas conforman tres grupos en razón de la materia a que se refieren. Hecha la agrupación correspondiente, tal como se indica a continuación, procederá la ... a confrontar la sentencia acusada con cada una de las doctrinas jurisprudenciales contenidas en los tres grupos de providencias definidos con miras a analizar y determinar si existe o nó la contradicción alegada por el suplicante.

" Tales grupos son:

" a). El de la jurisprudencia atinente a la asistencia pública y al monopolio de las loterías y a la facultad de inspección y vigilancia del gobierno sobre dichas instituciones.

" b). el grupo de providencias que se refieren a la potestad reglamentaria del gobierno, en general; y

" c). El conformado por las providencias que consideran la generación de fallos inhibitorios en razón de la sustracción de materia por derogatoria expresa de las normas acusadas.

" 1. *Confrontación de la sentencia suplicada con la jurisprudencia sobre asistencia y beneficencia públicas, monopolio de lotería y facultades constitucionales del Presidente para ejercer la inspección y vigilancia sobre entidades de utilidad común.*

" Se alega en el escrito del recurso que la sentencia suplicada da prosperidad a varios de los cargos formulados en la demanda con fundamento en la autonomía que la constitución le atribuye a los Departamentos para la administración de los asuntos seccionales sin tener en cuenta que tal autonomía no es absoluta y que se condiciona y se restringe al máximo cuando su ejercicio está vinculado a funciones relacionadas con asistencia social y beneficencia pública o con el ejercicio de un monopolio establecido por la ley en favor de un Departamento.

" Sostiene el recurrente que la doctrina jurisprudencial tanto de la Corte como del Consejo de Estado, expresa que el Gobierno está investido directamente por la propia Constitución de una potestad de reglamentación autónoma, no condicionada a precepto legal previo para expedir regulaciones con miras a ejercer la función de inspección y vigilancia de las entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia social y que ese poder de regulación autónomo y directo confiere a las regulaciones gubernamentales que con tal fín se expidan, un valor jurídico que las equipara a la ley.

" La conclusión, entonces, a que llega el recurrente es que el fallo suplicado contradice la doctrina tradicional del Consejo de Estado, especialmente en cuanto en aquél se afirma que por razón de la autonomía de los Departamentos, no " existe competencia que le permite al Gobierno a través del ejercicio de la facultad reglamentaria, establecer normas de comportamiento jurídico a las beneficencias, loterías o servicios seccionales de salud tendientes a regular las relaciones comerciales, civiles, laborales o de dependencia entre esas reparticiones administrativas y quienes en su nombre, a través del contrato de concesión, o en nombre de los concesionarios, lleven a cabo el proceso de colocación de apuestas " (Sentencia recurrida fl. 230).

" Para la ... aparece demostrada la contradicción en que incurre la sentencia con respecto a las tesis que configuran la doctrina tradicional del Consejo de Estado acerca de la facultad autónoma del gobierno, concretamente, del Presidente de la República para expedir las regulaciones que le permitan ejercer su función de inspección y vigilancia sobre las entidades dedicadas a la asistencia social y la beneficencia pública. Es evidente que dicha contradicción resulta de considerar que mientras en las providencias de la Sala Contenciosa, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Sección Primera que se citan por el recurrente, se reconoce que el Presidente, en materia de entidades de

asistencia social y de beneficencia pública (y las loterías caen dentro de esta categoría) tiene un poder autónomo y directo de regulación, que hace innecesaria la intermediación de la ley y que se expresa en normaciones que aunque formalmente administrativas se equiparan a la ley, el fallo recurrido de prosperidad a cargos de anulación al echar de menos la autorización legal que la brinde soporte jurídico a las reglamentaciones demandadas. Es indudable que no existiría contradicción entre los fallos confrontados si lo afirmado en el recurrido dijera relación con temas generales regulables por la potestad reglamentaria común u ordinaria del artículo 120 numeral 3o. de la Carta Política, pero como ello no es así y las normas demandadas tocan el tema de entidades sometidas a la inspección y vigilancia del Presidente de la República en virtud del mandato contenido en el numeral 19 del citado artículo 120, habrá la Sala de estimar que el cargo de la súplica merece prosperidad.

" Adicionalmente considera el actor del recurso que la sentencia suplicada contradice la doctrina tradicional del Consejo que se invoca, en cuanto ésta parte de la base de que las loterías departamentales constituyen un monopolio establecido por la ley en virtud del cual los Departamentos " solo son meros administradores de unos recursos que deben aplicar a una finalidad específica ", sin capacidad de reglamentación y menos de atribuciones legislativas, al paso que en el fallo impugnado se afirma que al desaparecer algunas disposiciones legales sobre apuestas permanentes por sentencia de la Corte que las declaró inexequibles, el poder de regulación reglamentaria del Presidente se desplazó a las Asambleas Departamentales y concluye el libelista que el poder reglamentario " *secundum legen* " del Gobierno no se desplaza a las autoridades seccionales por el solo hecho de que se las haya instituido como administradoras de un monopolio. Tampoco falta razón en cuanto a este planteamiento al suplicante, puesto que en efecto está claramente determinado en la jurisprudencia que se invoca como contradicha que en tratándose de loterías, instituídas por la ley como monopolio rentístico constitucional de reglamentación de las leyes correspondientes sin que se opere desplazamiento alguno de esta facultad a otras entidades distintas del Presidente (observa la... que dicho desplazamiento, si operara por ministerio de la ley sería inconstitucional puesto que el poder reglamentario es una emanación directa del mandato constitucional que lo consagra y radica en cabeza del presidente, el ordinal 3o. del artículo 120). Por manera que cuando la sentencia acusada contiene y parte de la base para anular disposiciones del Decreto 033 de 1984, de la afirmación sobre el desplazamiento de la facultad de reglamentación contradice lo establecido por la jurisprudencia con relación a los monopolios de loterías y así lo declarará también la...

2. *Confrontación de la sentencia suplicada con la doctrina del Consejo de Estado relativa a la potestad reglamentaria.*

Aduce el memorialista que la sentencia objeto del recurso de súplica contradice los principios cardinales de la doctrina jurisdiccional sobre potestad reglamentaria contenida en los fallos que se citaron antes en cuanto a dicha providencia sostiene que al ser declarados inexequibles por la Corte los artículos 9o. y 10o. del Decreto Ley 386 de 1983, mal podía el gobierno hacerlos objeto de reglamentación y que al desaparecer la norma que habilitaba expresamente el Gobierno para determinar requisitos que debían llenar los concesionarios del sistema de apuestas permanentes desapareció también la posibilidad de intervención del gobierno en esta materia por no haber sido tratada en la ley, al paso que la doctrina que se dice contradicha sostiene que la facultad de reglamentación no requiera de habilitación específica de la ley (basta con la existencia de la norma legal que deba ser ejecutada para que el gobierno haga uso de su potestad); es de carácter permanente (mientras la ley subsista, el gobierno dispone de la facultad de reglamentarla, incluso modificando reglamentos anteriores) y es el Gobierno quien selecciona los medios necesarios para la ejecución de la ley, desarrollando principios expresos o tácitos contenidos en ella.

" Estima el suplicante que, constituyendo la ley 1a. de 1982 y el Decreto Ley 386 de 1983 el estatuto orgánico de las apuestas permanentes, habiendo previsto ambas normas el contrato de concesión como el instrumento idóneo para el funcionamiento de dicho sistema y habiendo establecido la ley que la reglamentación del sistema " será uniforme en los departamentos, el distrito especial de Bogotá y los territorios nacionales " (art. 5o. Ley 1a. de 1982), mal puede sostenerse que la potestad reglamentaria en dicha materia desapareció cuando se declararon inexequibles algunos pasajes de la norma legal relativos a habilitaciones específicas sobre requisitos de los concesionarios.

" Aunque sutil, la contradicción si puede ser deducida de la confrontación que se plantea por el suplicante pues aplicar al caso propuesto una solución distinta a la tradicional conduce a acoger doctrina diferente y por supuesto a incurrir en la contradicción que se censura a través del recurso extraordinario de súplica. En efecto, la doctrina tradicional del Consejo ha dado como solución la que resulta de la aplicación de los criterios anteriormente señalados y en especial el de la no necesidad de una habilitación específica por parte de la ley, pues basta que exista una habilitación genérica (que subsista la ley) para que la potestad reglamentaria cobre movimiento. En el caso juzgado se parte de la base de que no sirve la habilitación genérica y de que es menester contar con una habilitación específica, que fue la que desapareció por virtud de la sentencia de la Corte. Ello condujo a que se declarara la nulidad de algunas de las normas acusadas por cuanto se las hizo depender exclusivamente de las normas legales específicas que declaró inexequibles la Corte y no se reparó en

que podían tener, como en efecto lo tienen, sustento jurídico en la habilitación genérica de las normas legales que se reglamentan.

" Por lo anterior, también se halla próspero este cargo.

" 3. *Confrontación de la sentencia suplicada con la doctrina sobre fallos inhibitorios en razón de la sustracción de materia por derogatoria expresa de las normas demandadas.*

" Los diversos fallos invocados por el recurrente en relación con el tema de la sustracción de materia, en verdad sostienen que en el contencioso de simple nulidad contra actos de contenido general no hay lugar a hacer pronunciamiento de fondo, cuando las normas acusadas hayan desaparecido en tal evento el fenómeno de la sustracción de materia, el fallo de mérito carece de objeto práctico.

" En el caso que ocupa la atención de la ..., en realidad la sentencia acusada no está explícitamente acogiendo o sosteniendo una doctrina contraria a las atrás comentadas; empero, al anular algunos artículos del Decreto 033 de 1984 que habían sido derogados por los Decretos 1988 de 1987 y 2527 de 1987 se asumió actitud contraria a la sostenida en doctrina anterior, lo cual a criterio de la ... ... implica que se dan los supuestos para que prospere el recurso de súplica que ahora se decide."

Finalmente quiero agregar que no comparto lo que la mayoría de la Sala Plena ha definido en relación con las jurisprudencias referente a la sustracción de materia, ya que allí se le da la razón al recurrente pero se le niegan los efectos que este hecho debe tener, simplemente porque con posterioridad a la interposición del recurso la Sala Plena cambió la jurisprudencia sobre esta materia. Creo y así lo he sostenido en anteriores oportunidades que la contradicción debe analizarse sobre la base de los textos jurisprudenciales que se consideraban vigentes cuando la sentencia suplicada se profirió contraviniendo las tesis jurisprudenciales de la Sala Plena sin que mediara su previo consentimiento, y que tal sentencia es nula independientemente de que con posterioridad la Sala Plena haya decidido acoger doctrinas jurisprudenciales diferentes.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: Ut Supra.

LEGITIMACION PROCESAL/ COADYUVANCIA-Improcedencia/ **INTERVENCION DE TERCEROS**-Improcedencia/ **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**-Técnica (Salvamento de voto)

El recurso extraordinario de súplica no debió tramitarse por cuanto no provino de parte legitimada para ello, dado que una vez proferida la sentencia suplicada, procesalmente no procedía la figura de la coadyuvancia o intervención adhesiva facultativa, la que debió quedar perfeccionada con anterioridad al dictado de la sentencia. De otra parte, los recursos no pueden desestimarse con base en jurisprudencias inexistentes a la época de la interposición de los mismos.

Salvamento de Voto del Consejero de Estado Dr. Daniel Suárez Hernández.

Ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. S-050. Actor: Carlos Alberto Ante Ospina y Overlando Fabio Piraneque.

Con todo respeto, a continuación, consigno los argumentos que me llevaron a disentir del fallo que puso fin al recurso de súplica interpuesto contra la sentencia de 7 de marzo de 1988, a saber:

1. Entiendo y así lo manifesté durante el debate, que el recurso de súplica formulado por la Lotería de la Beneficencia de Nariño, no debió tramitarse por cuanto no provino de parte legitimada para ello, dado que una vez proferida la sentencia de 7 de marzo de 1988, procesalmente no procedía la figura de la coadyuvancia o intervención adhesiva facultativa, la que debió quedar perfeccionada con anterioridad al dictado de la sentencia. Frente al Código de Procedimiento Civil de 1970 (Decreto 1400 y 2019) lo mismo que al tenor de las reformas inducidas por

el Decreto 2282 de 1989, la coadyuvancia o intervención facultativa de terceros debe surtirse antes de dictarse la sentencia de primer grado o de única instancia.

2. Una de las conclusiones que la decisión de la cual me aparto contiene, resulta desacertada por cuanto se decide el asunto con base en jurisprudencia inexistente

al momento de intentarse el recurso. En efecto, a fl. 399 del expediente se lee:

" Y la jurisprudencia citada sobre sustracción de materia no puede servir tampoco para infirmar la sentencia por cuanto la Sala Plena contenciosa del Consejo de Estado adoptó el 14 de enero de 1991 una jurisprudencia opuesta a esa, dejándola sin vigencia ".

Lo anterior demuestra que para la fecha de interposición del recurso extraordinario de súplica (8 de julio de 1988), la jurisprudencia vigente de la Sala Plena del Contencioso Administrativo era bien diferente a la que se adoptó con el fallo de 14 de enero de 1991. En otros términos, los recursos no pueden desestimarse con base en jurisprudencias inexistentes a la época de la interposición de los mismos.

En los anteriores términos dejo sustentado mi salvamento de voto.

Daniel Suárez Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., 9 de septiembre de 1991.

NOTA DE RELATORIA: el salvamento de voto del Consejero Dr. Juan de Dios Montes Hernández es el mismo suscrito con ocasión del estudio del Exp. S-013. Agosto 9 de 1991. Consejera Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas. Actor: Navemar Ltda. Así mismo el Salvamento del Consejero Dr. Jorge Penen Deltieure es el mismo que suscribiera con ocasión del Exp. S-030, fechado en noviembre 23 de 1990. Consejero Ponente: Dr. Amado Gutiérrez Velásquez. Actor: Oscar Jaime Alvarado. Publicado Tomo X Extractos de Jurisprudencia).

SALA DE CONSULTA

Y

SERVICIO CIVIL

I.N.S./ PRIMA TECNICA/ FORMACION AVANZADA-Concepto/ **POST-GRADO**

La expresión titulo de formación avanzada debe entenderse en el sentido de que el requisito consiste precisamente en acreditar dicho titulo, en uno cualquiera de los programas de especialización, maestría o doctorado. Su duración como requisito mínimo exigido para tener derecho a prima técnica frase que emplea el consulante, es extraña al contenido y finalidad de la ley, así los títulos de formación avanzada o de postgrado varíen de uno a cinco años.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., junio once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre Prima Técnica. Radicación número: 388.

El señor Ministro de Salud, doctor Camilo González Posso, formula a la Sala la consulta que está concebida en los términos siguientes:

En virtud de la reclamación que efectuaron dos (2) funcionarios del Instituto Nacional de Salud, con respecto al Derecho Nro. 3149 del 31 de Diciembre de 1990 por medio del cual se le asigna prima técnica a unos funcionarios del mencionado Instituto me permito presentar los hechos siguientes a fin de formular la consulta correspondiente sobre la interpretación y apelación de las normas vigentes sobre el emolumento mencionado :

a. Se exigió, previamente a los funcionarios los documentos que probaran sus estudios, experiencia y competencia especial.

b. Para la determinación de la prima técnica se tuvieron en cuenta las condiciones laborales o académicas *demostradas* que superaran o excedieran el grado en una carrera profesional, el título de formación avanzada o de post-grado y experiencia mínima de un (1) año en la Institución. (artículo 1° decreto 37 de 1989).

c. Por razones de orden práctico y por no existir la reglamentación prevista en el parágrafo 3 del artículo antes citado, al respecto de la distinción y especificación del número de unidades de labor académica de cada uno de los títulos de post-grado que expiden las universidades, fue necesario asimilar como requisito mínimo cualquier título de post-grado que fuere igual o superior a un año de escolaridad, y asignar los porcentajes establecidos en el artículo15 del decreto 362 de 1979 al factor de escolaridad diferente al del título profesional y de post-grado que se exige para el desempeño del empleo correspondiente.

d. Dentro del contexto anterior, el funcionario que acreditó títulos profesionales o de post-grado diferentes al del requisito mínimo para el desempeño del empleo de que es titular, se le cuantificó lo establecido por las normas legales vigentes.

Con base en lo expuesto, comedidamente solicito del Honorable Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil sea absuelta la consulta siguiente :

Cómo debe interpretar y aplicarse el artículo 1° del Decreto 37 de 1989 cuando menciona "Título de Formación Avanzada" con respecto a su duración como requisito mínimo exigido para tener a prima técnica, dado que existen títulos de formación de avanzada o de post-grado que varían de 1 a 5 años de escolaridad.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

1. La prima técnica, según el decreto ley 1042 de 1978 y su decreto reglamentario 362 de 1979.

Al establecer el sistema de nomenclatura, clasificación y remuneración de cargos en el Gobierno Nacional (ministerio, departamentos administrativos, superintendencias y unidades administrativas especiales) y en los establecimientos públicos del orden nacional, con las excepciones contempladas en el artículo 104, el decreto 1042 de 1978, dictado con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por la ley 5ª del mismo año, reguló la denominada prima técnica en sus artículos 52 a 57.

De conformidad con la normatividad mencionada, la prima técnica fue concebida como un reconocimiento para los empleos cuyas funciones demandan la aplicación de conocimientos altamente especializados, en el nivel de formación técnico-científica. La misma se pagará mensualmente y constituye factor de

salario, pero en ningún caso podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) de la remuneración básica mensual de quien vaya a percibirla.

La prima ténica tampoco podrá exceder, como parte remuneración del empleado y tomada en conjunto (suma incrementos por antiguedad y prima técnica), la remuneración del despacho o jefes de departamento administrativo y, c situaciones bajo la vigencia del decreto 540 de 1977, el de incompatible con el derecho a recibir gastos de representac

Como requisitos para tener derecho a dicha prima, e exige : Poseer grado en una carrera profesional, título univers y experiencia en el campo de la investigación cientifica profesional, administrativa o docente, de acuerdo con los

Los reglamentos están contenidos en el decreto 3 determinaran los criterios para cuantificar el cincuent remuneración básica (que es el máximo correspondiente a se dividirá entre estos tres factores :

Escolaridad, hasta un 25%

Experiencia, hasta un 15%

Competencia especial, hasta un 10%,
del modo siguiente :

a. Los estudios correspondientes a una carrera universitaria distinta a la que se exige para el desempeño del empleo, se evaluarán a razón del 1.5% por cada semestre académico;

b. Los estudios correspondientes a especialización y realizados con posterioridad a la obtención del título profesional, se evaluarán a razón del 4% por cada semestre académico debidamente certificado;

c. Los demás estudios, cursos de capacitación, seminarios y similares se acumularán y se evaluarán a razón del 0.2% por cada 40 horas lectivas;

d. La experiencia consiste en las habilidades y destrezas desarrolladas y los conocimientos adquiridos durante el ejercicio de una profesión u oficio, y se cuantifica con un puntaje del 0.30% por cada mes certificado como de tiempo completo (la experiencia certificada de medio tiempo tendrá un puntaje de 0.15% y en empleos de carácter docente con intensidad inferior a medio tiempo, las horas se acumularán y se concederá un 0.15% por cada 80 horas). y,

e. Por competencia especial del candidato se entiende el conjunto de calidades especiales que en él pueden ser apreciados por razón de factores distintos a la

escolaridad y la experiencia, como son, entre otras, la autoría de publicaciones científicas, la pertenencia a asociaciones de orden científico y la participación en congresos o seminarios internacionales, cuya evaluación se hará discrecionalmente por el Ministro o Jefe de Departamento Administrativo, con base en el expediente del candidato.

Llenados los requisitos con sujeción al procedimiento señalado en el decreto reglamentario, la asignación de prima técnica se hara por decreto del Gobierno que llevará la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil. (A este modelo se ajusta el decreto 3149 de 1990, " por el cual se asigna una prima técnica a funcionarios del Intituto Nacional de Salud ", mencionado por el consultante, y que en su aspecto formal cumple con los requisitos señalados por el decreto ley 1042 de 1978, cuyo artículo 54 no fue modificado por el decreto ley 37 de 1989).

2. El nuevo régimen del decreto ley 37 de 1989.

El decreto número 37 de 1989, dictado por el Gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias que la confirió la ley 77 de 1988, dispuso en su artículo 3° que " modifica en lo pertinente las normas sobre prima técnica contenidas en el decreto extraordinario 1042 de 1978 y demás normas sobre la materia " , y que deroga el decreto extraordinario 656 de 1980, en el cual se habían previsto las condiciones para suplir el título de especialización y, además, la compatibilidad para todos los efectos entre la prima técnica y los gastos de representación, pero sin que la remuneración total pudiera exceder la del superior inmediato.

Sin embargo, el decreto ley 37 de 1989 constituye un nuevo régimen jurídio en materia de prima técnica, así deje vigentes algunos aspectos contemplados por el decreto ley 1042 de 1978, En efecto, reguló en su integridad lo concerniente a la determinación de las personas que pueden ser titulares de la prima técnica (éstos son los funcionarios que desempeñen empleos de los niveles profesional, ejecutivo y asesor), los límites salariales y las excepciones a los requisitos exigidos. En cuanto a los requisitos propiamente dichos que deben acreditar los aspirantes a prima técnica, no solamente actualizó la terminología respecto del factor escolaridad sino que precisó que la experiencia no podrá ser inferior a un año; término éste que con antelación estaba fijado en el reglamento del decreto 1042 de 1978.

Con todo, la actualización terminológica está supeditada a la exigencia de *títulos* de formación universitaria y de formación avanzada, y estas modalidades educativas a una medida del trabajo académico evaluable que no existía cuando se expidió la normatividad anterior, denominada Unidad de Labor Académica, cuya regulación hizo el Gobierno al organizar el Sistema de Educación Post-secundaria o Superior. (Decreto ley 80 de 1980 y decretos reglamentarios 3191 del mismo año y 3658 de 1981).

En tratándose de requisitos para tener derecho a prima técnica, el decreto 31 de 1989 estableció los siguientes :

1. Poseer título correspondiente a la modalidad de formación universitaria.

2. Poseer título de formación avanzada. Y,

3. Tener experiencia en el campo de la investigación técnica o científica, o experiencia profesional, administrativa o docente no inferior a un año.

El decreto citado trae dos excepciones, la primera para suplir el título de formación avanzada y la segunda que denomina " casos especiales ".

Respecto del título de formación avanzada, dispone que podrá suplirse con dos años de ejercicio profesional en actividad independiente o subordinada, o dos años de profesorado en una institución univesitaria legalmente aprobada; sin embargo, deberá acreditarse la terminación de los estudios de formación avanzada.

Y en cuanto a los " casos especiales " los hace en la posibilidad de asignar prima técnica a personas que carezca de títulos o formación de educación superior, pero que ameritan recibirla dadas sus realizaciones y calidades excepcionales para el ejercicio de las funciones asignadas al empleo, de acuerdo con el concepto que emita el Consejo Superior del Servicio Civil, previa evaluación. Todo de acuerdo con los criterios señalados " en el reglamento " .

El decreto reitera que serán compatibles la prima técnica y los demás factores salariales, pero advierte que la remuneración total no podrá exceder del superior inmediato, ni el noventa por ciento (90%) de lo que perciben los Ministros del Despacho por concepto de asignación básica y gastos de representación. Prevé, así mismo, que los funcionarios a quienes se les asigne prima técnica, continuarán disfrutándola cuando sin solución de continuidad pasen a otro empleo susceptible de prima técnica, siempre que los dos empleos pertenezcan al mismo régimen de remuneración y " exista disponibilidad presupuestal para su pago " .

La Sala estima que al nuevo decreto sobre prima técnica no le es aplicable en tratándose de escolaridad, la reglamentación anterior. No sólo porque el decreto 362 de 1979 es reglamentario de manera especifíca del decreto exraordinario 1042 de 1978, sino porque mal podía tener en consideración modalidades educativas que surgieron con posterioridad y que conducen a los títulos de magister y doctor, así como la medida de trabajo académico evaluable, que es condición indispensable para lograr los objetivos del aprendizaje en la educación superior. Estas unidades de labor académica (ULAS) no necesariamente se reflejan en semestres de igual intensidad académica, como para que cada uno de ellos debidamente certificado puede ser evaluable con un porcentaje del 4%, como dispone aquel reglamento en el artículo 15 literal b. De ahí que la nueva disposición exija, en todos los casos, título de formación avanzada, sin acudir a distinciones o aditamentos, como sería la evaluación de los mismos gradualmente, es decir, semestre por semestre.

Por consiguiente, el decreto 37 de 1989 no exige ni acepta sino títulos : los de formación universitaria y de formación avanzada (con las excepciones a que se ha

hecho referencia), cuya cuantificación para efectos de prima técnica deberá hacerse con sujeción a los criterios de ponderación que se establezcan en el decreto reglamentario que deberá expedir el Gobierno con fundamento en las facultades que al Presidente de la República le confiere la Constitución Nacional.

3. Conclusiones.

El decreto ley 37 de 1989 exige para tener derecho a prima técnica ciertos requisitos esenciales, que por ser de resultado se prueban con el título correspondiente a la modalidad de formación universitaria, el título de formación avanzada, y la experiencia (ésta puede ser en el campo de la investigación técnica o científica, o de carácter profesional, administrativa o docente, por un término de duración no inferior a un año). Es subsidio, el decreto exige una prueba complementaria, que abarca los llamados " casos especiales " y la posibilidad de suplir el título de formación avanzada con dos años de ejercicio profesional o docente, siempre que no se acredite la terminación de los estudios respectivos.

En el reglamento, el Gobierno deberá precisar los criterios de cuantificación de cada uno de los requisitos establecidos por el decreto principal y los de evaluación para los casos de carácter excepcional.

De conformidad con el decreto 37 de 1989, la expresión " Título de Formación Avanzada " debe entenderse en el sentido de que el requisito consiste precisamente en acreditar dicho título, en uno cualquiera de los programas de especialización, maestría o doctorado. Su " duración como requisito mínimo exigido para tener derecho a prima técnica " - frase que emplea el consultante - es extraña al contenido y finalidad de la ley, así los títulos de formación avanzada o de post-grado varíen de uno a cinco años.

En consecuencia, la prima técnica deberá asignarse si se cumplen los requisitos y condiciones determinados en el artículo 1° del decreto ley 37 de 1989, con sujeción al reglamento y sin tener en consideración más límites que los señalados en aquella norma, o sea, que la remuneración total no exceda la del inmediato superior, ni el 90% de lo que preciban los Ministros del Despacho por concepto de asignación básica y gastos de representación.

Por lo demás la prima técnica es, desde su establecimiento parte integrante de la remuneración para todos los efectos legales. Constituye un incremento especial del sueldo del empleado que se reconoce con fundamento en sus calidades personales, la idoneidad y la experiencia profesional, y tiene por objeto hacer posible que el personal calificado se vincule y permanezca al servicio del Estado. De este modo la Administración busca, como en la empresa privada, que la remuneración del empleado calificado equivalga realmente al nivel económico que le corresponde.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Salud 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.

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA/ SECRETARIO DE INFORMACION Y PRENSA - Requisitos/ **PERIODISMO**

De la variada gama de funciones asignadas al Secretario de Información y Prensa de la Presidencia de la República, se deduce que éstas implican la dedicación en forma permanente a las labores intelectuales de redacción noticiosa y conceptual o de información gráfica. Así las cosas, si el art. 10 de la Ley 51 de 1975 exige la calidad de periodista para quien en entidades de derecho público realice la actividad periodística en estricto sentido, entendida ésta como la definida en el art. 2 de la misma ley, obvio es concluir que el cargo de Secretario de Información y Prensa de la Presidencia de la República necesariamente debe ser desempeñado por periodista profesional.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. , junio once (11) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia : Interpretación del Artículo 2º de la Ley 51 de 1975, sobre el ejercicio profesional del periodismo. Rad. Nº 120.

El Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República formula a la Sala la siguiente consulta, previas las consideraciones que a continuación se expresa :

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

La ley 51 de diciembre de 1975, " Por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo y se dictan otras disposiciones ", define , en su artículo 2º, lo que debe entenderse por periodista profesional, en estos términos :

" Son periodistas profesionales las personas que previo el lleno de los requisitos que se fijan en la presente ley, se dedican en forma permanente a labores intelectuales referentes a:
Redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, en cualquier medio de comunicación social. "
El artículo 10 de la misma ley, dispone que :

" Los medios de comunicación social del sector público, las agencias gubernamentales y corporaciones públicas de origen popular, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, y las sociedades de economía mixta, cualquiera que sea su denominación que establezca o tenga servicios informativos o de divulgación, sólo podrán emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodistico se refiere.

Parágrafo Será nulo todo nombramiento que se haga contraviniendo lo dispuesto anteriormente. "

De las normas que han sido transcritas, puede inferirse que :

1. La ley entiende que la actividad periodistica está referida al ejercicio permanente de labores intelectuales en los campos de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica en un medio de comunicación social.

2. Las entidades y dependencias del sector público en general, y sus medios de comunicación social, sólo puede emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodistico se refiere, entendiendo por ello las labores intelectuales señaladas en el punto anterior.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, precisó estos conceptos en la sentencia dictada el 11 de mayo de 1982 (expediente N° 3621), mediante la cual declaró nulas varias disposiciones del Decreto 733 de 1976, reglamentario de la ley 51 de 1975.

En dicha sentencia, el H. Consejo de Estado, después de exponer la naturaleza jurídica de la potestad reglamentaria, sin límites y sus alcances, precisó los elementos de la definición legal de " periodista profesional ", en estos términos :

" De acuerdo con lo anterior, deberá la Sala establecer si la norma reglamentaria acusada preceptúa o no algo que explícita o implícitamente no se halle contenido en la ley reglamentada y especialmente en su artículo 2°, el cual es del siguiente tenor :

" De acuerdo con la norma transcrita, para que una persona sea periodista profesional debe llenar los siguientes requisitos esenciales :

1° Cumplir uno de los siguientes requisitos, conforme al artículo 3o de la ley 51.

a) Poseer título en una especialidad de periodismo, expedido por una facultad o escuela aprobada por el Gobierno Nacional;

b) Comprobar en los términos de la presente ley haber ejercido el periodismo durante un lapso no inferior a 5 años anteriores a la fecha de vigencia de ella;

c) Comprobar en iguales términos anteriores haber ejercido de manera continua el periodismo, durante un lapso no inferior a 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la vigencia de la presente ley y someterse al interesado a presentación y aprobación de exámenes de cultura general y conocimientos periodísticos en su especialidad, según reglamentación que expida el Ministerio de Educación;

d) Título obtenido en el exterior en facultades o similares de ciencias de la comunicación y que el interesado se someta a los exámenes de que trata el literal anterior, salvo en el sentido en el caso de títulos que provengan de países con los cuales Colombia tenga convenios sobre el particular.

2° Dedicación permanente labores intelectuales de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica.

3° Que la labor se ejerza en cualquier medio de comunicación social.

Al reglamentar la norma anterior el Gobierno no puede establecer más requisitos de los allí establecidos ni disminuirlos a fin de que una persona pueda ser periodista profesional para los efectos de la ley 51 de 1975. Por consiguiente, debe la Sala examinar ahora si la norma impugnada es o no un desarrollo de ideas explícitas o implícitas contenidas en la norma reglamentada.

Según la parte acusada de inciso 1° del artículo 2° del Decreto 733 de 1976, son periodistas profesionales las personas que reúnan los siguientes requisitos :

a) Que en forma habitual se dedique al ejercicio de labores intelectuales que impliquen el ejercicio de funciones periodísticas, auque estas pueden ser compartidas con funciones administrativas, técnicas o de locución, como son la de Director, subdirector, Editor y Asistente de éstos.

b) Que las mencionadas labores intelectuales se ejerzan por remuneración.

c) Que las expresadas labores intelectuales se ejerzan en un medio de comunicación social. "

Con fundamento en las consideraciones que han sido transcritas en lo pertinente, el mencionado fallo declaró la nulidad del inciso 1° del artículo 2° del Decreto 733 de 1976, " en cuanto dispone : " Para los efectos del artículo 2° de la ley 51 de 1975, se entiende por periodísta profesional la persona que en forma habitual y remunerada se dedique, en un medio de comunicación social, al ejercicio

de labores intelectuales, tales como las de Director, Subdirector, Editor y Asistente de estos, siempre que ejerzan funciones periodísticas y no exclusivamente administrativas, técnicas o de locución ".

El Decreto ley 146 de 1976, " Por el cual reorganiza la Presidencia de la República ", establece, en su artículo 9°, las funciones del Secretario de Información y Prensa así :

a. Obtener y redactar informaciones de carácter oficial que deban difundirse, y suministrarlas por igual a los medios de comunicación.

b. Dirigir los servicios de información de la radiodifusora nacional.

c. Coordinar las transmisiones que hagan los funcionarios por medio del Instituto Nacional de Radio y Televisión.

d. Mantener informadas a las representaciones diplomáticas y consulares de la República sobre los principales acontecimientos colombianos.

e. Asistir a los concejos, juntas y, en general a las reuniones de carácter oficial que determine el Presidente de la República.

f. Publicar boletines, folletos, revistas y demás impresos.

g. Realizar programas por radio o televisión.

h. Producir, adquirir y difundir películas y, en general, emplear cualquier medio de comunicación, con sujeción a las normas pertinentes.

i. Adelantar, conjuntamente con otras entidades públicas, campañas de divulgación o información, y

j. Ejecutar, en los asuntos propios de su cargo, las instrucciones del Presidente de la República.

Además de las funciones Directivas que han sido transcritas, el Secretario de Información y Prensa es responsable del manejo y administración del Fondo Especial de la Secretaria, creado y organizado por los artículos 10 y 11 del citado Decreto 146 de 1976, cuyo funcionamiento se encuentra sujeto a las disposiciones presupuestales y de control fiscal aplicables a los fondos sin personería jurídica.

Es pertinente hacer notar que el Decreto 2759 de 1979, describe las funciones atribuídas al cargo de Secretario de la Presidencia de la República, en estos términos : " Asistencia al Presidente de la República en las actuaciones relacionadas con problemas económicos, fiscales, jurídicos y administrativos".

CONSULTA.

Con fundamento en las consideraciones que han sido expuestas, se plantea la siguiente consulta :

1. Del exámen de las funciones atribuídas al cargo de Secretario de Información y Prensa, ¿puede concluírse que comporta el ejercicio de actividades intelectuales referidas a la asesoría y a la dirección de las labores administrativas y periodísticas encomendadas a la Secretaria de Información y Prensa.

2. Sí conforme lo preceptúa el artículo 2° de la Ley 51 de 1975 y lo interpretó la Sección Primera del H. Consejo de Estado en la sentencia transcrita anteriormente, es legalmente válido considerar que dada la naturaleza de las arbitrariaciones y responsabilidades de que trata el número 1 de esta consulta, el cargo de Secretario de Información y Prensa no comparta el ejercicio profesional del periodismo ?

3. Si el cargo de Secretario de Información y Prensa del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República no comporta el ejercicio del peridismo en los términos definidos por la ley, ¿ es procedente, por consiguiente, designar en dicho cargo a una persona que no ostente el título de periodista ?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

La consulta formulada se reduce a establecer si conforme a las normas legales que regulan el ejercicio del periodismo en Colombia, el cargo de Secretario de Información y Prensa de la Presidencia de la República debe ser desempeñado por quien tenga la calidad de periodista o por el contrario no se requiere de tal calidad para su ejercicio.

Al respecto la Sala observa lo siguiente :

1. El decreto ley 146 de 1975, en su artículo 9° señala como funciones propias del Secretario de Información y prensa las siguientes :

a. Obtener y redactar información de carácter oficial que deban difundirse y suministrarlas por igual a los medios de comunicación;

b. Dirigir los servicios de información de la Radiodifusora Nacional;

c. Coordinar las transmisiones que hagan los funcionarios por medio del Instituto Nacional de Radio y Televisión;

d. Mantener informadas a las representaciones diplomáticas y consulares de la Repúblics sobre los principales acontecimientos Colombianos;

e. Asistir a los concejos, juntas y en general, a las reuniones de carácter oficial que determine el Presidente de la República;

f. Publicar boletines, folletos, revistas y demás impresos;

g. Realizar programas por radio o televisión;

h. Producir, adquirir y difundir películas y, en general, emplear cualquier medio de comunicación, con sujección a las normas pertinentes;

i. Adelantar conjuntamente conjuntamente con otras entidades públicas, campañas de divulgación o información, y

j. Ejecutar en los asuntos propios de su cargo, las instrucciones del Presidente de la República.

Por su parte la Ley 51 de 1975 en su artículo 2° define que son periodístas profesionales " las personas que previo el lleno de los requisitos que se fijan en la presente ley, se dedican en forma permanente a labores intelectuales referentes a: Redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, en cualquier medio de comunicación social ".

En concordancia con la anterior norma, el artículo 10 de la misma ley prescribe: " los medios de comunicación social del sector público, las agencias gubernamentales y corporaciones públicas de origen popular, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de economía mixta, cualquiera que sea su denominación que establezcan o tengan servicios informativos o de divulgación, solo podran emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodístico se refiere.

Parágrafo-. Será nulo todo nombramiento que se haga contraviniendo lo dispuesto anteriormente".

2. De las normas transcritas, especialmente las que regulan el ejercicio del periodismo, se tiene :

a. Es periodista profesional quien se dedica en forma permanente a las labores intelectuales de redacción noticiosa y conceptual o información gráfica, en cualquier medio de comunicación social.

b. Para adquirir la calidad de periodista profesional se deben reunir previamente uno de los requisitos señalados en el artículo 3° de la Ley 51 de 1975.

c. Las entidades de derecho público, los medios de comunicación social del sector público, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedadesde economía mixta que establezcan o tengan servicios informativos o de divulgación, solo pueden emplear a periodistas profesionales en lo que a servicio periodístico se refiere.

3. De la variada gama de funciones asignadas al Secretario de Información y Prensa de la Presidencia de la República, se deduce que estas implican la dedicación en forma permanente a las labores intelectuales de redacción noticiosa y conceptual

o de información gráfica. Así las cosas, si el artículo 10 de la Ley 51 de 1975 exige la calidad de periodista para quien en entidades de derecho público realice la actividad periodística en estricto sentido, entienda esta como la definida en el artículo 2° de la misma ley, obvio es concluir que el cargo de Secretario de Información y Prensa de la Presidencia de la República necesariamente debe ser desempeñado por periodista profesional.

La proyección de la función del referido cargo ante la opinión pública, por los diversos medios de comunicación, exige profesionalismo periodístico, que debe ser garantía de seriedad, responsabilidad y eficacia, y más tratándose de oficina y actuaciones de naturaleza oficial.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Jefe del Departamento Administrativo de la República.

Transcíbase en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

22 de Julio de 1991. Lavantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

SERVICIO SECCIONAL DE SALUD/ FONDO NACIONAL DE AHORRO

Los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de los departamentos, sus servidores son empleados o trabajadores oficiales departamentales y por tales razones, no son afiliados forzosos del Fondo Nacional de Ahorro.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., junio diez (10) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia : Consulta Radicación : N° 114.

En oficio N° 4549, el Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, formula a la Sala la consulta que se transcribe textualmente :

" Los decretos 1499 de 1966, 1470 de 1968 y 121 de 1976, han reglamentado los Servicios Seccionales de Salud, aunque sin definir precisamente su naturaleza jurídica. Estas normas han establecido que las relaciones entre el nivel central y el nivel regional del sistema, se regulan mediante kla celebración de contratos con arreglo a los cuales se crean las unidades técnicas y administrativas denominadas " Servicios Seccionales de Salud " .

Dentro del Sistema de conformidad con lo previsto en los artículos 1° y 2° del decreto 121 de 1976, el Ministerio de Salud es un organismo que forma parte de él y lo dirige a nivel nacional . Este carácter le confiere la atribución de dirigir unitariamente el Sistema estableciendo las políticas, los objetivos, las metas y normas generales que orienten los recurso y las acciones de todas las entidades adscritas y vinculadas al Sistema Nacional de Salud hacia una prestación integral de los Servicios de Salud.

Sobre la naturaleza jurídica de los Servicios Seccionales de Salud, el H. Consejo de Estado, por intermedio de la Sala de Consulta y Servicio Civil, se ha pronunciado específicamente en dos oportunidades.

a. El 9 de diciembre de 1974, con ponencia del doctor Luis Carlos Sáchica (radicación N° 941), se conceptúo que los Servicios Seccionales de Salud no son establecimientos públicos del orden nacional sino organismos de las respectivas administraciones territoriales.

b. El 26 de junio de 1980, con ponencia del doctor Jaime Paredes Tamayo (expediente N° 1393), se conceptúo en el mismo sentido indicando que los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de las diferentes entidades territoriales en que se divide el Estado.

No obstante lo anteior, el Fondo Nacional de Ahorro ha expuesto una nueva interpretación sobre la naturaleza jurídica de los Servicios Seccionales de Salud, según la cual se trata de unidades que gozan de cierto grado de autonomía administrativa y financiera, aunque carecen de personería jurídica, por lo cual es jurídicamente válido calificarlas como unidades administrativas especiales del orden nacional.

Estas dos interpretaciones originan dos consecuencias contrapuestas respecto de la afiliación forzosa al Fondo Nacional de Ahorro, ordenada por el artículo 3° del decreto 3118 de 1968, ante lo cual me permito plantear ante la Sala que usted preside los siguientes interrogantes :

1. Los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de los departamentos, sus servidores son empleados o trabajadores oficiales departamentales y, por tales razone, no son afiliados forzosos del Fondo Nacional de Ahorro?.

2. Por el contrario, los Servicios Seccionales de Salud, son Unidades Administrativas Especiales del orden nacional, por lo cual sus empleados y trabajadores son afiliados forzosos del Fondo Nacional de Ahorro ? ".

Considera la Sala :

El establecimiento de las bases indispensables para la integración de los servicios asistenciales entre entidades públicas está remitido por el Decreto 1499 de 1966 a la celebración de un convenio o contrato de los previstos en el Decreto extraordinario número 550 de 1960 sobre descentralización de los servicios públicos, y la prestación de los servicios integrados se coordina, en los términos del mismo contrato, señalandola a cargo de los Servicios Seccionale de Salud, bajo el control y vigilancia del Ministerio de Salud.

Por Decreto-ley 2470 de 1968 el nivel seccional de la organización básica del Sistema Nacional de Salud quedó constituído por los Servicios Seccionales de

Salud y sujeta la ejecución de su presupuesto a la vigilancia del respectivo Ministro (artículo 4° y 9° aparte d) .

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

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

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

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

Por el Decreto N° 356 de 1975 fueron adscritas al Sistema Nacional de Salud las entidades de derecho público que presten servicios de salud a la comunidad y sometidas sus actividades a las disposiciones que regulan los Subsistemas Nacionales de Inversión, Suministros, Planeación, Información, Personal y las demás que se implanten para el desarrollo del Sistema. (Decreto 526 de 1975, artículos 6°, 15, 20, 21 26 y 32).

La organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud establecidas por el Decreto N° 706 de 1974 remite su creación al contrato celebrado entre la Nación, Ministerio de Salud Pública y el respectivo Departamento, Intendencia ,Comisaría y Distrito Especial de Bogotá y las correspondientes Beneficencias y Loterías (artículo 2°) y subordina las cláusulas del contrato a las disposiciones legales vigentes y en especial a las contenidas en los Decretos 621, 654, 655 y 673 de 1974, sustituídos hoy por los Decretos 056 de 1975, 356 de 1975 y 121 de 1976.

Dicho origen excluye la posibilidad de considerar los Servicios Seccionales de Salud como organismo integrante de la Rama Ejecutiva, en cuanto unidad administrativa especial del orden nacional, pues, su organización y fines no corresponden a las señaladas por el artículo 1° del Decreto 1.050 de 1968 a

organismos de tal naturaleza ni al concepto doctrinario que los asimila, v.g. a dependencias nacidas de acuerdos con organismos internacionales, no sometidas al régimen administrativo ordinario por requerir gestión conjunta el manejo de sus recursos y de su personal. Por su parte el Decreto 121 de 1976, reorgánico del Ministerio de Salud Pública que forma parte del Sistema Nacional de Salud y es su organismo de dirección a nivel nacional, sólo contiene en su estructura, bajo la denominación de Unidad Administrativa Especial, la Dirección de Campañas Directas (artículos 20 y 35).

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

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

No son asimilables a dichas estructuras los Servicios Seccionales de Salud, porque su condición de dependencia técnica del Ministerio de Salud sólo implica un nivel seccional del funcionamiento de un sistema quer no afecta en manera alguna, sino se superpone al conjunto de organismos que integran la respectiva Secretaría o Departamento Administrativo y las entidades que le están adscritas o vinculadas en el sector administrativo correspondiente a la estructura de la administración departamental determinada por medio de ordenanza. Resultan ser, por lo tanto, servidores departamentales quienes prestan sus servicios en cargos permanentes de los organismos de dirección del Sistema Nacional de Salud, a nivel seccional, como son los Servicios Seccionales de Salud. Y la determinación de las plantas de personal, o sea la creación, supresión y fusión de cargos en la administración departamental, corresponde cumplirla a los gobernadores con sujeción estricta a las normas que expidan las asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de empleos (artículo 232 Decreto 1222 de 1986).

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

Sobre estas bases, síntesis del contenido constitucional y legal vigente sobre la materia y sin perjuicio de la organización administrativa propia de las entidades territoriales, puede tener aplicación el Estatuto de Personal para el Sistema Nacional de Salud Decreto N° 694 de 1975-. requerido por este en cuanto "régimen

de administración de personal uniforme, flexible y adaptable a las características propias de los organismos, instituciones, entidades y agencias. . . "que conforman el Sistema Nacional de Salud en sus diferentes niveles.

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

Dentro de este orden de ideas, los Servicios Seccionales de Salud hacen parte de la estructura administrativa de los Departamentos, sus servidores son empleados o trabajadores oficiales departamentales y por tales razones, no son afiliados forzosos del Fondo Nacional de Ahorro.

En los anteriores términos se absuelve la consulta de la referencia.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

TELECOM/ CONVENIO INTERNACIONAL/ REGIMEN CONTRACTUAL-Ambito

De las leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 no se infiere que Telecom tenga autorizaciones para celebrar convenios de carácter internacional para prestar uno de sus servicios conjuntamente con otras empresas extranjeras . Por consiguiente, para poderlos celebrar requiere autorización expresa y especial de la ley; pero ellos no pueden comprometer la soberanía, el prestigio y la reponsabilidad del país. De allí que, debidamente autorizados por la ley, esos convenios sólo se pueden celebrar en un ámbito restringido, estrictamente técnico y administrativo, que no comprometa al Estado Colombiano como objeto del derecho internacional; pues, en esta última hipótesis se requeriría un tratado internacional que constituye el presupuesto indispensable para el convenio o contrato administrativo internacional.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., junio ocho (8) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consulta. Radicación Nº 109.

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

" 1. La Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, es un establecimiento público del orden nacional, dotado por tanto de Personería Jurídica, creado y organizado de acuerdo con las Leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 así como por el Decreto Ley 1684 de 1947, cuyos estatutos fueron aprobados mediante el Decreto 1184 de 1969 fotocopia de los cuales adjunto. En desarrollo de las normas citadas y atendiendo el objeto señalado en los

estatutos podemos concluir que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM-, tiene a su cargo la prestación de los servicios públicos de comunicaciones telefónicas y telegráficas eléctricas y radioeléctricas, dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior. Puede también tomar a su cargo y prestar otros servicios de comunicaciones, cuando así lo acuerde el Gobierno, con entidades oficiales o particulares.

" Además, por expresa disposición del artículo 3°, letra a), y el artículo 5° de sus estatutos, a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones -TELECOM- corresponde, en desarrollo de sus funciones, " Ejercer en nombre del Estado el monopolio de las Telecomunicaciones, dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior, sin perjuicio de los derechos que sobre el particular tengan los departamentos o municipios ".

El monopolio de las telecomunicaciones fue instituído por la ley 110 de 1912 en desarrollo del artículo 31 de la Constitución Nacional; posteriormente los artículos 137 y 138 de la mencionada Ley 110 fueron aclarados mediante la Ley 198 de 1936 en cuyo artículo 1° se incorporó la definición legal del término telecomunicaciones.

" 2. El artículo 22 del Decreto-ley 3130 de 1968 dispone que, además de las funciones que señalen las leyes o los estatutos, los gerentes, directores o presidentes de las entidades descentralizadas deberán cumplir todas aquellas que se relacionen con su organización o funcionamiento y que no se hallen atribuídas a otra autoridad.

" A su turno el artículo 25 de los estatutos de TELECOM en la letra b) asigna al Presidente de la Empresa la función de celebrar los contratos y ejecutar los actos comprendidos dentro del objeto de la Empresa, de acuerdo, en cada caso, con las disposiciones legales y estatutarias vigentes. Esta norma resulta concordante con el artículo 31 de los mismos estatutos a cuyo tenor " La Empresa Nacional de Telecomunicaciones , dentro de las normas de los presentes Estatutos y en cumplimiento de sus fines, podrá realizar toda clase de actos y contratos . . . "

" 3. En la actualidad se encuentra para estudio y consideración de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- un proyecto consistente en tender un cable submarino Intercontinental de fibra óptica, cuyo propósito es el de establecer comunicaciones a través de este sistema y utilizando la tecnología propia del mismo, entre los países de Estados Unidos de Norteamérica, Barbados, República Dominicana, Jamaica, Haití, Trinidad y Tobago, y Colombia.

" El proyecto en mención requiere, para su realización, la celebración de un contrato en el que se definan y regulen todas las obligaciones y derechos que surgirían para cada una de las partes cubriendo por tanto los aspectos jurídicos, financieros, técnicos, operacionales, etc.

" Las partes que celebrarían el contrato en cuestión no serían las Naciones o los Estados a que hemos aludido sino las empresas que tienen a su cargo la prestación de los servicios de telecomunicaciones en cada uno de los países.

" A título de ejemplo menciono algunas de ellas; - Barbados : BARBADOS EXTERNAL TELECOMMUNICATIONS LIMITED; - República Dominicana: COMPAÑIA DOMINICANA DE TELEFONOS, C POR A. ; - Trinidad y Tobago: TRINIDAD AND TOBAGO EXTERNAL TELECOMUNICATIONS COMPANY LIMITED; - Estados Unidos de Norteamérica: AMERICAN TELEPHONE AND TELEGRAPH COMPANY " AT & T " ; y en el caso de Colombia, la parte que intervendría en la celebración del contrato proyectado sería, la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - TELECOM-.

" 4. Del contrato proyectado cuya celebración hemos mencionado no surgiría sociedad alguna y todas las relaciones existentes entre las partes, como ya quedó dicho, estarían reguladas por el acuerdo que finalmente celebren las mismas.

" Con base en lo anterior podemos concluír que el proyecto de contrato mencionado sería de aquellos atípicos o innominados. No obstante esta conclusión, remito fotocopia de la minuta para que esa Sala de Consulta y Servicio Civil cuente con todos los elementos de juicio que le permitan definir a qué tipo de contrato pertenecería dicho proyecto.

" 5. En concepto de agosto 14 de 1986 , radicación N° 043, esa Sala de Consulta y Servicio Civil señaló claramente que el Decreto-ley 222 de 1983 o Estatuto de Contratación Administrativa no regula íntegramente la materia contractual y por ende concluyó que " los requisitos que prescribe el Decreto Ley 222 de 1983 sólo se aplican a los contratos que regula expresamente ".

" Con base en todo lo anterior se pregunta :

" 1° Si del estudio de la minuta adjunta en fotocopia se puede concluír que el contrato proyectado corresponde a uno de los expresamente regulados por el Decreto Ley 222 de 1983 ? En caso afirmativo a qué tipo contratual?

" 2° Si la respuesta al punto anterior coincide con nuestra apreciación de que el contrato proyectado sería atípico o innominado cuales serían los requisitos y formalidades de orden legal exigidos para su perfeccionamiento ?

" 3° Si el contrato que se proyecta celebrar es atípico y su cuantía supera la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (250'000.000.oo), deberán cumplirse los requisitos señalados en el artículo 252 del Decreto Ley 222 de 1983 o stos sólamente se aplican a los contratos expresamente regulados por dicho Decreto Ley ?

" 4° Si el contrato a celebrar es atípico o innominado, obligatoriamente deben incluirse las cláusulas a que hace referencia el artículo 60 del Decreto 222 de 1983 o esta exigencia sólamente se predica de los expresamente regulados por dicho Estatuto?

" En este mismo orden de ideas preguntamos si, en tratándose de un contrato atípico son aplicables las disposiciones del artículo 7° del Decreto 222 de 1983, y las entidades extranjeras de carácter privado que participen en el contrato deben establecer sucursal con domicilio en el territorio nacional o acreditar un apoderado domiciliado en Colombia ?

" 5° Si algunos aspectos parcialmente considerados del proyecto de contrato en cuestión responden a uno de los tipos contractuales expresamente regulados por el Decreto Ley 222 de 1983, concretamente, si en los aspectos financieros es posible identificar, aún por asimilación (artículo 235), un contrato de empréstito, los requisitos y formalidades del Decreto Ley 222 de 1983 serían aplicables a la totalidad del vínculo contractual o sólamente cuando sean pertinentes se exigen los propios de este tipo específico ?

6° La Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- , a través de su Presidente y previa aprobación de la Junta Directiva, tendría capacidad y sería competente para celebrar el contrato a que hace referencia la presente consulta o necesariamente tendría que ser parte, en su celebración, la Nación Colombiana?

" 7° Respecto de la minuta de contrato de examen, si el vínculo se prefeccionara, cuáles serían la leyes y jurisdicción aplicables ? Podrían las partes contratantes disponer sobre el particular mediante estipulaciones contractuales?" .

La Sala considera :

1°) Según el artículo 80 del Decreto-ley 222 de 1983, este estatuto sólo regula los contratos " de obras públicas, de consultoria, de suministro, compraventa y permuta de muebles, compraventa y permuta de inmuebles, arrendamiento, prestación de servicios, donación, para recuperación de bienes ocultos, conseción de servicios públicos, de correos, acuñación de moneda metálicay de billetes, empréstito y seguros " . La misma disposición agrega, en el inciso 2° que " los demás contratos continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos ".

De acuerdo con el transcrito precepto, el Decreto-ley 222 de 1983. como sostuvo la Sala en concepto del 14 de agosto de 1986, contempla los contratos que el mismo señala y , para los demás de la Nación y de los establecimientos públicos nacionales, se remite a las disposiciones legales que especificamente los regulen.

2°) Lo expuesto signifa que el contrato que se trata de celebrar, para establecer comunicaciones por cable submarino entre varios países, no está contemplado por

el Decreto-ley 222 de 1983 y, por lo mismo, ninguna de sus disposiciones le sería aplicable.

3°) La Empresa Nacional de Telecomunicaciones es un establecimiento público de carácter nacional, con personería jurídica y patrimonio propio, que puede celebrar contratos para el cumplimiento de su finalidad que consiste, según el artículo 2° de sus estatutos, en " la prestación de los servicios públicos de comunicaciones telefónicas y telegráficas, eléctricas y radioeléctricas, dentro del territorio nacional y en conexión con el exterior " En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 7° de sus mismos estatutos, " con la previa autorización del gobierno, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones podrá participar en sociedades o compañías relacionadas con las actividades que le correspondan " que consiste en la prestación de los mencionados servicios en todo el territorio nacional en conexión con el exterior.

Estas facultades de la empresa se derivan de los artículos 3° de la ley 6ª de 1943 y 3° de la ley 83 de 1945, que facultaron al gobierno para organizarla con el objeto de unificar " la prestación de los servicios telefónicos, radiotelefónicos y radiotelegráficos ", en todo el territorio nacional. De manera que la empresa tiene por finalidad unificar y nacionalizar los mencionados servicios en todo el país, sin perjuicio de que los preste, como dispone el artículo 6° de la ley 83 de 1945, en conexión con los del exterior.

4°) Sinembargo, de las leyes 6ª de 1943 y 83 de 1945 no se infiere que la Empresa Nacional de Telecomunicaciones tenga autorizaciones para celebrar convenios de carácter internacional, como el que es objeto de la consulta, para prestar uno de sus servicios conjuntamente con otras empresas extranjeras. Por consiguiente, para poderlos celebrar requiere autorización expresa y especial de la ley; pero ellos no pueden comprometer la soberanía, el prestigio y la responsablidad del país . De ahí que, debidamente autorizados por la ley, esos convenios sólo se pueden celebrar en un ámbito restringido, estrictamente técnico y administrativo, que no comprometa al Estado Colombiano como objeto del derecho internacional; pues, en esa última hipótesis, se requeriría un tratado internacional que constituya el presupuesto indispensable para el convenio o contrato administrativo internacional.

5°) Puesto que el Decreto-ley 222 de 1983 no sería aplicable al contrato o convenio que se pretende celebrar, la ley que lo autorizaría a condición de que su objeto se refiera a aspectos exclusivamente técnicos y administrativos- debería prescribir el procedimiento para celebrarlo, las cláusulas obligatorias, los requisitos y exigencias que deberían cumplir las entidades extranjeras contratantes y la manera de dirimir las controversias que puedan surgir entre los contratantes.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministros de Comunicaciones y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala, *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro R. Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ SITUADO FISCAL/ IVA

Las transferencias que hace la Nación a los departamentos, por concepto del situado fiscal o de impuesto a las ventas se deben tener en cuenta como parte integrante del presupuesto del respectivo departamento para efectos de calcular el dos por ciento (2%) de gastos de la Contraloría Departamental. Elaborado el presupuesto departamental de conformidad con las fundamentaciones ya expresadas, por simple operación matemática podrá saberse la cuantía equivalente al tope que para gastos de las Contralorías departamentales establece el artículo 245 del Decreto-ley 1222 de 1986.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. , enero veintinueve (29) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia : Partidas anuales de presupuestos para gastos de las Contralorías Departamentales. (Art. 245 del Código de Régimen departamental). Rad. N° 089.

El Señor Ministro de Gobierno formula a la Sala la siguiente consulta:

FUNDAMENTOS DE LA CONSULTA

El artículo 245 del Código del Régimen Departamental preceptúa:

"Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, el dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos ".

De conformidad con el texto del artículo transcrito, las transferencias que hace la Nación a los Departamentos, por concepto del situado fiscal, o de impuesto

a las ventas (Ley 12 de 1986), denominado transferencias por el artículo 253 del Código de Régimen Municipal, se podrían tener en cuenta como parte integrante del presupuesto del respectivo departamento para efectos de calcular el 2% gastos para la Contraloría Departamental?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

1- El situado fiscal tuvo origen en el Acto Legislativo N° 1 de 1968, y corresponde a los incisos 2° y 3° del artículo 182 de la Codificación Constitucional, así como los artículos 185 a 192 del Decreto-Ley 1222 de 1986, Código de Régimen Departamental.

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la Ley, a iniciativa del Gobierno, determinará los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. teniendo en cuenta la naturaleza, importancia y costos de los mismos, y señalará el porcentaje de los ingresos ordinarios de la Nación que debe ser distribuído entre los Departamentos, Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, para la atención de sus servicios y los de sus respectivos municipios, conforme a los planes y programas que se establezcan. Es el llamado " Situado Fiscal Territorial ".

El treinta por ciento (30%) de esta asignación se distribuirá por partes iguales entros los Departamentos , Intendencias y Comisarías y el Distrito Especial de Bogotá, y el resto proporcionalmente a su población. Es llamado " Situado fiscal de Población " .

2- La Ley 46 de 1971 desarrolla parcialmente el artículo 182 de la Constitución sobre Situado Fiscal y dicha ley fué reglamentada por el Decreto 1064 de 1972. Esta legislación es la que hace la distinción de las varias clases de situado antes mencionadas. (Decreto-Ley 1222 de 1986, arts. 188 y 189).

La Ley dice que la totalidad del Situado fiscal se invertirá en los gastos de funcionamiento de la enseñanza primaria y en aquellos gastos de salud pública que no correspondan a campañas sanitarias nacionales, y que no hayan de ser dirigidos y administrados por la Nación. (Decreto-Ley 1222 de 1986 Art. 190). Tiene así el Situado Fiscal, por ley, una clara destinación a fines específicos.

3- En cuanto al Impuesto a las Ventas, creado por la Ley 33 de 1968 y modificado por leyes posteriores, preceptúa al artículo 2° de la Ley 12 de 1986, que a partir del 1° de Julio de la vigencia fiscal de 1986, la participación será asignada así :

"... d) Un porcentaje para los Departamentos, Intendencias y Comisarías con destino a las Cajas Seccionales de Previsión o para los presupuestos de éstos, cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales... ". (Decreto-Ley 1222 de 1986 Art. 246 letra d) . Aparece también así un ingreso presupuestal con destinación legal a un fin específico.

4- En relación con la consulta planteada interesa transcribir el artículo 245 del Decreto-Ley 1222 de 1986 (Ley 6ª de 1968, artículo 6° , inciso 1°):

"Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos".

5- De conformidad con el Decreto 2407 de 1981, por el cual se expiden normas sobre elaboración, presentación y ejecución de los presupuestos departamentales, el presupuesto es un acto administrativo mediante el cual el Gobierno departamental computa anticipadamente las rentas e ingresos y asigna partidas para gastos públicos dentro de un período fiscal.También versan sobre la materia los artículos 262, 263y 264 del decreto Ley 1333 de 1986, Codificación de Régimen Municipal.

En el decreto sobre presupuesto se consagran los principios de universalidad, equilibrio presupuestal, unidad de presupuesto, unidad de caja y exclusividad de la apropiación.

En cuanto a la unidad de presupuesto dice el artículo 8° :

" Habrá unidad de presupuesto. Las rentas con destinación especial para programas de desarrollo económico y social establecidas por la ley se aplicarán a dicho objeto, pero no serán materia de presupuesto ni de fondos separados como tampoco lo serán los recursos provenientesdel Crédito público, a los cuales se les llevará cuenta especial de contabilidad ".

Y el artículo 9° sobre unidad de caja preceptúa :

" Habrá unidad de caja. Con el producto de las rentas o ingresos se formará un acervo común, sobre el cual se girará para atender el el pago de los gastos autorizados en el presupuesto.

" Para las rentas con destinación especial se abrirán cuentas especiales en la contabilidad, pero no serán objeto de presupuesto ni de fondos especiales separados.

" Con fondos especiales provenientes de la Nación o de otras entidades de derecho público, cuando por norma legal deban ser manejados a traves del presupuesto del departamento, se incorporarán a éste y se registrarán contablemente como fondos especiales oficiales y se abrirá cuenta bancaria especial con el fin de controlar su funcionamiento ya que no podrán tener otra destinación ".

6- Así pues las partidas relativas al situado fiscal para los departamentos, y el porcentaje para los mismos del impuesto a las ventas, hacen parte del presupuesto general del departamento, no tienen presupuesto separado, y sólo para efectos del control de cumplimiento de su destinación específica se les dá el tratamiento de abrirse cuentas especiales de contabilidad. El presupuesto, como cálculo de

ingresos y egresos, y de conformidad con el artículo 245 del decreto- ley 1222 de 1986, no hace distinciones ni exclusiones, por lo que resulta ademas aplicable el principio general de interpretación de que donde la ley distingue no le es permitido al intérprete hacerlo.

7- EN CONCLUSION, las transferencias que hace la Nación a los departamentos, por concepto del Situado Fiscal o de Impuestos a las Ventas se deben tener en cuenta como parte integrante del presupuesto del respectivo Departamento para efectos de calcular el dos por ciento (2%) de gastos de la Contraloría Departamental. Elaborado el presupuesto departamental de conformidad con las fundamentaciones ya expresadas, por simple operación matemática podrá saberse la cuantía equivalente al tope que para los gastos de las Contralorías Departamentales establece el artículo 245 del decreto-ley 1222 de 1986.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el Señor Ministro de Gobierno.

Transcríbase en copia auténtica.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Gonzálo Suárez Castañeda, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

FONDO DE INMUEBLES NACIONALES/ CAJA DE PREVISION SOCIAL/ CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE/ SUPERINTENDENCIA BANCARIA

Como las partidas presupuestales fueron asignadas a la Caja de Previsión Social de la Superbancaria, entidad con personería jurídica, el contrato de compraventa que se trata de celebrar con el BCH, para adquirir la sede, debe ser suscrito, como así sucedió con la promesa de contrato, por el vendedor y por el Fondo de Inmuebles Nacionales y la Caja de Previsión Social de la Superbancaria. El precio del contrato debe pagarse, como también se ha estipulado en la promesa de contrato, con el valor de las partidas especiales asignadas a la citada Caja de Previsión y destinadas a adquirir la sede de la entidad.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. , julio ocho (8) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consulta. Radicación N° 122.

Se absuelve la consulta que los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras y Transporte hacen a la Sala en los siguientes términos textuales :

" Con fundamento en los artículos 141 de la Constitución Política y 98 numeral 2 del Código Contencioso Administrativo, atentamente nos permitimos formular a esa Honorable Corporación la consulta que se expone más adelante, para cuya absolución consideramos pertinentes las siguientes consideraciones :

" 1. La Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria es una entidad de seguridad social, adscrita a la Superintendencia Bancaria, que se rige por

las normas de los establecimientos públicos del orden nacional (Decreto 2657 de 1976); su objetivo fundamental es atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que está obligada legalmente.

" 2. El Fondo de Inmuebles Nacionales se creó a través de la Ley 47 de 1971 como un establecimiento encargado de " construir y adquirir los inmuebles que requiera la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento ", objeto que fué corroborado en el Decreto 369 de 1972, por el cual, se reglamentó la mencionada Ley 47 de 1971.

" 3. El Decreto 1980 del 19 de julio de 1985, la Ley 110 del 13 de diciembre de 1985 y la Ley 47 del 23 de septiembre de 1986, han asignado a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria recursos del Presupuesto Nacional para la " adquisición o construcción de la sede de la Superintendencia Bancaria ".

" 4. El Fondo de Inmuebles Nacionales y la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, actuando como promitentes compradores, y el Banco Central Hipotecario, en calidad de promitente vendedor, celebraron un contrato de promesa de compraventa, por el cual éste se compromete a transferir a los promitentes compradores el derecho de dominio y la posesión real y material sobre un inmueble destinado al uso de la Superintendencia Bancaria.

" 5. Se ha previsto en la referida promesa que el precio total del inmueble sea cubierto con los recursos asignados a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria en las normas presupuestales. De esta forma, el Fondo de Inmuebles Nacionales no haría erogación alguna para adquirir el inmueble objeto del contrato de promesa.

" 6. Las circunstancias anotadas han planteado diferencias sobre la interpretación de las normas presupuestales citadas en el numeral 3° de este escrito, y, por ende, sobre el comportamiento contractual que están llamados a asumir el Fondo de Inmuebles Nacionales y la Caja de Previsión Social, de la Superintendencia Bancaria, tomando en consideración que se está en presencia del manejo de sumas asignanadas del presupuesto Nacional.

" 7. Para algunos, las normas presupuestales varias veces referidas, al asignar específicamente a la Caja de Previsión Social de la Superintencia Bancaria las partidas necesarias para la " adquisición o construcción de la sede de la Superintendencia Bancaria ", tienen alcance de llamarla directamente a cumplir este propósito, estableciendo así una excepción de carácter legal a la regla general prevista en la Ley 47 de 1971. En estas condiciones se afirma que la capacidad legal de la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria fue adicionada para este caso concreto - por normas de igual jerarquía a la Ley 47 de 1971-, en tanto que se facultó para adquirirel inmueble destinado al uso de la Superintendencia Bancaria.

Manifiesta, además que debe tenerse en cuenta que la voluntad legislativa ha sido enfática y reiterada en la destinación específica de los recursos a la Caja de Previsión Social.

" 8. Para otros, las disposiciones presupuestales tienen un carácter instrumental que les impide establecer modificaciones a las normas sustanciales (por ejemplo las que indican la capacidad de contratación de la Caja de Previsión o el Fondo de Inmuebles Nacionales), lo cual los lleva a concluir que las disposiciones legales que le asignan específicamente recursos a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, solo pueden producir efectos bajo el entendido que ella quedaría habilitada para efectuar la erogación de tales recursos, destinados a la adquisición de la sede de la Superintendencia, la que ha de ser cumplida por el Fondo de Inmuebles Nacionales.

" Teniendo en cuenta lo anterior se consulta :

" Cuál debe ser el comportamiento que el contrato de comprobante del inmueble destinado a ser sede de la Superintendencia Bancaria deben asumir la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y el Fondo de Inmuebles Nacionales , para cumplir cabalmente con las disposiciones que gobiernan su funcionamiento y con las normas presupuestales?" .

La Sala considera :

1°) El Art. 1° de la ley 47 de 1971, que creó el Fondo de Inmuebles Nacionales, le atribuye, el literal b), entre otras, las siguientes facultades:

" Construir y adquirir los inmuebles que requieran la Presidencia de la República, el Congreso Nacional, los Ministerios, los Departamentos Administrativos y las Superintendencias para su normal funcionamiento ". El parágrafo dispone que " los inmuebles nacionales destinados a la defensa, los planteles educativos, las cárceles, los hospitales y aquellos cuya adquisión y administración corresponda al Fondo Rotatorio del Ministerio de Relaciones Exteriores, se exceptúa de las disposiciones " de la ley.

Por consiguientes los inmuebles destinados a las superintendencias deben ser adquiridos por el Fondo de Inmuebles Nacionales, como todos los que adquiera la Nación, con las excepciones taxativas indicadas.

2°) Las leyes y decretos por los cuales se expidan los presupuestos de rentas y gastos de la Nación son actos condiciones que permiten percibir los ingresos y hacer los gastos, previamente decretados, durante la correspondiente vigencia fiscal. Por consiguiente, esos actos no pueden modificar la legislación vigente sino, con fundamento en ella, exclusivamente prescribir los ingresos y gastos decretados por la ley.

Esto significa que el Decreto 1980 de 1985 y las leyes 110 de 1985 y 47 de 1986, por las cuales se expidieron los presupuestos de rentas y gastos de la Nación

para las correspondientes vigencias fiscales, no modificaron la ley 47 de 1971 que atribuye privativamente al Fondo de Inmuebles Nacionales adquirir los inmuebles que necesiten, entre otras dependencias, las superintendencias de la Administración Nacional.

3°) Si los presupuestos de gastos de la Nación, correspondientes a las vigencias fiscales de 1985 y 1986, asignaron partidas a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, con el objeto de adquirir o construir la sede de esta entidad, ello significa que esas sumas tienen la indicada destinación especial : adquirir o construir la sede de la Superintendencia Bancaria.

4°) Los presupuestos de gastos de la Nación, a que se ha hecho referencia, directamente debieron destinar esas partidas para la adquisición o construcción de la referida sede; en este caso, el contrato de compraventa, a que se alude en el contexto de la consulta, exclusivamente lo habría celebrado el Fondo de Inmuebles Nacionales, de conformidad con el Art. 1°, literal b_), de la ley 47 de 1971.

Pero, como esas partidas fueron asignadas a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria, entidad con personería jurídica, el contrato de compraventa que se trata de celebrar con el Banco Central Hipotecario, para adquirir la mencionada sede, debe ser suscrito, como así sucedió con la promesa de contrato, por el vendedor y por el Fondo de Inmuebles Nacionales y la Caja de previsión Social de la Superintendencia Bancaria. El precio del contrato debe pagarse, como también se ha estipulado en la promesa de contrato, con el valor de las partidas especiales asignadas a la Caja de Previsión Social de la Superintendencia Bancaria y destinadas a adquirir la sede de esta entidad.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Obras Públicas y Transporte y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro R. , Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

JUNTA MONETARIA/ RESERVA DOCUMENTAL/ PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

La Junta Monetaria es una dependencia oficial con funciones de dirección e intervención en el proceso económico nacional. Es parte integrante del Ministerio de Hacienda. Como organismo de la rama ejecutiva del poder público debe observar las disposiciones relativas al derecho de petición. El principio de publicidad de los actos hechos de la administración, salvo excepción constitucional o legal expresa, es aplicable a la Junta Monetaria. La ley reconoce y garantiza como un derecho general o civico de todas las personas y además dispone que las excepciones tienen que provenir de la Constitución o de la ley; de ahí que los actos que denieguen la expedición de copias o certificaciones deban ser motivados y pueden reclamarse o debatirse ante el correspondiente tribunal administrativo.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., febrero once (11) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consulta. Radicación N° 090.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público hace a la Sala en los siguientes términos textuales.

" Con fundamento en lo previsto en el artículo 141 de la Constitución Política, de manera atenta me permito consulta a esa Corporación sobre la aplicación de ciertas normas a la Junta Monetaria con ocasión del ejercicio de algunas de sus funciones, de acuerdo con las siguientes consideraciones :

1a. La ley 21 de 1963 creó la Junta Monetaria como un organismo encargado de " estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y crediticias que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República ", así como de " ejercer las demás funciones complementarias que se le adscriben por el Gobierno Nacional, y en el futuro por mandato de la ley ".

2ª El artículo 3° del decreto extraordinario 80 de 1976 dispuso que la Junta Monetaria sería uno de los organismos asesores, de coordinación y desición de asuntos especiales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

No obstante, el artículo 26 del mismo decreto dispone que " la composición y funciones de la Junta Monetaria continuarán rigiendose por las disposiciones legales y reglamentarias vigentes ".

" 3ª De conformidad con el concepto emitido por la Procuraduría General de la Nación, contenido en oficio V.P 1218 del 27 de agosto de 1986, cuya copia acompaño, la disposición mencionada en la consideración anterior no desnaturalizó " la delegación congresal del poder público monetario, ni la rectoría de la política monetaria y crediticia, y menos alterado su autonomía funcional y material (que no orgánica) para el cumplimiento de misión tan delicada e importante en la economía del país. . . "

"4° De acuerdo con el mismo concepto, a la Junta Monetaria " no le ubicó ni se puede ubicar en ninguna de las categorías de los organismos que integran la rama ejecutiva del poder público o de las entidades descentralizadas ".

" 5° Con base en las consideraciones contenidas en los dos numerales anteriores y en que la ley 58 de 1982 solo es aplicable a los organismos de la rama ejecutiva del poder público y a las entidades descentralizadas del orden nacional, la Procuraduría concluyó que la Junta Monetaria " no está habilitada legalmente para expedir reglamentación sobre el ejercicio del derecho constitucional de petición ".

" 6° De otra parte, la ley 57 de 1985, que ordenó la publicidad de los actos y documentos oficiales, modificó el Código Contencioso Administrativo en lo pertinente y determinó en su artículo 12 que " toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expidan copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan caracter reservado conforme a la Constitución o a la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional ".

Así mismo, en su artículo 14 efectuó una enumeración taxativa de las oficinas públicas a que se refiere el artículo 12, determinando que éstas son " Procuraduría General de la Nación, Contraloría General de la República, Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias y Unidades Administrativas Especiales, Gobernaciones, Intendencias y Comisarías, Alcaldías y Secretarías de estos despachos, así como las demás dependencias administrativas que creen las Asambleas Departamentales, los Consejos Intendenciales y Comisariales y los Concejos Municipales, los establecimientos públicos, empresas Industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta en las cuales la participación oficial sea superior al 50% de su capital social y todas las demás respecto de las cuales la Contraloría General ejerce el control fiscal ".

" 7ª Dentro de las oficinas públicas taxativamente enumeradas en el artículo 14 de la ley 57 de 1985 no está comprendida la Junta Monetaria.

Con base en lo anterior, formulo a la honorable Sala las siguientes consultas:

" 1ª Es aplicable a la Junta Monetaria el Capítulo 11 de la ley 57 de 1985?

" 2ª En caso de no ser aplicable, la Junta Monetaria a cuál norma debe acogerse para atender el ejercicio ante ella del derecho de petición por parte de particulares en lo relacionado con el acceso y la obtención de copias de sus acta y documentos ? " .

La Sala considera :

1°) El artículo 5° de la ley 21 de 1963 creó la Junta Monetaria con las facultades de " estudiar y adoptar las medidas monetarias, cambiarias y de crédito que, conforme a las disposiciones vigentes, corresponden a la Junta Directiva del Banco de la República " y de ejercer las demás que le asigne la ley (literales a) y b). El artículo 3° del Decreto-Ley 2206 de 1963 determinó la estructura de la Junta Monetaria y precisó sus funciones; el Decreto 1734 de 1964 las incrementó y los artículos 23 y 24 de la ley 7ª de 1973 las adicionaron al atribuírle, " entre otras, la de " fijar, variar y reglamentar el encaje legal de los bancos, cajas de ahorro, corporaciones financieras y, en general, de todas las entidades que reciban depósitos a la vista o a término, establecer encajes diferenciales de acuerdo con las clases de activos que se se quiera fomentar o desalentar; señalar los sistemas de cómputo para liquidar los encajes y establecer y definir las infracciones a las normas sobre encaje, así como establecer las sanciones por el incumplimiento de las mismas "; regular los mecanismos de los redescuentos, ordenar la acuñación de moneda, determinar el porcentaje de crédito que considere conveniente para el desarrollo de la economía, determinar los presupuestos monetarios de conformidad con las necesidades del desarrollo del país y con los reglamentos que al efecto expida; conceptuar sobre los efectos monetarios de los empréstitos externos y sobre los contratos en moneda extranjera " que comprometan a la Nación directamente o como garante "; dar concepto sobre las operaciones de crédito interno para cuya obtención se solicita la autorización del Congreso y " fijar, mediante normas de carácter general, la relación porcentual que debe existir entre el capital pagado " de un banco y el total de sus obligaciones con el público.

Las mencionadas funciones de la Junta Monetaria tienen por objeto, como expuso la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 12 de junio de 1969, que declaró exequible los Arts. 5° letra b), de la ley 21 de 1963 y 6° , letras a) b) c), d) y f), del Decreto-Ley 2206 de 1963 (Decreto Colombiano, Jurisprudencia, Tomo I, N° 1, págs. 97 y 98), hacer que el Estado ejerza " su soberanía monetaria " que había deferido a las regulaciones del Banco de la República. Entendida como una modalidad de la intervención institucional del Estado, consiste esencialmente en que regule directamente, en sus diversas manifestaciones, la política monetaria del país. Si al Estado incumbe la dirección y control de todos los procesos de la

economía (Arts. 32 y 80 de la Constitución). mal podía quedar excluída la política monetaria que obviamente condiciona todo el conjunto macroeconómico nacional. La ley 21 de 1963, los decretos 2206 de 1963 y 1734 de 1964 y la ley 7ª de 1973 rescataron para el Estado el manejo exclusivo de la moneda mediante el establecimiento de la Junta Monetaria que desde su creación ejerce amplias atribuciones.

De manera que la Junta Monetaria es una dependencia oficial, con funciones de dirección e intervención en el proceso económico nacional.

2°) Los artículos 3°, número 11, y 26 del Decreto-ley 080 de 1976 disponen que la Junta Monetaria es uno de los " organismos asesores de coordinación y decisión de asuntos especiales " del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con la organización y las funciones que le dieron " las disposiciones legales y reglamentarias vigentes ". De donde se deduce que la Junta Monetaria es parte integrante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

3°) Lo expuesto significa que los artículos 45 de la Constitución y 1° de la ley 58 de 1982, relativos al derecho que tiene toda persona " de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de intéres particular, y de obtener pronta resolución " , son aplicables a la Junta Monetaria como organismo perteneciente a la administración nacional. De manera que por este motivo, por ser organismo perteneciente a la rama ejecutiva del poder público, la Junta Monetaria debe, conforme a lo prescrito por el artículo 1° de la ley 58 de 1982, " reglamentar la tramitación interna de las peticiones que le corresponda resolver y la manera de atender las quejas por el mal funcionamiento de los servicios a su cargo, señalando para ello plazos máximos según la categoría o calidad de los negocios " . Esos reglamentos, que no pueden comprender " los procedimientos especiales señalados por las leyes para el trámite de asuntos al cuidado de las entidades y organismos indicados ", deben someterse a la revisión y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, entidad que hasta puede " requerir el envío de los mismos y sancionar por el incumplimiento de los plazos que señale el decreto reglamentario " . La Junta Monetaria también debe observar, como organismo de la rama ejecutiva del poder público, las demás disposiciones de la ley 58 de 1982 relativas al ejercicio del derecho de petición.

4°) La ley 57 de 1985 versa sobre " la publicidad de los actos y documentos oficiales " y el decreto de toda persona " a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley. . ." Sin embargo la reserva legal cesa a los 30 años de expedido el documento, que así adquiere carácter histórico y público (Arts. 13 y 14 de la ley 57 de 1985).

El artículo 14 de la ley 57 de 1985 señala " las oficinas públicas para los efectos del ejercicio y reconocimiento del mencionado derecho; lo hace por vía general, no en forma taxativa, e incluye en ellas todas las pertenecientes a la administración nacional y local. La Junta Monetaria está comprendida en esta

disposición porque, como se expuso antes, es parte integrante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; además sus actos o decisiones tienen carácter oficial y, por lo mismo, según el artículo 12 de la ley 57 de 1985, toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposan en ella y a que se le expida copia de los mismos, si no tienen carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley. Lo propio cabe afirmar, de acuerdo con el artículo 24 de la ley 57 de 1985, de las solicitudes que le hagan los particulares para que les expida certificaciones sobre documentos que reposan en ella o sobre hechos de que tenga conocimiento : las certificaciones deben ser expedidas , a menos que exista prohibición constitucional o legal expresa.

Se trata, en conclusión, del principio de la publicidad de los actos y hechos de la administración, salvo expedición constitucional o legal expresa, que es aplicable a la Junta Monetaria como organismo perteneciente a la rama ejecutiva del poder público. La ley lo reconoce y garantiza como derecho-general o cívico de todas las personas y además dispone que las excepciones tienen que provenir de la Constitución o de la ley; de ahí que los actos que denieguen la expedición de las copias o certificaciones deban ser motivados y pueden reclamarse o debatirse ante el correspondiente tribunal administrativo.

En consecuencia la Sala responde la pregunta que hace el señor Ministro de Hacienda y Crédito 'Público en la siguiente forma : la ley 57 de 1985, en ella comprendido el capítulo II,es aplicable a la Junta Monetaria como organismo que es de la rama ejecutiva del poder público.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Hacienda y Crédito Público y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo; Jaime Paredes Tamayo, Gonzálo Suáréz Castañeda.*

Elizabeth Castro R. Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

IDEMA/ CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Régimen aplicable

Corresponde al Idema sujetar sus contratos de arrendamiento, en cuanto a determinación del respectivo cánon, a las disposiciones del Decreto 1376 de 1986 y las del Decreto-ley 222 de 1983, cuando proceda celebrarlos en desarrollo de sus objetivos y cumplimiento de las " funciones " que le asignan el artículo 7° de sus estatutos y el artículo 44 del Decreto-ley 153 de 1976.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E. , junio diez y siete (17) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia : Consulta . Radicación: N° 119.

En oficio N° 00411, el señor Ministro de Agricultura solicita a la Sala su concepto sobre la aplicabilidad del Decreto 1376 de 1986, en los siguientes términos :

"1) El Instituto de Mercadeo Agropecuario ' IDEMA", es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, creada por la Ley 5ª , de 1944 con el nombre de " Instituto Nacional de Abastecimiento, "INA " , y reestructurado por el Decreto 133 de 1976 con el nombre y el carácter que hoy ostenta, para desarrollar actividades de " . . . naturaleza Industrial o Comercial, conforme a las reglas del derecho privado salvo las excepciones que consagra la Ley y que reúne las siguientes características :

a- Personería Jurídica

b- Autonomía Administrativa

c- Capital independiente " que se genera en el cumplimiento de las funciones que le han sido encomendadas por Ley como son : ". . . la regulación de mercadeo

de productos de origen agropecuario mediante la compra, venta, almacenamiento, importación de los mismos ".

2) En desarrollo de su gestión, el IDEMA se ve precisado a tomar en arrendamiento inmuebles, unas veces para el funcionamiento de las Oficinas desde las cuales cumple su función administrativa y en otras para la atención de su actividad comercial vgr. locales para almacenamiento de despensas, puestos de compra, locales de expendios, etc.

3) Con fundamento en los antecedentes expuestos, se pregunta a la Sala si los contratos que celebre el IDEMA, para almacenamiento de productos, funcionamiento de despensas, puestos de compra y locales de expendio están sujetos a las disposiciones del Decreto 1376 de 1986 o si en tales casos por tratarse de locales comerciales se aplica el Código de Comercio para efectos de establecer el valor de los cánones ".

Consideraciones :

Si para realizar las operaciones financieras propias de su actividad comercial e industrial, al Instituto de Mercadeo Agropecuario -IDEMA- le corresponde celebrar los contratos de arrendamiento compatibles con tal objeto, incluídos los necesarios para el establecimiento de sus dependencias administrativas, los principios que gobiernan la formación de esos contratos, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, son los del derecho privado, a menos que la ley establezca otra cosa.

Concuerda el artículo 25 de los Estatutos de la Entidad en cuanto afirma que los contratos que celebre el IDEMA no están sujetos a las formalidades o requisitos que la ley exige para los de la Nación y sus cláusulas serán las usuales para los contratos entre particulares, salvo los de obras públicas y empréstito y los determinen normas legales especiales.

A estos contratos de obras y de empréstito les son aplicables las normas consagradas en el decreto 222 de 1983, como lo dispone su artículo 1°, cuando los celebren Empresas Industriales y Comerciales del Estado y la misma aplicación se prescribe respecto de las demás normas que expresamente se refieran a dichas entidades.

Cuando el artículo 156 del Decreto 222 se refiere a la forma de celebración del contrato de arrendamiento por parte de entidades públicas, sienta el principio de que para todos los efectos legales dicha celebración no constituye acto de comercio. Lo cual permite apreciarlo como acto de la administración de la respectiva entidad vinculada al cumplimiento de la función adscrita.

No hay duda, de la específica referencia las Empresas Industriales y Comerciales del Estado que para efectos del mismo contrato hace el Decreto N° 1376 de 1986, sujetándolas a sus disposiciones " en cuanto a la determinación del

precio del arrendamiento y en los demás aspectos, a las normas de contratación contenidas en el Decreto extraordinario 222 de 1983.

Las restricciones que en la determinación de dicho precio consagran los artículos 2° a 5° del Decreto en la cita, sólo dejan de aplicarse en los casos que prevé el artículo 6° , v.g. en los contratos de arrendamiento que celebren las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas al régimen de aquéllas, " cuando el inmueble se destine al desarrollo de actividades bancarias o financieras " (numeral 2).

No es simplemente el manejo y utilización que las Empresas deben cumplir en desarrollo de su actividad propia la razón del Decreto para excluírlas de las restricciones señaladas en el artículo 6° , sino el desarrollo de actividades bancarias o financieras que implique la celebración del contrato de arrendamiento. No resulta fundado, por tanto que el IDEMA, cuyas actividades no corresponden exclusivamente a la naturaleza de las excluídas venga a quedar al margen de la aplicación del Decreto 1376, pues en igual condición quedarían todas las empresas industriales y comerciales del Estado en cuanto el desarrollo de su actividad implica manejo y utilización de recursos.

Corresponde al IDEMA, en consecuencia, sujetar sus contratos de arrendamiento, en cuanto a determinación del respectivo cánon a las disposiciones del Decreto 1376 de 1986 y a las del Decreto-ley 222 de 1983, cuando proceda celebrarlo en desarrollo de sus objetivos y cumplimiento de las " funciones " que le asignan el artículo 7° de sus Estatutos y el artículo 44 del Decreto-ley 153 de 1976.

En los anteriores términos se absuelve la consulta del señor Ministro de Agricultura.

Envíese en copia auténtica.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

PERSONAL DOCENTE/ ESCALAFON DOCENTE

Sin un educador con título de pregrado en una especialidad - química o biología, por ejemplo- obtiene otro título de posgrado en la misma especialidad - el doctorado en química o biología,verbigracia-, tiene derecho a que se le reconozcan tres años de servicios para los efectos de su ascenso en el escalafón.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil. - Bogotá, D.E., marzo veinte (20) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consulta. Radicación N° 101.

Se decide la consulta que la señora Ministra de Educación hace a la Sala en los siguientes términos textuales :

" De conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, respetuosamente me permito solicitar su autorizado concepto en relación con las preguntas que en este escrito formularé.

" Para una mayor precisión en el asunto materia de la consulta, tengo a bien transcribir algunas normas del estatuto nacional docente (Decreto-ley 2277 de 1979) y de algunos decretos reglamentarios que se refieren a disposiciones sobre el Escalafón Nacional para el sector docente público y privado de los niveles diferentes a la educación superior, es decir de los correspondientes a la educación preescolar, básica primaria, básica secundaria, media vocacional e intermedia profesional.

" Para conceptuar sobre mejoramiento académicopor estudios superiores adelantados por los interesados en ascender en el escalafón se han presentado dificultades de interpretación de las siguientes normas.

" DECRETO- LEY 2277 DE 1979, ARTICULO 39.

" *Ascenso por estudios superiores.* Los educadores con título docente y los profesionales con título universitario diferente al de licenciado, que obtengan un título de post-grado en educación debidamente reconocido por el Gobierno Nacional, u otro título universitario de nivel profesional de una carrera que ofrezca un mejoramiento académico dentro de su área de especialización, se les reconocerá tres (3) años de servicio para efectos de ascenso en el escalafón. "

" DECRERO 259 DE 1981, ARTICULO 13o.

" *Tiempo de servicio por estudios superiores.* Los educadores con título docente y los profesionals con título diferente al de Licenciado, que obtengan un título de post-grado en educación u otro título universitario de nivel profesional debidamente reconocido por el Gobierno Nacional,en los términos establecidos en el Decreto Extraordinario 080 de 1980 y el reglamentario 3191 del mismo año, en una carrera que ofrezca un mejoramiento académico dentro del área de su especialización, se le reconocerían tres (3) años de servicios para efectos de ascenso en el escalafón ".

" PARAGRAFO .- (Modificado artículo 3° - del Decreto N° 897 de 1981) así : la Junta Seccional de Escalafón decidirá lo pertinente previo concepto del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior ICFES, expedido por solicitud del interesado, en el que dicho Instituto certifique la aprobación del programa y que la carrera de que se trata representa el mejoramiento a que hace referencia el Artículo 39 del Decreto 2277 de 1979. El concepto del ICFES no causa honorarios y debe expedirse dentro de los sesenta (60) días siguientes a su solicitud."

" Se pregunta : si a un Educador que tiene un título de pregrado en Educación (por ejemplo Licenciado en Biología o Licenciado en Biología- Química) y obtiene un título de post-grado que no sea de Educación, pero sí en rama afin a la de su especialidad (por ejemplo Especialista en Biología o Magister en Química o doctor en Biología) que signifique un mejoramiento académico para su desempeño en esa área, este título se le debe reconocer para los efectos legales de que trata el artículo 39 del Decreto 2277 de 1979 ?"

La Sala considera :

1°) Según el Art. 39 del Decreto-ley 2277 de 1979, antes transcrito, los educadores con título docente que obtengan otro de nivel profesional que implique " mejoramiento académico " en la correspondiente especialidad, tienen derecho a que se les reconozca " tres (3) años de servicio para efectos de ascenso en escalafón". Esta disposición claramente comprende, además de los títulos de especialización de caracter docente, los que se obtengan en carreras diferentes, siempre que aumenten o mejoren las calidades académicas del docente.

2°) En el caso que es objeto de la consulta, si un educador con título de pregrado en una especialidad -Química o Biología, por ejemplo - obtiene otro título de post-grado en la misma especialidad - el doctorado en Química o Biología, Verbigracia-, tiene derecho a que se le reconozca tres (3) años de servicio para los efectos de su ascenso en el escalafón, de conformidad con el Art. 39 del Decreto-ley 2277 de 1979.

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

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo, Gonzálo Suárez Castañeda.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

SALARIO/ APORTES PARAFISCALES

Para efectos de la liquidación de los aportes al régimen de subsidio familiar; SENA, ESAP, Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, dicho concepto emana del Decreto-ley1042 de 1978, que regula la relación laboral de derecho público, con base en el cual ésta se establece, y cuyo sentido o alcance transcienden los términos del artículo 42 en cuanto inequívocamente fija los elementos o factores que integran el salario de todo empleado público.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., mayo veinte (20) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia : Consulta. Radicación : N° 110.

La Jefe de Departamento Nacional de Planeación envía a la Sala la consulta que se transcribe a continuación textualmente:

" De conformidad con lo previsto en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo y por intermedio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, me permito solicitarles absolver la consulta jurídica de carácter general sobre el entendimiento de los artículos 7° ,8°, 9° y 17° de la ley 21 de 1982, que explico y preciso a continuación :

1. Los artículos 7°, 8° y 9°, obligan en general a todas las entidades públicas (Nación, entidades territoriales y entidades descentralizadas de todos los órdenes) a pagar el subsidio familiar y a hacer aporte al SENA y a la ESAP, en las proporciones que las normas señalan.

2. Aún cuando la distribución para efectuar ese pago y hacer esos aportes varía según la naturaleza de la entidad, el monto total de ellas es equivalente a una suma igual al 6% del monto de sus respectivas nóminas (artículo 9°).

3. Para esos efectos la propia ley definió en su artículo 17°, que debía entenderse por nómina mensual " La totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la ley laboral, cualquiera que sea la denominación y además, los verificados por descansos remunerados de ley y convencionales o contractuales".

4. Como respecto de las entidades públicas a que se refiere la ley no existe una noción única de cuáles son los elementos integrantes del salario, sino que a propósito de distintas prestaciones se mencionan los factores de salario que deben tenerse en cuenta para su liquidación (para vacaciones los señalados en el artículo 17° del Decreto 1045 de 1978, para prima de navidad en el artículo 33° para cesantía y pensiones en el artículo 45°, y para otras prestaciones en el artículo 46°), es indispensable precisar si el concepto o noción del artículo 17°, arriba mencionado puede referirse a los factores de salario fijados para una prestación en particular, o a los fijados para otras prestaciones en el artículo 46°, dado que el subsidio familiar es efectivamente otra prestación, o si como factores de salario han de considerar todos los mencionados en las diferentes normas del Decreto 1045 de 1978, que en el fondo serían los de la numeración del artículo 45° , que es la más amplia e incluye los tenidos en cuenta para otras prestaciones.

En síntesis, solicitó a esa Honorable Corporación, esclarecer que debe entenderse por elementos integrantes del salario tratándose de los servidores de las entidades pública, para los fines de los pagos y aportes ordenados por la Ley 21 de 1982 ".

CONSIDERACIONES :

Sin perjuicio de los régimenes o sistemas especiales a que el Decreto ley 156 de 1987, se refiere en su artículo 17, de las asignaciones señaladas en el Decreto 195 del año en curso, la relación laboral de derecho público está regulada por el sistema de remuneración establecido en el Decreto 1042 de 1978 para las distintas categorías de empleos de los organismos de la Rama Ejecutiva del Poder Público, en sus niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional técnico, administrativo y operativo. A dicho sistema corresponden las escalas de remuneración establecidas por el Decreto-ley 156 de 1987, a partir del 1° de Enero, y a cada empleo comprendido en la planta de personal del organismo una asignación mensual básica según la denominación y grado o número de orden que indique la escala del nivel respectivo.

Dicha asignación está determinada por las funciones y responsabilidadesdel empleo, como por los conocimientos y experiencias requeridos para su ejercicio.

Ningún empleado podrá tener remuneración que no corresponda a la señalada en las escalas salariales de los diferentes niveles.

La prohibición de percibir sueldo diferente de aquel que corresponda al cargo la establece el artículo 31 Ibídem, en cuanto expresa que los empleados públicos sólo podrán precibir por concepto de sueldo la asignación básica mensual que corresponda al cargo que desempeñan y los factores de salario contemplados en el artículo 42. Constituyen salario, según este artículo, todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el empledo como restribución por sus servicios, además de la asignación básica fijada por la ley, del valor del trabajo suplementario u horas extras y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, regulados por los artículos 34 a 40.

" Son factores de salario :

a) Los incrementos por antigüedad a que se refieren los artículos 49 y 97 de este decreto.

b) Los gastos de representación. (artículo 43).

c) La prima técnica (artículo 52 a 57).

d) El auxilio de transporte (artículo 50).

e) El auxilio de alimentación (artículo 51).

f) Prima de servicio (artículos 58 a 66).

g) La bonificación por servicios prestados (artículos 45 a 48).

h) Los viáticos percibidos por los funcionarios en comisión (artículos 61 a 68).

" Constituye salario en especie, según el artículo 41, la alimentación, el vestido o el alojamiento que la administración suministre al funcionario como parte de la restribucón ordinaria del servicio. Cuando, además de la asiganción básica fijada por la ley, el funcionario reciba salario en especie, éste se valorará expresamente en el acto administrativo de nombramiento.

La valoración del salario en especie no podrá exceder el diez por ciento de la cuantía de sueldo básico " .

Si para todo efecto salarial son las normas del decreto-ley 1042 de 1978 la fuente constitutiva del concepto de salario o remuneración de los empleados públicos de los organismos de la Rama Ejecutiva, ninguna razón lleva a buscar dicha fuente en reglas aplicables al reconocimiento y pago de prestaciones sociales de los mismos empleados, contenidas en el Decreto-ley 1045 de 1978.

Si es de la esencia del salario, su carácter retributivo y oneroso, que corresponde a la prestación de un servicio, y no a contraprestación gratuita, este principio es patente en el caso del empleado público, cuando su asignación mensual y gastos de representación están determinados por sus funciones y responsabilidades y el derecho a precibirlos puntualmente es correlativo del deber de cumplirlas sin interrupción o interferencia por actividades ajenas a su ejercicio, durante la jornada de trabajo, involucran el mismo principio de retribución los incrementos por antigüedad, en la asignación básica de todo empleado público; el reconocimiento de su jornada nocturna o mixta de trabajo con un recargo de treinta y cinco por ciento sobre el valor de tal asignación, del veinticinco por ciento el del trabajo suplementario diurno y del setenta y cinco, si es nocturno; la compensación del trabajo ocasional u ordinario realizado en días de descanso obligatorio con un día de descanso remunerado o con una retribución en dinero igual al doble de la remuneración correspondiente a un día ordinario de trabajo; la bonificación por servicios prestados equivalente al cincuenta o al treinta y cinco por ciento del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación causada cada vez que el empleado cumpla un año de servicio, los auxilios de transporte y alimentación vinculados a asignación básica mensual no superior a $ 65.880.oo; la prima técnica con el límite de cuantía en el cincuenta por ciento de la remuneración básica mensual de quien va a percibirla y la vinculación de su disfrute a la permanencia en el mismo cargo; la prima de servicio causada por haberlo prestado durante un año completo o por lo menos un semestre y, por último, los viáticos fijados según la remuneración mensual del funcionario que deba viajar en comisión hasta por las cantidades señaladas en el artículo 10 del Decreto 156 de 1987.

Estos factores aquí relacionados son los que, en el ámbito exclusivo y autónomo de la relación laboral de derecho público regida por el Decreto-ley 1042 de 1978, integran la noción del salario y es válido por tanto remitir a los términos de este decreto-ley la interpretación de las normas que modifican el régimen del subsidio familiar cuando establecen como base del aporte de los empleadores obligados a pagarlo, la nómina mensual de salarios.

Si para efectos, pues de la liquidación de los aportes al régimen del subsidio familiar; Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA); Escuela Superior de Administración Pública (ESAP); Escuelas Industriales e Institutos Técnicos, el artículo 17 de la Ley 21 de 1982 entiende por nómina mensual de salarios la totalidad de los pagos hechos por concepto de los diferentes elementos integrantes del salario en los términos de la Ley laboral, dicho concepto emana del Decreto-Ley 1042 de 1978, que regula la relación laboral de derecho público, con base en el cual ésta se establece, y cuyo sentido o alcance transcienden los términos del artículo 42 en cuanto inequívocamente fija los elementos o factores que integran el salario de todo empleado público.

En los anteriores términos la Sala absuelve la consulta de la Jefe del Departamento Nacional de Planeación.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

22 de Julio de 1991. Levantada la reserva mediante auto de la fecha dictado por la Presidencia de la Sala.

CONTRATO DE EMPRESTITO EXTERNO (Salvamento de voto)

Es evidente que las facultades dadas al Gobierno por las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986 tiene por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad con el artículo 76, ordinal 4° de la C.N./86 reiterado por el artículo 150, numeral 3° de la actual Carta fundamental. En consecuencia, por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social, el gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las citadas leyes. Por consiguiente, estimo que la Sala debió declarar que el contrato es contrario a la Constitución y a las leyes.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé Bogotá, D.C., julio veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia : Contrato de Empréstito Externo celebrado entre la República de Colombia (Garante), la Financiera Energética Nacional S.A.-FEN- y Carbones de Colombia S.A. CARBOCOL (Prestatarios). El Ministerio de Hacienda y crédito Público (Agentes de Crédito.), y un grupo de agenciados por el Chemikal Bank (Líder de los Bancos Prestamistas). Radicación N° 578.

Procede la Sala a revisar la legalidad del citado contrato con fundamento en las siguientes normas legales :

1. Ley 55 de 1985 artículo 59 " En desarrollo de lo previsto en el inciso 1° del artículo 239 del decreto extraordinario 222 de 1983, el Gobierno podrá someter a revisión de legalidad por el Consejo de Estado los contratos de empréstito externo de la Nación, de las Entidades Territoriales y Descentralizadas. . . "

El dictamen del Consejo de Estado que declare válidamente celebrado el contrato, no será susceptible de controversia jurisdiccional ".

2. El estatuto Contractual de la Nación y sus Entidades Descentralizadas. Decreto-ley 222 de 1983, Capítulo XVII, artículos 221 a 242, en donde se regula lo relativo a los contratos de empréstito.

3. Decreto 2875 de 1983, artículo 1°, reglamentario parcialmente del Capítulo XVII Título VIII del Decreto-ley 222 de 1983.

4. Ley 7ª de 1986 artículo 28. "La facultad del artículo 59 de la ley 55 de 1985 se extenderá a los contratos que la Nación garantice y a las garantías respectivas ".

OBJETO DEL CONTRATO

El contrato tiene por objeto el establecimiento de un mencanismo de crédito integrado para financiar una parte del programa de inversión de la República de Colombia para el período comprendido entre 1991 y 1994, discriminado así ;

La REPUBLICA DE COLOMBIA (Garante) Destinará el monto total del préstamo que es por la suma de OCHOCIENTOS MILLONES DE DOLARES (US$ 800'000.000), o su equivalente en otras monedas, a la financiación requerida para atender infraestructura física, recursos humanos, agrícultura, ciencia, tenología y otros programas prioritarios del Gobierno Nacional (Sección 3, Folio 29).

FINANCIERA ENERGETICA NACIONAL S.A. -FEN- : Esta entidad pública destinará el valor total del préstamo por la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DOLARES (US$350'000.000), o su equivalente en otras monedas, para proveer financiación para el desarrollo y ajuste del sector energético, incluyendo la constitución de redes de transmisión, distribución y capitalización de acciones en empresas de servicio público.

CARBONES DE COLOMBIA S.A. - CARBOCOL- : El valor total del préstamo en esta entidad es de CUATROCIENTOS VEINTICINCO MILLONES DE DOLARES (US$ 425'000.000), o su equivalente en otras monedas, serán destinados a suministrar financiación suplementaria para cubrir la inversión y los costos financieros de CARBOCOL, para el proyecto carbonífero de cerrejón norte ubicado en la Guajira (Sección 5, Folio 30).

DE LAS PARTES CONTRACTUALES

1. CHEMICAL BANK DE NUEVA YORK (Agente Prestamista). Corporación debidamente organizada y existente como organización bancaria bajo las leyes del Estado de Nueva York. Acreditó sus existencia mediante certificación expedida por el Superintendente Delegado de Bancos del Estado.de Nueva York (Folio N° 152) y la calidad de representante autorizado para celebrar este contrato de empréstito, mediante la certificación expedida por el Director Administrativo de Chemical Bank (Folios 162- 169). Así mismo mediante certificación del Secretario General de la Superintendencia Bancaria Colombia,na, se acreditó la existencia de la oficina de representación en Colombia del Chemical Bank de Nueva York, y de

su representante para Colombia del citado banco (folio 149) . El Chemical en virtud del presente contrato actúa solamente como agente de los prestamistas, sin asumir ninguna obligación o relación de agencia o fideicomiso con cualquier prestatario, el garante o el agente del crédito.

2. LA REPUBLICA DE COLOMBIA (Garante). La nación colombiana se reconstituye en forma de de República Unitaria (Artículo 1° Constitución Nacional). Obra en calidad de GARANTE de los préstamos otorgados a CARBOCOL y la FEN, como persona jurídica posee plena facultad y poder para asimilar la deuda y demás obligaciones emanadas de dicho contrato (Sección 8 Folios 43 y 44), conforme a la ley 153 de 1887 artículo 80,.

3. CARBONES DE COLOMBIA S.A. -CARBOCOL- (Prestatario).-Sociedad Anónima de Economía Mixta, del orden nacional vinculada al Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen legal previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Autorizada por Decreto 558 de 1976 (marzo 24) y constituída como sociedad por Escritura Pública número 6350 del 16 de noviembre de 1976 de la notaría 7a. del Circulo de Bogotá . Siendo su objeto social la exploración, explotación, transformación, transportación y comercialización interna o en el mercado internacional de toda clase de carbones de los yacimientos que existan en el país (Sección 10).

4. LA FINANCIERA ELECTRICA NACIONAL S.A. -FEN- (Prestatario). Entidad financiera del Estado del orden nacional, constituída como sociedad de capital público por acciones, vinculada al Ministerio de Minas y Energía y sometida al régimen legal previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado. Con personería jurídica separada y existencia legal prevista según Escritura Pública N° 2949 del 6 de agosto de 1982 de la Notaría 18 de Bogotá. Creada por Ley 11 de 1982 (enero 20) y los Decretos 1471 de 1982 (mayo 27) reglamentario de la Ley 11 de 1982 y por el cual se dictan normas concernientes a la catación y colocación de recursos de la sociedad inspección y vigilancia, además el Decreto 3574 de 1983. La FEN, se encuentra plenamente autorizada para contraer la deuda, obligarse, celebrary entregar el precitado contrato, cumpliendo y observando los términos y condiciones estipulados en él (Sección 9, Folio 57).

5. EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO DE COLOMBIA : (Agente de Crédito). Quien se conducirá única y exclusivamente como Agente de los Prestatarios y no asumirá, ni se considerará que haya asumido ninguna obligación o relación de agenda o fideicomiso con el Prestamista o Agente. Los actos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en su calidad de Agente del Crédito se entenderá únicamente en su calidad de Agente de los Prestatarios y no crearán ni implicarán responsabilidad alguna del agente de crédito con los prestamistas respecto a algún pago u otras obligaciones de los prestatarios previstos en este contrato de préstamo (sección 2.03, folio 14).

VALOR Y FORMA DE PAGO

El monto del préstamo es la suma de UN MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES DE DOLARES (US$ 1'575.000.00), discriminados para cada uno de los prestatarios en el aparte " Del objeto del Contrato de esta providencia.

Cada prestamista acuerda por el presente contrato, individual y no solidariamente, prestar por intermedio de su oficina prestamista a los diversos prestatarios hasta el valor total de su compromiso. Los préstamos constituyen obligaciones individuales, de manera que cada prestatario responderá del principal y los intereses de sus préstamos pero, salvo la REPUBLICA DE COLOMBIA en su calidad de GARANTE en virtud de este contrato, no responderá por los préstamos de ningún otro prestatario (Sección 2.01).

Todos los anticipos de los préstamos, se harán al Agente del crédito y devengarán intereses desde el momento en que los fondos se pongan a disposición del Agente del Crédito (Sección 2(c)).

Desembolsos globales.- Con sujeción a los términos y condiciones de este contraro de préstamo, incluyendo igualmente las contenidas en la sección 12, los prestatarios o cualquiera de ellos, obrando por intermedio del Agente del Crédito, podrán dar notificaciones de desembolso, para solicitar máximo (2) desembolsos (para todos los prestatarios) para cada período de desembolso. Cada desembolso excepto el final será por un múltiplo entero de US$1.000.000 (Sección 2.04).

Escogencia de la Tasa Base.- Cada prestamista tendrá derecho de seleccionar la tasa LIBOR o la TASA DOMESTICA como la TASA BASE aplicable total más no parcialmente a sus préstamos a todos los prestatarios según lo estipulado en el presente contrato, y con sujeción a las restricciones sobre disponibilidad de LIBOR o de TASA DOMESTICA para ciertas monedas según suplemento VII (Sección 1.17, 2.05, suplemento VII).

Intereses.- Cada prestatario acuerda pagar el Agente por intermedio del Agente del Crédito, para la cuenta de cada prestamista, los intereses causados sobre el préstamo de ese prestamista proporcionado a ese prestatario, esto en cada fecha de pago según lo pactado en el contrato conforme a la Tasa Base aplicable a ese préstamo en cada período de intereses. Igualmente se pactó lo relativo a intereses de mora, (Sección 2.08), reembolso de los préstamos(Sección 2.09), prepago opcional y obligatorio de los préstamos (Sección 2.10, 2.11), préstamos en moneda alterna, (Sección 2.12), anticipos y pagos (Sección 2.13).

PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION

En la solemnización del contrato se cumplieron los siguientes requisitos:

1. CARBONES DE COLOMBIA S.A.

a) En reunión del 5 de diciembre de 1990, Acta N° 274, la Junta Directiva de Carbocol, dió su consentimiento para la contratación de un empréstito externo hasta

por la suma de Cuatrocientos cincuenta millones de dólares (US$ 450.000.000) o su equivalente en otras monedas, con el Chemical Bank, autorizando igualmente la celebración de contratos y firmas de documentos requeridos con el Agente de los Prestatarios (Fol. 81).

b) Resolución N° 0047 del 14 de febrero de 1991 por la cual el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, autoriza a CARBOCOL para gestionar la contratación de un empréstito externo hasta por US$450.000.000 o su equivalente en otra moneda.

2. FINANCIERA ELECTRICA NACIONAL S.A.

a) Autorización de la Junta Directiva de esta entidad, Acta N° 125 del 22 de noviembre de 1990, para la realización de la gestión, negocio y suscripción del crédito integrado 1991-1994, dentro del cual responden a la FEN US$ 350'000.000 millones (Fl.82).

b) Resolución del Ministerio de Hacienda y Crédito Público número 00426 del 14 de febrero de 1991, mediante la cual se concede autorización a la FEN para gestionar la contratación de un empréstito externo hasta por la suma de US$350.000.000 millones o su equivalente en otras monedas, con un plazo mínimo para su total amortización contando a partir de la fecha de la firma del contrato de préstamo de (12 1/2) años, con un interés anual máximo sobre deudores de (1%) por encima de Libor, y/o tasas domésticas y demás gastos y comisiones propios de esta clase de operaciones (folio 84).

3. Concepto favorable sobre la contratación del crédito externo integrado, emitido por la Comisión Interparlamentaria de Crédito Público (Decreto-Ley 222 de 1983 art. 255 ord. 3) (Folio 92).

4. El Departamento Nacional de Planeación, emitió concepto favorable en relación a la operación de crédito externo con la Banca Comercial Extranjera, gestionada por la FEN y CARBOCOL (Folio 80).

5. La Junta Monetaria en sesión del 20 de marzo de 1991 emitió concepto en relación a los efectos monetarios hasta el equivalente en moneda local US$1.000.000 millones de dólares.

6. Concepto favorable proferido por el Consejo Nacional de Política Económica y Social CONPES en sesión del 6 de julio de 1990, sobre esta operación de crédito externo (Folios 57 a 59 y 60 a 73).

LEY Y JURISDICCION APLICABLE

El Decreto-ley 222 de 1983, artículo 239 preceptúa : " En todo caso, la celebración de los contratos de empréstito se someterán a la ley colombiana y a la

jurisdicción de los jueces y tribunales colombianos . Los contratos celebrados en el exterior que deban ejecutarse en el país, se regirán por la ley colombiana.

La ejecución de los contratos de empréstito que deba verificarse en el exterior, podrá someterse, en cuanto a la ley y jurisdicción, a lo que en ellos se pacte ".

En concordancia con el artículo 239 del Decreto-ley 222 de 1983, el Decreto 2875 de 1983 en su artículo 2°, la ejecución de los contratos de empréstito se verifica en aquel país donde deban satisfacerse las obligaciones esenciales de las partes, esto es, la entrega de recursos por el prestamista y el pago debido por el prestatario. Siendo suficiente) que cualquiera de las obligaciones mencionadas, se ejecuten en el exterior. (Sección 15.07, 15.08).

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de octubre 30 de 1986, declaró exequible el artículo 239 del Decreto-ley 222 de 1983.

GARANTIA

El Garante, en consideracion a los compromisos contraídos por los prestamistas, garantiza incondicional e irrevocablemente, cómo primer obligado, y no solamente como fiador, el pago total y oportuno, cuando y como venzan, y en las respectivas monedas estipuladas, los intereses, comisiones, indemnizaciones, y demás montos pagaderos por cada uno de los organismos gubernamentales prestatarios po concepto de sus respectivos préstamos (Sección 11.01).

La presente es una garantía de pago, irrevocable y continúa, que conservará plenos efectos hasta cuando se pague la totalidad de lo adeudado, incluidas entre otras cosas, las indemnizaciones exigiblesaún después de reembolsados los préstamos (Sección 11.02).

APROPIACIONES PRESUPUESTALES

El Garante está plenamente facultado para suministrar o proveer lo necesario en el presupuesto nacional, efectuado las operaciones presupuestales requeridas para el pago oportuno y total de los montos que deberá pagar, Ley 7ª de 1986 (Sección 11.04 (j) 11.05 (d)).

CESION

Este contrato de préstamo obliga a los prestatarios, el Garante, el agente del crédito, el agente y los prestamistas y sus sucesores y cesionarios respectivos, quienes podrán exigir su cumplimiento forzoso, con la salvedad de que ningún prestatario ni el Garante tendrán derecho a ceder o transferir sus derechos y obligaciones. Cada uno de los prestatarios dan su autorización para que todo prestamista venda, ceda, endose o transfiera derivados del contrato de préstamo, a cualquier institución financiera (Artículo 8° Decreto-ley 22 de1983) (Sección 15.04 (a)).

OTROS DOCUMENTOS

Igualmente se anexaron al Expediente :

Formato de la Carta del Agente de proceso en New York (Apéndice J), Formato de la carta del Agente de proceso en Londres (Apéndice K). Formato del informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Formato a la República de Colombia (Apéndice L.). Formato de solicitud de consentimiento (Apéndice N), Formato de Notificación de Cesión Acuerdo de compromiso (Apéndice), formato del concepto del abogado especial en New York, para los prestamistas (apéndice H.).

Por lo expuesto en esta providencia la SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL DEL CONSEJ0 DE ESTADO DECLARA AJUSTADO A LA LEY el contrato de empréstito externo celebrado entre la República de Colombia, Carbones de Colombia S.A. -CARBOCOL-, la Financiera Energética Nacional S.A. -FEN- y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con un grupo de Bancos Agenciados por el Chemical Bank por la suma de US$1.575.000.000 millones de dólares o su equivalente en otras monedas con el objeto de establecer un mencanismo de préstamo integrado el cual atenderá parte de la financiación de los programas prioritarios de la República de Colombia.

Publíquese en el Diario Oficial (Artículo 232, Decreto-ley 222 de 1983).

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia : Contrato de empréstito externo, celebrado entre la República de Colombia y la Financiera Energética Nacional S.A. -FEN- y Carbones de Colombia S.A. -CARBOCOL-. Radicación N° 578.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos :

Como he expuesto en ocasiones similares, los artículos 1° de la Ley 63 de 1983 y 5° de la Ley 7ª de 1986 facultan al gobierno para celebrar contratos de empréstito en el exterior a fin de " financiar planes y programas de desarrollo económico y social ". Además, el artículo 1° de la Ley 51 de 1990 amplió estas facultades y autorizó al Gobierno para garantizar, en representación de la Nación, operaciones de crédito externo de otras entidades públicas. Los artículos 76, ordinal 4°, y 80 de la Constitución de 1886 prescribían que " los planes y programas de desarrollo

económico a que deba someterse la economía nacional, y los de las obras que han de emprenderse o continuarse " deben ser expedidos por medio de la ley o, en su defecto, en la hipótesis exclusiva de que el Congreso no resuelva, dentro los términos especiales prescritos al efecto por la Constitución, mediante decreto del Gobierno con fuerza legislativa. La misma Constitución exigió que la ley del plan comprenda " la determinación de los recursos e intversiones que se autoricen para su ejecución y de las medidas necesarias para impulsar "su cumplimiento. Los artículos 150, número 3° y 341 de la actual Constitución reiteran esas previsiones constitucionales.

De manera que es evidente que las facultades dadas al gobierno por las mencionadas leyes tienen por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad en los artículos 76, ordinal 4°, de la Constitución de 1886, reiterado por el artículo 150, número 3° de la actual Carta Fundamental.

En consecuencia, *por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social,* el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986. Por consiguiente, *estimo que la Sala debió declarar que el contrato es contrario a la Constitución y a las leyes.*

Fecha *ut supra*

Humberto Mora Osejo.

CONTRATO DE EMPRESTITO EXTERNO (Salvamento de voto)

Es evidente que las facultades dadas al gobierno por las leyes 63 de 1983 y 7 de 1986 tienen por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad con los arts. 76 ord. 4 de la CN/86 reiterado por el art. 150 num 3 de la actual Carta fundamental. En consecuencia, por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social, el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las citadas leyes. Por consiguiente , estimo que la Sala debió declarar que el contrato es contrario a la Constitución y a las leyes.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta. y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón.

Referencia : Contrato de emisión de títulos de deuda externa, celebrado entre la República de Colombia, el Chemical Bank de Londres y Entidades Financieras de Crédito. Radicación número : 579

La Sala procede a revisar el contrato denominado por las partes de suscripción que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 235, literal e) del decreto ley 222 de 1983, se asimila al de empréstito y está sometido al régimen previsto para esta clase de contratos. Intervienen en la celebración del mismo, de una parte, la República de Colombia, representada por los doctores César Gaviria Trujillo, en su calidad de Presidente, Rudolf Hommes Rodríguez, como Ministro de Hacienda y Crédito Público, Virgilio Barco Vargas, en su carácter de Embajador de Colombia ante el Reino Unido de la Gran Bretaña; de otra parte, el Chemiscal Bank , sucursal Londres, representado por el señor David G. Taylor, en su calidad de Gerente Director y Jefe Regional en el Reino Unido y en Europa y 39 Instituciones Financieras nacionales y extranjeras que actúan como compradoras de títulos de deuda pública externa emitidos por Colombia.

El objeto del contrato consiste en la obligación de las instituciones financieras de comprar títulos de deuda pública externa, denominados en el contrato " Colombian Bearer Instruments"-CBI's-, (Instrumentos Colombianos al Portador), emitidos por la República de Colombia, con la intervención fiscal y pagadora de Chemical Bank Londres. Los fondos provenientes de esta operación de crédito se destinarán a financiar " planes y programas prioritarios del Gobierno Nacional".

La existencia y representación de las Entidades Financieras de Crédito.

El Chemical Bank, sucursal de Londres, acreditósu existencia y representación mediante el certificado expedido por el Consulado General de Colombia en Londres (fl. 321 anexo B).

Las demás instituciones financieras de crédito aparecen relacionadas en el contrato original como instituciones compradoras de los títulos de deuda externa.

Formalidades legales, previas a la celebración del contrato.-

El Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES-, conceptuó favorablemente sobre la emisiónde títulos de deuda pública externa, según consta en los documentos de los folios 254 a 270 del anexo B.

De otra parte, la Comisión interparlamentaria de Crédito Público, también conceptúo favorablemente sobre la emisión de los mencionados títulos, con el objeto de obtener recursos para financiar planes y programas prioritarios del Gobierno Nacional (fl. 271 anexo B).

Para el efecto se dictó el decreto 1144 del 30 de abril de 1991 que autorizó la emisión de títulos de deuda pública externa de la República de Colombia por un valor hasta de doscientos millones de dólares (US$200.000.000.oo) y determinó las condiciones financieras de colocación (fls.275 a 280 anexo B).

Fundamentos legales de la contratación.-

El contrato materia de revisión tiene fundamento en las leyes 78 de 1989, 51de 1990 y las disposiciones del Capítulo XVII del decreto ley 222 de 1983.

Finalmente se acreditó que el Consejo de Ministros, en sesión del 24 abril del corriente año, aprobó, previo concepto de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, la solicitud de excepción del cumplimiento de las normas establecidas en el artículo 233 del decreto ley 222 de 1983, para las cláusulas 10.01 y 10.04 del contrato.

Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, declara AJUSTADO A LA LEY el contrato revisado.

Cópiese y devuélvase el expediente a la oficina de origen para los efectos del artículo 232 del decreto ley 222 de 1983.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia : Contrato de títulos de deuda externa, celebrado entre la República de Colombia y el Chemical Bank de Londres y Entidades financieras de Crédito. Radicación N° 579.

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos :

Como he expuesto en ocasiones similares, los artículos 1° de la Ley 63 de 1983 y 5° de la Ley 7ª de 1986 facultan al gobierno para celebrar contratos de empréstito en el exterior a fin de " financiar planes y programas de desarrollo económico y social " Además, el artículo 1° de la Ley 51 de 1990 amplió estas facultades y autorizó al Gobierno para garantizar, en representación de la Nación, operaciones de crédito externo de otras entidades públicas. Los artículos 76 ordinal 4°, y 80 de la Constitución de 1886 prescribían que "los planes y programas de desarrollo económico y social a que deba someterse la economía nacional, y los de las obras públicas que han de emprenderse o continuarse" deben ser expedidos por medio de la ley o, en su defecto, en la hipótesis exclusiva de que el Congreso no resuelva, dentro de los términos especiales prescritos al efecto por la Constitución, mediante decreto del Gobierno con fuerza legislativa. La misma Constitución exigía que la ley del plan comprenda " la determinación de los recursos e inversiones que se autoricen para su ejecutoria y de las medidas necesarias para impulsar " su cumplimiento. Los artículos 150, número 3° y 341 de la actual Constitución reiteran esa previsiones constitucionales.

De manera que es evidente que las facultades dadas al gobierno por las mencionadas leyes tienen por objeto ejecutar planes y programas de desarrollo económico y social expedidos de conformidad con los artículos 76, ordinal 4°, de la Constitución de 1886, reiterado por el artículo 150, número 3°, de la actual Carta Fundamental.

En consecuencia, *por falta de ley que prescriba el plan de desarrollo económico y social,* el Gobierno no podía ejercer las facultades que le dieron las Leyes 63 de 1983 y 7ª de 1986. Por consiguiente, *estimo que la Sala debió declarar que el contrato es contrario a la Constitución y a las leyes.*

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.



BIEN INMUEBLE/ POSESION/ CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE/ VENTA DE COSA AJENA

En la actualidad y para las entidades de derecho público, la legislación no consagra la celebración de contratos de venta de cosa ajena, como sería el caso de un bien poseído por determinado tiempo sin título traslaticio de dominio. Con todo el artículo 150 de la actual Constitución sirve también de fundamento para que el Congreso por medio de ley, autorice al gobierno para celebrar contratos de venta de inmuebles sobre los cuales la Nación sólo ejerza posesión por carecer del respectivo título de propiedad. El Gobierno directamente o por medio de sus delegatarios no puede vender a nombre de la Nación los derechos emanados de la posesión que ostenta sobre bienes inmuebles, ya sean urbanos o rurales porque carece de autorización expresa y especial de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, julio dieciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Con oficio Nº 21914 del 24 de julio de 1991 fué autorizada la publicación.

Consejero ponente : *Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta de si el Gobierno Nacional tiene facultad para vender los derechos emanados de la posesión sobre bienes inmuebles. Radicación número 392.

El señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, formula a la Sala la siguiente consulta :

¿El Gobierno Nacional directamente o por medio de sus delegatarios puede vender a nombre de la Nación los derechos emanados de la posesión que ostenta sobre bienes inmuebles que figuren o no con propietarios inscritos en

la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos correspondientes, ya sean urbanos o rurales?

Previamente el señor Ministro hizo las siguientes consideraciones :

1. Es verdad que en los términos del artículo 1866 del C.C. se pueden vender todas las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, pero en tratándose de la Administración Nacional consideramos que existen limitantes frente a los artículos 20 y 63 de la Constitución Política, que no le permitirían actualmente al Gobierno Nacional enajenar o vender posesión de la Nación sobre bienes inmuebles. Se trata de esas situaciones de hecho que pueden generar un derecho en favor de la Nación en razón de actuar como señora y dueña sobr inmuebles que han llegado a la Administración por causas diversas y los posee por períodos casi siempre superiores a veinte años.

2. Conforme al artículo 76-11 de la Constitución Política corresponde al Congreso conceder autorizaciones al *Gobierno* para celebrar contratos, negociar empréstitos, *enajenar bienes nacionales* y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional.

3. La Nación -Ministerio de Obras Públicasy Transporte tiene posesión material de numerosos inmuebles en todo el territorio nacional por períodos generalmente superiores a 20 años y además ha ejecutado construcciones costosas en los mismos, sin contar naturalmente con títulos que acrediten la compra a su favor.

4. La ley 47 de 1971 creadora del Fondo de Inmuebles Nacionales en su artículo 4° autorizó al Gobierno para enajenar, conforme a los reglamentos correspondientes, los inmuebles de propiedad nacional que no sean necesarios para el serviciopúblico que tengan una superficie hasta de 20 hectáreas para predios rurales y 5.000 metros cuadrados para predios urbanos y para incorporar su producto al Fondo de Inmuebles Nacionales.

5. El decreto 565 de 1973 reglamentó el artículo 4° de la ley 47 de 1971 sobre la enajenación de inmuebles de propiedad de la Nación.

6. La ley 124 de 1985 en su artículo 1° autorizó al Gobierno Nacional para enajenar los inmuebles de propiedad de la Nación que no sean necesarios o adecuados para el servicio público. Y,

7. Tal como aparece en las anteriores consideraciones el Gobierno Nacional está autorizados para vender los bienes inmuebles de propiedad de la Nación, pero no los derechos emanados de la posesión que se tiene sobre los mismos.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

1. *Régimen de derecho privado.* En el derecho privado y para las relaciones entre particulares, la compraventa, que es un contrato en que una de las partes se obliga a dar una cosa y otra a pagarla en dinero, se regula por las disposiciones pertinentes del Código Civil (Libro 4° , Título XXIII).

Al hecho de tener una cosa con ánimo de señor y dueño, aquel Código denomina posesión . Y aunque el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo, cuando se escinden las calidades de propietario y de poseedor, este último puede adquirir el bien respectivo al haberlo poseído durante cierto lapso de tiempo, por el modo de la pescripción y conforme al procedimiento legal.

El interesado podrá entonces alegar sus derechos ante el juez civil competente para obtener la declaración de pertenencia, caso en el cual la sentencia que declare a prescripción hará las veces de escritura pública en relación con los bienes inmuebles o los derechos reales constituídos sobre ellos, debiendo procederse a su competente inscripción para que produzca plenos efectos frente a terceros.

Por lo demás, el Código Civil prevé que la venta de cosa ajena es válida (Artículo 1871) . Pero sin perjuicio de los derechos del dueño, por cuanto éste conserva la propiedad sobre cosa vendida. De ahí que la tradición de la misma, al no ser hecha por el tradente o por su representante -tal como lo exige el artículo 742 Ibídem - carezca de válidez.

2. *Régimen de derecho público.* El ordenamiento jurídico al cual debe sujetarse el Gobierno Nacional en materia de enajenación de bienes nacionales, es el establecido en las leyes 47 de 1971 y 124 de 1985.

La ley 124 de 1985 - que modificó el artículo 4° de la ley 47 de 1971 - sólo autoriza al Gobierno para *enajenar los de propiedad de la Nación* que no sean necesarios o adecuados para el servicio público. Esta ley de autorizaciones fue dictada por el Congreso en desarrollo del artículo 76, numeral 11, de la Constitución entonces vigente, que disponía :

> *Artículo 76-* Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas 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.

(La anterior disposición conserva su vigencia en la nueva Constitución promulgada el 7 de julio de 1991, según el siguiente texto :

> *Artículo 150.* Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones :

9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales. El Gobierno rendirá periódicamente informes informes al Congreso sobre el ejercicio de estas autorizaciones).

De manera que en la actualidad y para las entidades de derecho público, la legislación no consagra la celebración de contratos de venta de cosa ajena, como sería el caso de un bien poseído por determinado tiempo sin título traslaticio de dominio. Con todo, la referida norma constitucional sirve también de fundamento para que el Congreso, por medio de ley, autorice al Gobierno para *celebrar contratos* de venta de inmuebles sobre los cuales la Nación sólo ejerza posesión por carecer del respectivo título de propiedad.

Por lo demás, que el Gobierno está constituído, en cada negocio particular, por el Presidente de la República y el Ministerio del Departamento Administrativo correspondiente, cuando el Gobierno a nombre de la Nación pretenda enajenar un bien que ésta solamente posea, o hacer la cesión de la espectativa de pertenencia, sólo con autorización expresa de la ley el contrato podrá ser suscrito por el Presidenta de la República y el respectivo Ministro. En el supuesto de que el contrato fuese celebrado por el Gobierno sin autorización previa, pero por razones de " evidente necesidad nacional " , la Constitución prevé la obligación de someterlo para efectos de su validez jurídica a la posterior aprobación del Congreso (artículo 150, numeral 14, de la Constitución de 1991).

Con fundamento en las consideraciones anteriores, la Sala responde que el Gobierno directamente o por medio de sus delegatarios no puede vender a nombre de la Nación los derechos emanados de la posesión que ostenta sobre bienes inmuebles, ya sean urbanos o rurales, porque carece de autorización expresa y especial de la ley.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

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

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONCEJAL-Facultades/ **DIPUTADO**-Facultades/ **CONGRESISTA**-Inhabilidades

De conformidad con el numeral 8 del artículo 179 y con el art. transitorio 2° de la Constitución, y sin perjuicio de las demás inhabilidades e incompatibilidades previstas por la misma Constitución o la ley, los diputados y los concejales que ostentan dicha investidura, pueden aspirar a ser elegidos congresistas en las elecciones convocadas para el 27 de octubre de 1991, siempre que renuncien a su investidura, y haya sido aceptada la renuncia antes de la fecha de la correspondiente inscripción de candidaturas para congresistas.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Autorizada la publicación con oficio 818 del 29 de julio de 1991.

Consejero ponente : *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia : Radicación Número 395. Consulta formulada por el Ministro de Gobierno referente a la aplicación del numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política.

El Señor Ministro de Gobierno Doctor Humberto De La Calle Lombana, con fundamento en el artículo 98 del Código Contencioso Administrativo, formula la siguiente consulta que se transcribe textualmente :

"... El Ministro de Gobierno tiene el interés en conocer el criterio de esa H. Sala en relación con la interpretación de numeral 8° del artículo 179 de la Constitución Política de 1991, cuyo texto establece :

Artículo 179.- No podrán ser Congresistas :

1. . . . . .

8. Nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público, ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente. "

A su vez los artículos 48 y 91 de los Códigos del Régimen Departamental y Municipal, respectivamente preceptúan :

" Artículo 48.- Las incompatibilidades establecidas por la Constitución y las leyes para los Senadores, Representantes y Diputados tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo; en caso de renuncia, las incompatibilidades se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período (Artículo 112 de la Constitución Política) ".

" Artículo 91.- Las incompatibilidades que la ley establece para los Concejales principales y suplentes, rigen desde el momento de su elección, hasta el vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán por un año después de su aceptación, si faltare un lapso mayor para el vencimiento del período. Para los efectos previstos en este estatuto, se adquiere la calidad de Concejal desde el momento de la elección y se conserva hasta el vencimiento del período ".

Dentro de las disposiciones transitorias de la Constitución Política de 1991, se encuentra el artículo transitorio 2°, el cual refiriéndose a la elección de congresistas para el próximo 27 de octubre de 1991, establece :

" Artículo 2° Transitorio: No podrán ser candidatos en dicha elección los Delegatarios de la Asamblea Constituyente de pleno derecho ni los actuales Ministros del Despacho.

Tampoco podrán serlo los funcionarios de la Rama Ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de Junio de 1991".

Con fundamento en los artículos transcritos se consulta :

1. Si se parte de la base de que la prohibición del numeral 8°, artículo 179 de la Constitución Política rige para la elección de Congresistas del 27 de octubre de 1991, los diputados y concejales elegidos para el período 1990-1992, si renuncian a sus cargos podrían aspirar válidamente a dicha elección, no obstante que los artículos 48 y 91 ya citados preceptúan que las incompatibilidades de dichos servidores rigen en caso de renuncia hasta un año después de su aceptación, ni faltare un lapso mayor para el vencimiento del período ? O, se considera que la citada prohibición no constituye una incompatibilidad sino una inhabilidad y por lo tanto bastaría con la renuncia a sus curules en Asambleas y Concejos para poder ser elegidos Congresistas?

2. Si para la elección de Congresistas del próximo 27 de octubre, solamente rigen las prohibiciones del artículo 2° Transitorio de la Constitución, porque así lo dispone la norma en forma expresa, ya que no dice que además de las otras prohibiciones consagradas en la Constitución, se aplicarán las del citado artículo, los actuales consejales y diputados podrían aspirar a ser elegidos válidamente en atención a que ellos no se encuentran dentro de los funcionarios enumerados en el referido artículo ? "

La Sala considera y responde :

1. El artículo 179 de la Constitución establece el régimen de inhabilidades para ser elegido congresista, y por ello en el numeral 8°, prevé que " nadie podrá ser elegido para más de una corporación o cargo público ni para una corporación y un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente".

2. De otra parte, el artículo transitorio 2° de la Carta Política dispone que, no podrán ser candidatos en la elección de congresistas convocada por el 27 de octubre de 1991, los " delegatarios de la Asamblea Constituyente de pleno derecho ni los actuales Ministros del Despacho. " Y agrega la norma que " Tampoco podrán serlo los funcionarios de la Rama Ejecutiva que no hubieren renunciado a su cargo antes del 14 de junio de 1991 ".

3. En este orden de ideas se tiene que los diputados y concejales que fueron elegidos para el período 1990-1992, estarían incursos en la inhabilidad prevista en el numeral 8°, del artículo 179 de la Constitución, para ser elegidos congresistas, porque sus períodos coincidían parcialmente con el de éstos.

Sin embargo, como la Constitución no estableció los régimenes de inhabilidades e incompatibilidades de los diputados y concejales, *sino dicha atribución la defirió a la ley,* no existe, dentro del ordenamiento jurídico vigente *prohibición* para que los diputados y concejales *puedan renunciar* a sus cargos y una vez aceptadas las renuncias, aspiren a ser elegidos congresistas . (artículos 299 y 312).

4. Además, *no les es aplicable* a los miembros de las asambleas y concejos la disposición del citado artículo transitorio 2°, *porque élla obliga sólo a los funcionarios de la Rama Ejecutiva* a renunciar a sus cargos antes del 14 de junio de 1991, para poder ser candidatos a la elección decongresistas, convocada el 27 de octubre de 1991 y, como es bien sabido, los diputados y los concejales no son funcionarios de la Rama Ejecutiva; para éllos sólo basta que se les acepte su renuncia al cargo, *para que puedan inscribir* sus candidaturas de conformidad con la Constitución y la ley.

5. En relación con los interrogantes formulados por el señor Ministro de Gobierno, cabe examinar separadamente varios aspectos a saber :

a. El transcrito numeral 8°, del artículo 179 de la Constitución, *que establece una inhabilidad* para ser elegido congresista y a la vez miembro de otras

corporaciones, hace parte de *la normatividad permanente* de la Carta Constitucional que entró a regir el 7 de julio de 1991 y que por lo mismo *es de aplicación inmediata.* Hay una prohibición de elegibilidad concurrente como miembro de varias corporaciones *para el futuro,* a diferencia del orden jurídico anterior que permitía esa concurrencia.

b. El artículo transitorio 2°, de la Constitución que, como se vió, *regula unas inhabilidades* para ser candidato a congresista para las elecciones convocadas para el 27 de octubre de 1991,*obviamente tiene aplicación transitoria,* la cual debe hacerse *de manera armónica* con el artículo 179 de la misma Constitución. De esta forma, prevalece el plazo para el retiro del servicio de los empleados de la Rama Ejecutiva que, para este evento, se extendió hasta el 14 de junio de 1991, *dentro del cual no están incluídos los miembros de las asambleas ni de los concejos.*

c. Como se indicó, en el ordenamiento jurídico vigente *no existe impedimento* para que los diputados o concejales que fueron elegidos para el período 1990-1992, se retiren de sus cargos y puedan aspirar a ser elegidos congresistas, de suerte que, en este caso, no hay incompatibilidad que rija aún después de la renuncia y, por lo mismo, no son aplicables los artículos 48 y 91 de los Códigos de Régimen Departamental y Municipal,. Así las cosas, tal como se expresó, sólo es necesario que los diputados y concejales presenten renuncia de su investidura y ésta les sea aceptada para que ellos puedan ser candidatos a la elección de congresistas que se convocó para el 27 de octubre de 1991.

En conclusión la Sala considera que, de conformidad con el numeral 8°, del artículo 179 y con el artículo transitorio 2° de la Constitución, y sin perjuicio de las demás inhabilidades e incompatibilidades previstas por la misma Constitución o la ley, los diputados y los concejales que ostentan dicha investidura, *pueden aspirar a ser elegidos congresistas en las elecciones convocadas para* el 27 de octubre de 1991, *siempre que renuncien* a su investidura, y haya sido aceptada la renuncia *antes de la fecha de la correspondiente inscripción* de candidaturas para congresistas.

En los anteriores términos se contesta la consulta hecha por el Ministro de Gobierno.

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.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONGRESO/ FUNCION ADMINISTRATIVA/ COMISION DE LA MESA/ ORDENADOR DEL GASTO.

Las Mesas Directivas del Senado y Cámara de Representantes pueden continuar ordenando el gasto y ejerciendo funciones administrativas durante el período a que se refiere el artículo 3° transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, es decir, hasta la fecha de instalación del nuevo Congreso, prevista para el próximo 1° de diciembre.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Con oficio 819 de julio 29 de 1991, fué autorizada la publicación.

Consejero ponente : *Javier Henao Hidrón.*

Referencia : Consulta sobre la interpretación del artículo 3° transitorio de la nueva constitución Política de Colombia, relacionado con el receso del Congreso y sus Comisiones. Radicación número 396.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, formula a la Sala la Consulta que está concebida en los términos siguientes :

A solicitud del Presidente del H. Congreso, doctor Aurelio Iragorri Hormaza, someto a consideración de esa H. Sala la consulta sobre la función administrativa de las Mesas Directivas del Senado y Cámara en relación con el funcionamiento administrativo del Congreso.

De conformidad con el artículo 91 de la ley 38 de 1989 y el Decreto 870 de 1989, corresponde a las Mesas Directivas de Senado y Cámara ordenar el gasto con cargo a sus respectivos presupuestos.

La nueva Constitución Política establece en el artículo 3° transitorio que: " Mientras se instala, el 1° de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, el actual y sus Comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones , ni por iniciativa propia, ni por convocatoria del Presidente de la República".

Ante la necesecidad de ordenar los gastos que implican el pago de nóminas y prestaciones al personal de empleados del Congreso, así como el pago de obligaciones contractuales, y todos aquellos actos que implican erogación del gasto, lo mismo que los que se refieren a administración del personal, como aceptación de renuncias, provisión de los cargos, concesión de licencias etc. , se consulta a esa H. Sala, si la norma del artículo 3° transitorio de la actual Constitución se refiere solamente a las funciones legislativas de los Congresistas, y en ese caso, las Mesas Directivas de Senado y Cámara podrían continuar ordenando el gasto y ejerciendo las demás funciones administrativas que le asigna la ley y el reglamento, propias del funcionamiento administrativo del Congreso, durante el período a que se refiere el citado artículo 3°. transcrito?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

1. *La norma que es materia de estudio.*- La consulta versa sobre la disposición transitoria número 3 de la Constitución Política de Colombia promulgada el 7 de julio de 1991, cuyo texto, es el siguiente :

Mientras se instala, el 1° de diciembre de 1991 el nuevo Congreso, el actual y sus Comisiones entrarán en receso y no podrán ejercer ninguna de sus atribuciones ni por iniciativa propia ni por convocatoria del Presidente de la República.

2. *Origen de la disposición.*- Con motivo de la expedición de una nueva Constitución para Colombia - derogatoria de la de 1886 conjuntamente con todas sus reformas-, la Asamblea Nacional Constituyente resolvió disolver el Congreso que había sido elegido para un período de cuatro años el11 de marzo de 1990 y, como consecuencia,convocar a elecciones generales del Congreso de la República para el 27 de octubre de 1991. El nuevo Congreso se instalará el 1° de diciembre siguiente y sesionará ordinariamente así : del 1° al 20 de diciembre de 1991 y del 14 de enero al 26 de junio de 1992. A partir del 20 de julio de 1992 su régimen de sesiones será el prescrito en la Constitución, o sea que se reunirá en sesiones ordinarias, durante dos períodos por año, que constituirán una sola legislatura, el primero de los cuales comenzará el 20 de julio y terminará el 16 de diciembre, en tanto que el segundo comprende desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio.

La decisión mencionada estuvo precedida de un acuerdo político , en el que intervinieron el Presidente de la República, el director del partido liberal y, en su propio nombre, los tres presidentes de la Asamblea Nacional Constituyente.

3. *Las funciones del Congreso.*- Estima la Sala que las atribuciones del Congreso de la República pueden ser clasificadas de la manera siguiente :

3.1 *Constituyentes :* Atribuídas por la Carta Política, le confieren el poder de reformarla mediante la expedición de normas conocidas con el nombre tradicional de Actos Legislativos. (Constitución, artículos 114, 374 y 375).

3.2 *Legislativas.* El Congreso de la República es la rama legislativa del poder público (Constitución, artículo 113) y, como tal le corresponde " hacer las leyes". (Ibídem, artículo 150).

3.3 *De control político.* El Congreso ejerce un control de tipo político sobre el Gobierno y la administración (Constitució, artículo 114, 135 numerales 3, 8 y 9, 137, 208).

3.4 *Judiciales.* El Congreso ejerce " determinadas funciones judiciales " " (Constitución, artículo 116 inciso segundo)cuando juzga por responsabilidad política a altos funcionarios del Estado (Ibídem, artículos 174, 175 y 178 numerales 3, 4 y 5).

3.5. *Electorales.* El Congreso y cada una de las Cámaras tienen atribuídas funciones de carácter electoral, mediante las cuales eligen Vicepresidente de la República cuando fuere menester reemplazar el electo por el pueblo, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, magistrados de la Corte Constitucional, Defensor del Pueblo, Mesas Directivas y Secretario General de cada Cámara. (Constitución, artículos 135 numerales 1 y 2 141, 173 numerales 6 y7, 178 numeral 1, 239, 276y 281).

3.6 *Administrativas.* Mediante las cuales se dispone el adecuado funcionamiento del Congreso, de cada una de las Cámaras y de sus Comisiones.

Las primeras cinco funciones (la de la reforma constitucional, la legislativa, la de control político, la judicial y la electoral), se ejercen por el Congreso pleno, el Senado, la Cámara de Representantes y las Comisiones, según la distribución de competencias dispuesta por la Constitución Política, durante las sesiones ordinarias o extraordinarias. De manera que su ejercicio no es posible en receso de la Corporación.

En la actualidad, la legislatura anual comprende dos periodos de sesiones ordinarias : del 16 de marzo al 20 de junio y del 20 de julio al 16 de diciembre. En los intervalos, el Congreso ni las Cámaras están habilitados para el ejercicio de sus atribuciones, salvo en el período en que sesionen de manera extraordinaria por convocatoria del Gobierno. De igual modo, las denominadas Comisiones Constitucionales Permanentes sólo podrán reunirse en receso del Congreso, cuando hubieren sido convocadas por el Senado o la Cámara de Representantes y únicamente con el fin de debatir asuntos que hubieren quedado pendientes en el período anterior, de realizar estudios que la Corporación respectiva determine y de

preparar proyectos que las Cámaras les encarguen, al tenor del artículo 143 del Estatuto Fundamental.

Las cinco funciones mencionadas solamente podrán ser ejercidas, dentro de las condiciones constitucionales, cuando el Congreso, las Cámaras y las Comisiones estuvieren en sesiones ordinarias o extraordinarias; en ningún caso, por sustración de titular y de materia, fuera de tales sesiones, es decir, en receso de las actividades propias de la rama legislativa del poder público.

Por consiguiente, y en consideración a que la Asamblea Nacional Constityente dispuso en uno de los artículos transitorios de la nueva Constitución que, a partir de la promulgación de ésta, el actual Congreso y sus Comisiones " entrarán en receso " hasta el 1° de diciembre de 1991, fecha de instalación del nuevo Congreso que será elegido en los comicios del próximo 27 de octubre, es menester entender que ni la Corporación ni sus Comisiones pueden ejercer ninguna de las atribuciones que se dejan mencionadas. De ahí que no puedan reunirse para tramitar proyectos de acto legislativo o de ley, ni para ejercer funciones judiciales, electorales o de control político.

La situación varía en relación con la función administrativa que, por su naturaleza, tiene carácter permanente, pues en toda época - salvo el período de vacaciones- es necesario tomar decisiones en materia de manejo de personal, cumplimiento de obligaciones contractuales y ordenación del gasto.

La Corporación subsite. Sólo que ha entrado en receso transitorio, para efectos de permitir el desarrollo de las elecciones generales que conducirán a la renovación, seguramente parcial, de sus integrantes, de conformidad con las nuevas disposiciones constitucionales que han disminuido el número de sus miembros, suprimido los suplentes, redistribuido funciones y establecido un estatuto de habilidades e incompatibilidades.

Durante el receso del Congreso y sus Comisiones, el personal a su servicio no ha sido desvinculado, ni los congresistas han perdido, en sentido estricto, su investidura, ni las Mesas Directivas, automáticamente, sus atribuciones, entre ellas la siguiente :

> En el Congreso Nacional la facultad de ordenar los gastos la ejercerán por separado las Mesas Directivas de cada Cámara . (Ley 38 de 1989, inciso segundo del artículo 91).

Subsistiendo, pues, la función administrativa en relación con la situación excepcional del receso del Congreso y de sus Comisiones (que no incluye el de sus Mesas Directivas), podrá ordenarse el gasto en lo referente a aspectos como los siguientes :

1. Servicios personales (dietas y gastos de representación) de los Congresistas.
2. Salarios y demás emolumentos de los empleados y de los supernumerarios . Y,

3. Pasajes y viáticos de los empleados cuando en ejercicio de su cargo deban transladarse fuera de Santa Fe de Bogotá, previa solicitud justificada del inmediato superior y resolución de la Mesa Directiva.

Tales funciones de ordenación de gastos deberán ser ejercidas con sujeción a las disposiciones de la ley orgánica del presupuesto general de la Nación y demás normas pertinentes, así como al decreto 870 de 1989, reglamentario del inciso segundo del artículo 91 de la ley 38 del mismo año, y con el criterio de proveer al mantenimiento de la Corporación en relación directa con la situación de receso.

Por otra parte, dicha función administrativa incluye lo concerniente al manejo del personal, mediante órdenes, sanciones disciplinarias, conseción de licencias, aceptación de renuncias, etc., con excepción de nuevos nombramientos, por cuanto la facultad de " proveer los cargos " creados por la ley, está reservada por la Constitución a cada una de las Cámaras, en su artículo 135 numeral 5.

Por consiguiente, las Mesas Directivas de Senado y Cámara de Representantes puede continuar ordenando el gasto y ejerciendo funciones administrativas, en la forma indicada, durante el período a que se refiere el artículo 3° transitorio de la Constitución Política de Colombia de 1991, es decir, hasta la fecha de instalación del nuevo Congreso, prevista para el próximo 1° de diciembre.

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.

SERVIDOR PUBLICO-Inahabilidades/ **EMPLEADO OFICIAL MUNICIPAL-**Inhabilidades/ **ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL**

Las nuevas normas constitucionales no contradicen, sino que reiteran y amplían las disposiciones de la Ley 53 de 1990, relacionadas con el nombramiento de personas vinculadas con lazos de parentesco. La ley mencionada, según la norma de hermenéutica jurídica contenida en la Ley 153 de 1887, art. 18, tiene efecto general inmediato y puede comprender no solamente los casos que surjan con posterioridad, sino también los anteriores a su vigencia. Las prohibiciones contenidas en el art. 19 de la Ley 53 de 1990 son aplicables también a los empleados oficiales de las entidades descentralizadas del orden municipal.

FUNCIONARIOS PUBLICOS-Inhabilidades/ **ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL**

Las prohibiciones contenidas en el art. 19 de la Ley 53 de 1990 son aplicables también a los empleados oficiales de las entidades descentralizadas del orden municipal (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta en las cuales el aporte del municipio exceda el 90% del capital social).

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C., julio dieciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Autoriza la publicación con oficio N° 825 del 31 de julio de 1991.

Consejero ponente : *Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Ampliación y adición a la consulta sobre la ley 53 de 1990. Radicación número: 384.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, formula una adición y ampliación a la consulta de la referencia, relacionada con la interpretación de la ley 53 de 1990, artículo 19 y que había sido absuelta por la Sala con fecha 30 de abril del presente año.

El señor Ministro se expresa en los términos siguientes :

Ante los nuevos interrogantes surgidos en la interpretación del artículo 19 de la ley 53 de 1990 y después del pronunciamiento de la H. Sala que usted preside, mediante concepto del 30 de abril de este año, de manera, atenta someto a consideración de los honorables consejeros las siguientes inquietudes que amplían y adicionan la consulta de materia de dicho concepto, fundamentadas en los siguientes planteamientos :

1 *Ampliación*

En relación con el interrogante del literal a) de la consulta inicial, se desea saber : si a los empleados oficiales que venían desempeñando cargos en el municipio con anterioridad no sólo a la vigencia de la ley 53 de 1990, sino que su vinculación se realizó antes de la elección o nombramiento, según el caso, del Alcalde, de los concejales, del Contralor, el Personero o del Secretario del Concejo, les es aplicable lo expresado en el concepto emitido por esa Sala, respecto a que por estar inhabilitados deben retirarse del servicio mediante renuncia o en renuncia o en subsidio aplicar la declaratoria de insubsistencia por el nominador, sin tener en cuenta que muchos de estos funcionarios llevan 8, 10, 12 y 15 años o más ejerciendo el cargo?

2. *Adición*

En la consulta inicial no se planteó el caso de la aplicación de las prohibiciones consagradas en el citado artículo 19 de la ley 53, a los empleados oficiales que prestan sus servicios en las entidades descentralizadas del orden municipal, por lo que, se requiere aclarar si al decir de la ley " en ninguna dependencia del respectivo municipio ", quedan comprendidos los establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales y sociedades de economía mixta de dicho orden, y en consecuencia, los gerentes, directores, o presidentes de éstas que conforme a los artículos 130 del Código de Régimen Municipal, son los Agentes del Alcalde, y 5° de la Ley 49 de 1987, son nombrados por éste y los demás empleados oficiales de dichas entidades deben renunciar al cargo o ser desvinculados por encontrarse dentro del régimen prohibitivo de la norma legal citada?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

Ampliación.- La ampliación al concepto expuesto por esta Sala con fecha 30 de abril próximo pasado, se refiere específicamente a saber si los empleados oficiales (empleados públicos y trabajadores oficiales) que venían desempeñando

cargos en el municipio con anterioridad no sólo a la vigencia de la ley 53 de 1990, sino su vinculación se realizó antes de la elección o nombramiento, según el caso, del alcalde, de los concejales, del contralor, del personero o del secretario del Concejo; les son aplicables las prohibiciones surgidas del parentesco con los citado funcionarios y deben retirarse del servicio mediante renuncia o en subsidio aplicar la declaratoria de insubsistencia por el nominador, sin tener en cuenta su tiempo de servicio.

De conformidad con el artículo 19 de la ley 53 de 1990, las parientes (dentro del cuarto grado civil de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil y, además el cónyuge y el compañero o compañera permanente) de los servidores públicos más importantes del municipio, a saber : alcalde, concejales, contralor, personero,secretario del Concejo, auditores o revisores, no pueden ser nombrados o elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual estos servidores fueron elegidos.

Dictada con un criterio moralizador y de utilidad pública, en procura de atacar el viejo vicio denominado nepotismo, la ley se refiere a la órbita municipal, exclusivamente, mientras de otra parte es laxa con los diputados y empleados departamentales y guarda silencio frente a los de carácter nacional.

La nueva Constitución Política de Colombia , promulgada el 7 de julio de 1991, mantiene ese criterio moralizador tendiente a impedir que en la administración pública los nominadores puedan nombrar a personas con las cuales tengan ciertos grados de parentesco, o que parientes de aquellos nominadores puedan a su turno ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial. Y, además amplía el ámbito de cobertura a los nivels nacional y departamental . Veamos :

Con la denominación génerica de *servidores públicos*, la nueva Constitución comprende a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. (Artículo 123).

A dichos servidores públicos, les prohibe nombrar como empleados a personas que tengan parentesco hasta el cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Del mismo modo, tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos vínculos de parentesco con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. De estas inhabilidades se exceptúan los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos, es decir, los empleos en los órganosy entidades del Estado que sean de carrera. (Artículo 126).

En cuanto a los parientes de los diputados y concejales , la Constitución mantiene la prohibición de ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial, pero desciende en los grados de parentesco al comprender

solamente el segundo grado de consaguinidad, primero de afinidad o único civil, además lógicamente de los cónyuges o compañeros permanentes. (Artículo 292, inciso segundo).

Por otra parte, los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales (departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas) no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si así lo hicieren prederán su investidura. Esta norma corresponde al artículo 291 de la Constitución, que de esta manera reitera lo dispuesto por el artículo 19 de la ley 53 de 1990- con la supresión de la excepción, lo que significa que desaparece la frase " a menos que fuese en los cargos de alcalde por designación o nombramiento " -, ampliando además la prohibición en relación con los diputados. Respecto de los congresistas, la incompatibilidad es todavía más severa, por cuanto no podrán " desempeñar cargo o empleo público o privado ". al tenor del artículo 180, numeral 1.

Las incompatibilidades de congresistas, diputados y concejales tendrán vigencia durante el periodo constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. (Constitución Política artículo 181, Código de Régimen Municipal artículo 91 y Código de Régimen Departamental artículo 48).

Por consguiente la Sala deduce que las nuevas normas constitucionales no contradicen, sino que reiteran y amplían las disposiciones de la ley 53 de 1990 relacionadas con el nombramiento de personas vinculadas por lazos de parentesco. Y que la ley mencionada, según la norma de hermenéutica jurídica contenida en la ley 153 de 1887, artículo 18, tiene efecto general inmediato y puede comprender no solamente los casos que surjan con posterioridad, sino también los anteriores a su vigencia.

2. *Adición.*- La norma que es objeto de estudio comprende en sus prohibiciones a los empleados oficiales vinculados a cualquier dependencia municipal. Por eso cuando la ley dice que los parientes de los altos servidores municipales no podrán ser nombrados para cargo alguno " en ninguna dependencia del respectivo municipio ", se está refiriendo precisamente al ente municipal, en su totalidad. El muncipio es una unidad jurídica y sólo para la distribución de competencias y funciones, existe la distinción entre la administración central y la administración descentralizada.

Por consiguiente, las prohibiciones contenidas en el artículo 19 de la ley 53 de 1990 son aplicables también a los empleados oficiales de las entidades descentralizadas del orden municipal (establecimientos públicos, industriales y comerciales y sociedades de economía mixta en las cuales el aporte del municipio exceda el 90% del capital social).

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,* (Ausente con excusa), *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

PENSION DE JUBILACION/ SALARIO-Factores/ **CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE**

Los salarios deben comprender, para todos los efectos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los trabajadores oficiales vinculados a la Corporación Financiera del Transporte, todos los factores que directa o indirectamente los constituyen, conforme a lo estipulado en el artículo 44 de la convención colectiva del trabajo. Esos factores de salario pueden consistir en los que menciona el artículo 45 del Decreto-ley 1045 de 1978, decreto que no es directamente aplicable a los trabajadores oficiales de la mencionada Corporación . Además como dicha corporación reconoce y paga directamente las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales de la entidad, los cuales por lo mismo no están afiliados a ninguna Caja de Previsión Social, no les es aplicable la Ley 62 de 1985 que determina los factores de los aportes que deben hacerse a la mismas.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Bogotá, D.E., julio treinta y uno (31) de mil novecientos ochenta y siete (1987).

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consulta. Radicación N° 130.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Desarrollo Económico hace a la Sala en los siguientes términos textuales :

"La Corporación Financiera del Transporte S.A. es una Sociedad de Economía Mixta, creada mediante el Decreto N° 558 de 1964. Desde supuesta en funcionamiento viene prestando directamente y por la totalidad de su valor, los servicios médico-asistenciales a todos sus empleados oficiales; además asume el pago de las

pensiones de jubilación, invalidez y vejez de sus empleados que obtienen el status de pensionados.

' Estos compromisos han quedado plasmados en las distintas Convenciones Colectivas de Trabajo que la Entidad ha suscrito con la Organización Sindical, la última de las cuales firmada el 13 de diciembre de 1985 y con una vigencia de dos (2) años establece en su artículo 28 lo siguiente :

" SERVICIOS MEDICOS : La Corporación seguirá prestando directamente y por la totalidad de su valor, los servicios médicos, odontológicos, hospitalarios, quirúrgicos, exámenes complementarios y drogas que requieran sus trabajadores.

"PARAGRAFO" Este servicio se extenderá hasta por dos (2) meses posteriores a la fecha de retiro definitivo del trabajador '.

" Y su artículo 45:

" PENSION DE JUBILACION : La Corporación reconocerá y pagará la pensión de jubilación a los trabajadores oficiales que se jubilen a partir de la vigencia de la presente Convención, en una cuantía equivalente al ochenta y cinco por ciento (85%) del promedio de los salarios devengados por el pensionado durante el último año de servicios.

' PARAGRAFO : Para acogerse a este beneficio, se requiere que el trabajador oficial haya laborado un mínimo de diez (10) años continuos o discontinuos con la Entidad. Los trabajadores que no cumplen el anterior requisito, obtendrán una pensión de jubilación de conformidad con las normas contempladas en la ley 33 de 1985 ".

" Quiere esto decir, que a los empleados que hayan laborado diez (10) años o más, continuos o discontinuos a la Entidad, se les liquidará la pensión con el 85% del promedio de lo devengado en el último año de servicio. Por el contrario, a los empleados con menos de diez (10) años de servicio a la entidad, se les liquidará con el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios.

Al proceder la Corporación a liquidar el valor de la mesada pensional, ha encontrado que la citada Convención ni las anteriores, señalan o establecen los factores salariales que deben tenerse en cuenta para ello. Entonces acude a la legislación vigente y aplicable al asunto, encontrando que los Decretos 3135 de de 1968 y 1848 de 1969 han sido derogados por la Ley 33 de 1985, en lo que respecta a esta materia y que la citada ley determina la mesada sobre el salario promedio que sirvió de base para establecer el aporte del trabajador a la Caja de Previsión a que se encuentre afiliado, situación que resulta diferente al caso, pues como ya se dijo, el empleado de la Corporación ni está afiliado a Caja de Previsión alguna, ni tampoco realiza aportes para obtener este tipo de prestación. Entonces y ante este vacio, aplica por vía de analogía el Decreto 1045 de 1978, que en su artículo 45 señala de manera taxativa los factores del salario para la liquidación de pensiones,

aunque referidas a los trabajadores oficiales que laboren en las entidades de la administración pública que también expresamente señala en su artículo segundo.

" Ahora bien, esta inquietud de la Corporación se hace más sentida a propósito de la promulgación de la Ley 33 de 1985 y de la Ley 62 de 1985, teniendo en cuenta, como se dijo en un comienzo, que sus trabajadores no están afiliados a ningún sistema de Caja de Previsión y que tampoco relizan aportes.

" Entonces se consulta, si la Entidad debe continuar liquidando las pensiones de jubilación a sus trabajadores oficiales que adquieran el status de pensionados con los factores de salario que establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 como actualmente lo hace, o por el contrario, debe tener en cuenta exclusivamente los factores previstos en el artículo primero de la ley 62 de 1985. "

La Sala considera :

1°) La Corporación Financiera del Transporte es un sociedad de economía mixta que se asimila a una empresa industrial y comercial del Estado porque los aportes oficiales excedan el 90% del capital social.

Por consiguiente, según el Art. 5°, inc. 2°, del Decreto-ley 3135 de 1968, las personas vinculadas a las actividades de esta entidad son trabajadores oficiales, excepto quienes, por ejercer actividades de dirección o confianza, tienen el carácter de empleados públicos.

2°) Los trabajadores oficiales, conforme a los arts. 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo - que en cuanto atañe al derecho colectivo del trabajo les es aplicable-,pueden constituir sindicatos y éstos celebrar convenciones colectivas de trabajo que reconozcan a los afiliados prestaciones sociales que superen el mínimo que les reconoce la ley. Lo mismo dispone, para los trabajadores oficiales de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, el Art. 3° del Decreto-ley 1045 de 1978.

El sindicato de los trabajadores oficiales de la Corporación Financiera del Transporte, no comprendida por esta disposición, se rige, a este respecto, por los Arts. 414 y 416 del Código Sustantivo del Trabajo : puede celebrar convenciones colectivas de trabajo con la indicada finalidad.

3°) La Corporación Financiera de Transporte y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la entidad celebraron, el 13 de diciembre de 1985, covención colectiva de trabajo para un período de dos años comprendido entre el 1° de enero de1986 y el 31 de diciembre de 1987; la convención, por lo mismo se encuentra vigente.

4°) Se pregunta el sentido del Art. 45 y parágrafo de esa convención colectiva de trabajo y si, según, la Corporación debe o no liquidar las pensiones de jubilación

de los trabajadores oficinales con base en " los factores de salario que establece el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978. . . o, por el contrario, debe tener en cuenta exclusivamente los factores previstos en el artículo primero de la ley 62 de 1985 ".

El Art. 45 de la convención colectiva de trabajo reconoce a los trabajadores oficiales " que se jubilen " después de que entre en vigencia, el derecho de una pensión " equivalente al ochenta y cinco por ciento (85%) del promedio de los salarios devengados por el pensionado durante el último año de servicio" Y, según el parágrafo, " para acogerse a este beneficio" es indispensable que el trabajador haya servido a la entidad, continua o discontinuamente, al menos durante diez años, pues, los que no tengan este requisito " obtendrán una pensión de jubilación de conformidad con las normas contempladas en la ley 33 de 1985 ".

La Sala considera que la interpretación del Art. 45 y parágrafo de la referida convención colectiva de trabajo debe efectuarse con base en su contexto y en la ley y que ella, según la consulta, consiste en definir lo que ha de entenderse por salario, especialmente los factores que lo constituyen, a efecto de liquidar las pensiones de jubilación de los trabajadores oficiales vinculados el servicio de la Corporación Financiera de Transporte.

El Art. 44 de la mencionada convención colectiva del trabajo estipula que "las cesantás se liquidarán con el último salario mensual promedio devengado por el trabajador a la fecha de la liquidación " y el parágrafo agrega que " es entendido que en el salario mensual se incluyen todos los factores que constituyen dicho salario, tales como horas extras, primas, viáticos y bonificaciones, y demás factores que legalemente constituyen salario ". De manera que según la misma convención, por salario ha de entenderse todo lo que perciba el trabajador, en especie o en dinero, directa o indirectamente, por concepto del contrato de trabajo. Esta definición coincide con la que hace del salario el Art. 127 del Código Sustantivo del Trabajo para los contratos de trabajo particulares y con la de remuneración o asignación que para el sector oficial hace el Art. 2° de la ley 5ª de 1969, a saber : " Para los efectos del artículo 5° de la ley 4ª de 1966 se entiende por asignación actual el promedio de todo lo devengado por un trabajador en servicio activo a título de salario o retribución de servicios tales como horas extras, primas kilométricas, dominicales, feriados, bonificaciones . etc. , en la respectiva actividad, labor , profesión u oficio en el año inmediatamente . . . ".

5°) Si la misma convención colectiva de trabajo define, en armonía con la ley, los factores que constituyen salario a efecto de liquidar la cesantía de los trabajadores oficiales al servicio de la Corporación Financiera del Transporte, es claro que los mismos deben tenerse en cuenta para liquidar sus pensiones de jubilación conforme a lo estipulado en el Art. 45 de esa convención. Es decir, la pensión de jubilación debe reconocerse en cuantía equivalente al 85% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios, si el trabajador oficial sirvió a la Corporación Financiera del Transporte, continua o descontinuadamente, por lo menos durante diez años. Si estuvo vinculado a esa entidad durante un lapso menor, como se estipula en el parágrafo del Art. 45 de la convención colectiva de trabajado,

la pensión de jubilación debe liquidarse " de conformidad con las normas contempladas en la ley 33 de 1985 " particularmente el Art. 1° que prescribe que la misma pensión debe reconocerse, por regla general, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios.

Los salarios deben comprender, para todos los efectos relacionados con el reconocimiento de las pensiones de jubilación de los trabajadores oficiales vinculados a la Corporación Financiera del Transporte, todos los factores que directa o indirectamente los constituyen, conforme a lo estipulado en el Art. 44 de la convención del trabajo.

Esos factores del salario pueden consistir en los que menciona el Art. 45 del Decreto-ley 1045 de 1978; pero este decreto no es directamente aplicable a los trabajadores oficiales de la Corporación Financiera del Transporte - sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado-porque, según el Art. 2° Ibídem, sólo comprende "la Presidencia de la República , los ministerios, departamentos administrativos y superintendencia, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales ".

6°) Finalmente la Sala considera que como la Corporación Financiera del Transporte, según se afirma en el enunciado de la consulta, reconoce y paga directamente las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales de la entidad, los cuales por lo mismo no están afiliados a ninguna caja de previsión social, no les es aplicable la ley 62 de 1983 que determina los factores de los aportes que deben hacerse a las mismas.

Trancríbase, en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Desarrollo Económico y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Jaime Betancur Cuartas, Presidente de la Sala; *Javier Henao Hidrón, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro R. , Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO-Recursos/ **ICETEX**

Los recursos que administran los establecimientos públicos a nombre de terceros, como en el caso objeto de la consulta, Icetex, que tengan destinación específica, no les pertenecen y, por lo mismo, no pueden ser incluidos en el presupuesto de rentas y recursos de capital de las mencionadas entidades, ni menos destinarse a gastos ordinarios o de inversión de las mismas.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civiil.- Bogotá, D.E. , junio once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Autorizada la publicación con el oficio No. 01480 del 28 de Agosto de 1991.

Consejero ponente : *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Referencia : Consuta del Ministerio de Educación Nacional, sobre recursos aportados por entidades públicas o privadas que recibe el Icetex. Radicación N° 389.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Educación Nacional hace a la Sala en los siguientes términos textuales :

"1. De acuerdo con las normas presupuestales vigentes, son legalmente incorporables al Presupuesto General de la Nación los FONDOS en administración, los cuales les corresponde a bienes o recursos de terceros?

2. Aunque las responsabilidades contingentes que se derivan de la administración de dichos Fondos afectenn la estructura financiera del Instituto, deben estos dineros incorporarse en el Balance General como ingresos propios del ICETEX, cuando realmente pertenece a terceros? "

La Sala considera :

1°) La consulta tiene por objeto determinar si los recursos financieros aportados por entidades públicas o privadas, con destino a la capacitación y formación de personas en los diferentes niveles de la educación, que recibe el Icetex en calidad de administrador, deben ser incluidos en el presupuesto de la Nación -establecimientos públicos-; o si, por el contrario, ese dinero no puede hacer parte del presupuesto oficial, de la entidad por pertenecer a personas distintas del Instituto y haber sido entregado a él con una destinación especial.

2°) El Decreto-ley 3135 de 1968 atribuyó al Icetex, entre otras facultades, la de " administrar fondos de personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, destinados a la financiación de estudiantes colombianos, tanto del país como en el exterior " (Artículo 2°, letra f). Con fundamento en esta facultad el Icetex ha recibido dinero con destino a la financiación de estudios en el país y en el exterior, provenientes de contratos de mandato celebrados con personas naturales y jurídicas; el Instituto administra estos recursos de acuerdo con las disposiciones que regulan el crédito educativo.

3°) De acuerdo con la Ley 38 de 1989, los ingresos de los establecimientos públicos pueden ser corrientes y de capital.

Los ingresos corrientes están constituídos por los impuestos, la venta de bienes y servicios, las rentas contractuales, las transacciones comerciales, los aportes de los afiliados y de otras entidades y las donaciones.

Los recursos de capital consisten en los recursos de crédito, externo e interno; los recursos provenientes del balance, tales como la cancelación de reservas constituídas con recursos propios, el superavit, los recursos por venta de activos fijos y la recuperación de cartera vencida; los rendimientos financieros y el diferencial cambiario originado en transacciones en moneda extranjera (Arts. 20, 21 y 22 de la Ley 38 de 1989).

4°) Los recursos que administran los establecimientos públicos a nombre de terceros, como en el caso objeto de la consulta, que tenga destinación específica, no les pertenecen y, por lo mismo, no pueden ser incluídos en el presupuesto de rentas y recursos de capital de las mencionadas entidades ni menos destinarse a gastos ordinarios o de inversión de las mismas.

5°) Icetex debe elevar la correspondiente contabilidad de los fondos que reciba para destinarlos a crédito educativo, de conformidad con las prescripciones de la Contraloría General de la República.

De acuerdo con lo expuesto **la Sala responde :**

1°) Los fondos que percibe Icetex, en calidad de administrador, para destinarlos a créditos educativos, no le pertenecen y, por lo mismo, no deben figurar en su presupuesto de renta y gastos, para todos los efectos legales.

2°) Icetex debe llevar la correspondiente contabilidad de los fondos que preciba, en calidad de administrador, para destinarlos a crédito educativo conforme a las pertinentes prescripciones de la Contraloría General de la República.

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

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

Elizabeth Castro R. , Secretaria.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección

El período de los contralores departamentales, se igualó al de los gobernadores, no sólo en su duración sino en la coincidencia de la iniciación del mismo, y por ello los tres años deben contarse a partir del 2 de enero de 1992. Lo cual permite concluir que, por expresa disposición de la Constitución, el período de los contralores departamentales de dos años previsto en el numeral 8 del artículo 190 de la anterior Carta Constitucional y el lapso el cual se contaba, que termina el 31 de diciembre de 1992 (art. 264 Dec. 1222 de 1986), fueron modificados y por lo mismo, debe darse aplicación a las nuevas disposiciones constitucionales. Como las sesiones ordinarias de las Asambleas se inician el 1° de octubre y terminan el 30 de noviembre próximos, dicho término es el indicado para elegir los respectivos contralores con el objeto de que se posesionen el 2 de enero de 1992.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Inhabilidades/**CONCEJAL SUPLENTE/ DIPUTADO SUPLENTE**

No pueden ser elegidos como Contralores Departamentales quienes sean o hayan sido en el último año a la fecha de la elección miembros de las asambleas que hacen la elección, ni quienes en el mismo lapso hayan ocupado cargo público del orden departamental salvo la docencia. Para efectos de las inhabilidades se considera que tienen la calidad de miembros de asambleas o concejo que deba hacer la elección los diputados y concejales principales y suplentes que hayan obtenido conforme a la ley credencial de su investidura, sin consideración a que hayan ejercido o no el cargo.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Período (Salvamento deVoto).

La Sala debió conceptuar que, según el artículo 16, transitorio, de la Constitución, el período de los contralores departamentales no se inicia

el 2 de enero de 1982; que esa disposición exclusivamente determina la fecha en que deben posesionarse los gobernadores que sean elegidos popularmente el 27 de octubre de 1991, correspondiente a los antiguos departamentos y a los nuevos que eran intendencias y que la ley, en defecto de la Constitución debe prescribir la fecha de iniciación del período de los contralores departamentales.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Autorizada la publicación con oficio 897 del 16 de septiembre de 1991.

Consejero ponente : *Doctor : Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia : Elección de Contralores departamentales y municipales a que se refiere el artículo272 de la Constitución Política. Radicación N° 399.

El Ministro de Gobierno, formula a la Sala la siguiente consulta :

Con el fin de asesorar las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales, en lo relacionado con la elección de contralores departamentales y municipales, estos últimos en aquellos municipios en los cuales existen contralorías, el Ministerio de Gobierno somete a consideración de esa H. Sala, la consulta relacionada con la interpretación y aplicación del artículo 272 de la Constitución Política.

De acuerdo al citado artículo 272, corresponde a las asambleas y concejos distritales y municipales elegir contralor para el período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Asi mismo, el citado artículo establece que no podrá ser elegido contralor departamental, distrital o municipal quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.

Por otra parte, el artículo transitorio 16, de la Constitución Política determina que : " Salvo los casos que señale la Constitución, la primera elección popular de gobernadores se celebrará el 27 de octubre de 1991. Los gobernadores elegidos en esa fecha tomarán posesión el 2 de enero de 1992 ".

Según el artículo 303 de la Constitución, el período de los gobernadores elegidos popularmente es de tres años.

Con fundamento en las normas citadas y teniendo en cuenta que las asambleas departamentales comienzan a sesionar el próximo 1° de octubre se consulta :

1. Las asambleas departamentales deben elegir su respectivo contralor en las sesiones que se inician en octubre próximo en atención a que éste funcionario debe tener un período igual al del Gobernador, no obstante que el del contralor departamental termina el 31 de diciembre de 1992 ?

2. En cuanto a las inhabilidades para ser elegido contralor departamental o municipal, a que hace referencia el citado artículo 272 , en el sentido de que no podrá elegirse a quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvio la docencia, se pregunta :

a) Cómo debe contarse el año, si entre la fecha de promulgación de la Constitución y la primera elección de contralores departamentales no alcanza a transcurrir dicho término?

b) Se entiende para efectos de la citada norma, que los miembros de asambleas y concejos son aquellos diputados y concejales principales y suplentes que ejercieron el cargo, dentro de dicho término?

En relación con el tema tratado en la pregunta del literal a) del punto 2, se anota que el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció en un caso parecido cuando se expidió la Reforma Constitucional de 1979, mediante Sentencia de mayo 22 de 1979, con ponencia de la doctora Aydeé Anzola Línares.-

La Sala considera y responde en el mismo orden en que están formulados los interrogantes.

RESPECTO A LA PRIMERA PREGUNTA se tiene :

El control fiscal de los departamentos corresponde a las contralorías departamentales, según lo establecido en el artículo 272 de la Constitución Nacional; estas entidades deben ser organizadas por las Asambleas con funciones técnicas y autonomía administrativa y presupuestal (inciso 3° ibídem).

El inciso 4° de la norma citada, dispone que a las asambleas les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Como la Constitución igualó sin ninguna excepción, *los periodos* de los gobernadores y de los contralores departamentales, es necesario remitirse a los artículos 303 y transitorio 16 de la misma Carta, que regulan estos aspectos para los gobernadores, con el fin de determinar claramente el término *del período y el lapso* dentro del cual debe cumplirse para los contralores: El artículo 303 ordena que "... los gobernadores serán elegidos para períodos de tres años... " y el transitorio 16 prevé " salvo los casos que señala la Constitución, la primera elección popular de

gobernadores se celebrará el 27 de octubre de 1991 " y que " los gobernadores elegidos en esa fecha tomarán posesión el 2 de enero de 1992".

Del examen de estas normas se infiere que el período de los contralores departamentales, se igualó al de los gobernadores, no solo en su duración sino en la coincidencia de la iniciación del mismo, y por ellos los tres años deben contarse a partir del 2 de enero de 1992. Lo cual permite concluir que, por expresa disposición de la Constitución, el período de los contralores departamentales de dos años previsto en el numeral 8° del artículo 190 de la anterior Carta Constitucional y el lapso durante el cual se contaba, que termina el 31 de diciembre de 1992, (artículo 246 Decreto 1222 de 1986). fueron modificados y, por lo mismo, debe darse aplicación a las nuevas disposiciones constitucionales.

CON BASE EN LO ANTERIOR se concluye que,

Como las sesiones ordinarias de las asambleas se inician el 1° de octubre y termina el 30 de noviembre próximo, dicho término es el indicado para elegir los respectivos contralores con el objeto de que se posesiones el 2 de enero de 1992.

RESPECTO A LA SEGUNDA PREGUNTA se tiene :

El inciso penúltimo del mismo artículo 272 de la Constitución, establece que "... No podrá ser elegido (contralor) quien sea o haya sido en el *último año miembro de asamblea o concejo* que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. . . "

En relación con la aplicación de estas inahbilidades la consulta busca determinar cómo debe contarse el último año y si los miembros de asamblea o concejo son los diputados o concejales principales y *suplentes que ejercen el cargo* dentro del último año.

Sobre estos aspectos la Sala responde :

A. En el caso concreto de los contralores departamentales, no pueden ser elegidos quienes sean o hayan sido en el último año superior a la fecha de la elección miembros de las asambleas que hacen elección, ni quienes en el mismo lapso hayan ocupado cargo público del orden departamental, salvo la docencia.

B. Para efectos de las mencionadas inhabilidades se considera que tienen la calidad de *miembros* de asamblea o concejo que deban hacer la elección los diputados y concejales principales y suplentes que hayan obtenido conforme a la ley credencial de *su investidura, sin consideración a que haya ejercido o no el cargo.*

En los anteriores términos se absuelve los interrogantes del Ministro de Gobierno.

Transcríbase en sendas copias al Ministro y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la Repúblia.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo,* con salvamento de voto*; Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO.

Referencia : Consulta del Ministerio de Gobierno sobre la elección de Contralores Departamentales y Municipales, a que se refiere el artículo 272 de la Constitución Política. Radicación N° 399.

No comparto el concepto de la mayoría de la Sala en cuanto afirma que el período de los contralores departamentales se inicia, conjuntamente con los de los gobernadores, el 2 de enero de 1992. Los motivos de mi disentimiento son los siguientes :

1°) El artículo 272, inciso 4° de la nueva Constitución prescribe que a las asambleas departamentales " les corresponde elegir contralor para un período igualal al del gobernador . . . " . La disposición inequivocadamente significa, *no que el período de los gobernadores sea idéntico al de los contralores,* sino que tenga igual duración : tres años (artículo 303, inciso 1°, de la Constitución).

2°) Así también entendió la Asamblea Constituyente cuando, tras aprobar los mencionados artículos 272 y 303 de la nueva Constitución, discutió un proyecto de disposición, que no obtuvo la votación necesaria para ser aprobado, con el objeto de determinar la fecha de iniciación del período de los contralores departamentales: *como la Constitución, por el motivo indicado, no la señaló, le corresponde a la ley.*

3°) Del mismo modo, según el artículo 303, inciso 2°, de la nueva Constitución, "la ley fijará las calidades, requisitos, inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores; reglamentará su elección; determinará sus faltas absolutas y temporales y la forma de llenarlas; y dictará las demás disposiciones necesarias para el normal desempeño de sus cargos". *Por consiguiente,, según la Constitución, la ley también debe determinar la fecha de iniciación del período de los gobernadores;* pero como el artículo 16, transitorio, de la Carta, dispuso que la mayoría de ellos debe posesionarse el 2 de enero de 1992, le correspondería hacer coincidir esta fecha con la iniciación de su período constitucional.

4°) El artículo 16, *transitorio* de la nueva Constitución dispone que " *salvo los casos que señala la Constitución* (subrayo), la primera elección popular de gobernadores se celebrará el 27 de octubre de 1991" y que los " elegidos en esa fecha tomarán posesión el 2 de enero de 1992 " . Además, el artículo 17, *transitorio,* de la Carta también prescribe que " la primera elección popular de gobernadores en los departamentos del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada se hará a más

tardar en 1997 " y que, mientras la ley señala la fecha para efectuarla, aun antes del año indicado, " los gobernadores de los mencionados departamentos serán designados y podrán ser removidos por el Presidente de la República ". De donde se deduce, clara e inequívocamente, que mientras el artículo303, inciso 2°, de la Constitución- que es disposición permanente- defirió al legislador determinar, entre otras materias, la fecha de iniciación del período de los gobernadores, los artículos 16y 17, *transitorios*, del mismo estatuto dispusieron, respectivamente, *que algunos de ellos* se posesionen el 2 de enero de 1992 y que los demás son, hasta 1997, como máximo, del libre nombramiento y remoción del Presidente de la República; de manera que la Constitución *reguló una situación transitoria, relativa a la elección y a la designación , en la forma indicada, de los gobernadores, pero en modo alguno determinó la fecha de iniciación del período constitucional de todos los gobernadores.*

5°) *Como* la nueva Constitución sustituyó y derogó anterior, es claro que el período de tres años que señaló a los contralores departamentales debe contarse desde la fecha que al efecto determine la ley: *todos ellos, sin ninguna excepción, deben poder iniciarlo al mismo tiempo.* Sin embargo, según el concepto la mayoría, los contralores de los antigüos departamentos y de los que eran intendencias deben posesionarse el dos de enero próximo, mas no los que provienen de las extinguidas comisarías: lo demuestra que, aun en el supuesto de aceptar, en gracia de discusión, que el período de los contralores departamentales es el mismo de los gobernadores, *no todos ellos tendrían fecha de iniciación del período, no obstante ser idéntica su situación Jurídica. Ademá, esto implicaría, inconstitucionalmente, que los contralores de los departamentos cuyos gobernadores aun no tienen período ni menos fecha de iniciación del mismo- tampoco pueden tenerlo no obstante que el artículo 272, inciso 4°, de la Constitución les prescribe a todos el de tres años y que, según esta disposición, la ley debe determinar la fecha de iniciación del período constitucional para todos ellos.*

6°) De manera que la Constitución no prescribe que el período de los gobernadores y contralores departamentales, que tiene igual duración, sea simultáneo; del mismo modo, el artículo 276, inciso 5°, del mismo estatuto dispone que el período del Contralor General de la República será " *igual al del Presidente de la República (subrayo), sin que ello signifique que sean coincidentes, como tampoco lo son con el de los miembros del Congreso, no obstante su igual duración* (Artículos 132, 138 y 190 de la Constitución). Del mismo modo, *el período, de tres años, de los diputados y concejales es igual al de los gobernadores y alcaldes* (artículos 299, inciso 3°, 303, inciso 1° , 312 y 314), *pero no por ello son simultáneos.*

En conclusión: considero que la Sala debió conceptuar que, según el artículo 16, *transitorio,* de la Constitución, *el período de los contralores departamentales no se inicia el 2 de enero de 1992;que esa disposición exclusivamente determina la fecha en que deben posesionarse los gobernadores que sean elegidos popularmente el 27 de octubre próximo, correspondiente a los antigüos departamentos y a los*

nuevos que eran intendencias y que la ley, en defecto de la Constitución, debe prescribir la fecha de iniciación del período de los contralores departamentales.

Fecha *ut supra.*

Humberto Mora Osejo.

CONCEJAL SUPLENTE/ DIPUTADO SUPLENTE

Como el artículo 261 de la nueva Constitución no dispone que los Concejales y Diputados elegidos en calidad de suplentes el 11 de marzo de 1990 perdieran su investidura, ni ello se deduce de su contexto, puesto que esa disposición solamente rige para el futuro y el período para el cual fueron elegidos no han vencido, ni la nueva Constitución previó que entraran en receso o quedaran imposibilitados para ejercer sus cargos resulta ajustado a la lógica concluir que los diputados y concejales suplentes conservan su investidura y pueden continuar actuando hasta el vencimiento del período. El mencionado artículo constitucional tendrá aplicación y efectividad a partir de las elecciones de 1992 para concejos y asambleas.

Consejo de Estado.- Sala de Consulta y Servicio Civil.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre trece (13) de novecientos noventa y uno (1991).

Autorizada la publicación con oficio 898 del 16 de Septiembre de 1991.

Consejero ponente : *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Referencia : Consulta del Ministro de Gobierno relacionada con la actuación de los diputados y concejales suplentes. Radicación N° 402.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, consulta a la Sala lo siguiente :

" En la nueva constitución Política en el Título IX, Capítulo I, en donde se trata lo relativo al sufragio y a las elecciones, y que se entiende son normas que deben

tener aplicación respecto a estos temas, encontramos el artículo 261 cuyo texto me permito transcribir :

" Artículo 261.- Ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas, tendrá suplente. Las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripición sucesivo y descendente ".

Por otra parte, el artículo 299 de la Constitución preceptúa en algunos de sus apartes :

" En cada departamento, habrá una corporación administrativa de elección popular que se denominará Asamblea Departamental, la cual estará integrada por no menos de once miembros ni más de treinta y uno .... El período de los diputados será de tres años..... ".

A nivel municipal, el artículo 312 de la Constitución establece : " En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de tres años que se denominará concejo municipal, integrada por no menos de siete ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva..... ".

A su vez el artículo 293 de la Constitución Pólitica determina : " Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, período de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y forma de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones ".

Una vez transcritos los apartes de los artículos que interesan para el tema, se sostiene que de las normas constitucionales que introdujeron cambios, unas son de cumplimiento inmediato, otras deben tener previamente un desarrollo legal o reglamentario y otras se harán efectivas en el momento de hacer una nueva elección.

En el caso de la integración de las corporaciones de elección popular de las entidades territoriales, en la cuales al cordinar los artículos 261, 293, 299 y 312 de la Constitución, pues este estatuto debe conformar un todo coherente y lógico, se encuentra que se les cambió el período de dos a tres años, pasando antes por el período de ajuste o empalme de que trata el artículo 19 transitorio de la Constitución, se les modificó el número mínimo y máximo de sus miembros,como en el caso de las Asambleas, y que tanto para éstas como para los concejos se suprimieron los suplentes.

Teniendo en cuenta que la Asamblea Constituyente no quiso recortar el período de los suplentes, como si lo hizo respecto de los Congresistas mediante norma expresa, se consulta :

De conformidad con el artículo 261 de la Constitución Política los concejales y diputados suplentes elegidos para el período 1990-1992 perdieron su investidura como tales y en consecuencia no pueden continuar actuando?

O, por el contrario, por tratarase de una norma electoral que debe coordinarse con las de los artículos 293, 299 y 312 de la Constitución, todas relativas a las modificaciones de las corporaciones públicas de elección popular, en su integración y período, tendrá aplicación y efectividad en las próximas elecciones para concejos y asambleas ?

Si se concluye que los suplentes no puede continuar actuando, para dar cumplimiento al artículo 261, es necesario que se declare elegido al siguiente candidato en la lista, y se le expida la respectiva credencial para que pueda actuar válidamente ? O, basta con que la Registraduría envíe las listas de los inscritos a todos los concejos y asambleas del país para que al Presidente de la Corporación respectiva llame al candidato en turno ?

Cuál sería la forma de manejar las faltas temporales de los concejales y diputados, aspecto que no ha sido regulado por la ley, por ejemplo cuando se presenten incapacidades médicas, o simplemente porque no quieren asistir a las sesiones del concejo y asambleas, con el propósito de impedir que estas Corporaciones funcionen ?

Cómo se llenan las vacantes en el caso de que el número de candidatos no elegidos en la misma lista sea insuficiente para ese propósito ?

En el caso de que el artículo 261 de la Constitución tenga aplicación inmediata, los suplentes que reemplazaron a diputados y concejales principales antes de entrar a regir la Constitución de 1991, continúan en el desempeño de sus funciones o deben también ser reemplazados conforme al citado artículo 261 en atención a que de todas maneras son suplentes ? "

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE :

El artículo 261 de la Constitución Nacional dispone que no tendrán suplentes los cargos de elección popular en corporaciones públicas y que las vacancias absolutas serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista en orden de inscripción sucesivas y descendentes.

Conforme a la disposición mencionada, en adelante ninguna elección para Corporaciones comprenderá suplentes ni las vacacancias absolutas podrán proveerse en forma distinta de la determinada por el artículo 261.

Es conveniente expresar, frente al texto de la mencionada norma, y en concordancia con el artículo 19 transitorio, que su operancia y efectos están destinados a regular hacia el futuro las elecciones que se celebren con posterioridad,.

Del mismo artículo 19 transitorio se deduce que las nuevas elecciones para concejales y diputados se efectuarán en 1992 y que por lo mismo, mantienen su vigencia las investiduras de principales y suplentes, integrantes de las asambleas y concejos elegidos para el período comprendido entre 1990 y 1992.

Las corporaciones elegidas el 11 de marzo de 1990, para un período de dos años, de conformidad con la Constitución y legislación aneteriores, se rigen por los regímenes departamental y municipal, contenidos en los Decretos 1222 y 1333 de 1986 hasta cuando se elijan, en 1992, de acuerdo con la nueva Constitución y la legislación que la desarrolle, los concejales y diputados a que se refiere el artículo transitorio 19.

El reconocimiento por la nueva Constitución del período de los diputados y concejales elegidos el 11 de marzo de 1990, comprende a los suplentes, puesto que adquirieron dicha calidad desde el día en que fueron declarados elegidos y hasta cuando pierdan su investidura, es decir, hasta el vencimiento del período. De donde resulta que dichos suplentes deben ser llamados por el Presidente de la respectiva corporación, en los casos de faltas absolutas o temporales de los principales, atendiendo el orden de colocación de sus nombres en la correspondiente lista electoral. (artículo 38 Decreto 1222 de 1986 y artículo 73 del Decreto 1333 de 1986).

Para los efectos previstos en el Decreto 1333 de 1986, la calidad de concejal principal o suplente, se adquiere desde el momento en que fueron declarados elegidos y se conserva hasta el vencimiento del período, principio válido respecto de la calidad de diputado, principal o suplente, para los efectos previstos en el Decreto 1222 de 1986.

Como el artículo 261 de la nueva Constitución no dispone que los concejales o diputados elegidos en calidad de suplentes el 11 de marzo de 1990 perdieran su investidura, ni ello deduce de su contexto, puesto que esta disposición solamente rige para el futuro y el período para el cual fueron elegidos no ha vencido, ni la nueva Constitución previó que entraran en receso o quedaran imposibilitados para ejercer sus cargos, resulta ajustado a la lógica concluir que los diputados y concejales suplentes conservan su investidura y pueden continuar actuando hasta el vencimiento del período.

Es obvio, en tal circunstancia, el funcionamiento integral de las corporaciones que subsisten y su sujeción al régimen dentro del cual fueron elegidos sus miembro principales y suplentes, régimen que conservan en su integridad, mientras llega a tener aplicación el artículo 261 de la nueva Constitución en las elecciones de 1992. Por ahora sólo es pósible, en todo caso, el llamamiento de los suplentes elegidos, en defecto de los principales.

con fundamento en lo expuesto, la Sala responde :

1° Los concejales y diputados suplentes, elegidos para el período 1990-1992, conservan su investidura y en consecuencia pueden continuar actuando hasta el vencimiento de dicho período.

2° El artículo 261 de la Constitución Política tendrá aplicación y efectividad a partir de las elecciones de 1992 para concejos y asambleas, previstas por el artículo 19 transitorio de la misma Constitución.

3o. Según la respuesta al punto anterior los suplentes deben reemplazar a los principales en sus faltas absolutas o temporales en el período comprendido entre 1990 y 1992.

4° La forma de llenar las vacantes de los actuales concejales y diputados es la que está prevista en los Códigos de Régimen Departamental y Municipal (Decretos Leyes 1222 y 1333 de 1986).

5° Los suplentes reemplazan a los principales hasta agotar la correspondiente lista de elegidos.

6° Los suplentes que reemplazaron a concejales y diputados principales antes de entrar a regir la Constitución Política de 1991, continúan en el desempeño de sus funciones siempre y cuando se trate de faltas absolutas o subsistan las faltas temporales de los principales.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el 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 Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes. Secretaria de la Sala.

SECCION

PRIMERA

CONTRALOR DEPARTAMENTAL-Elección/ **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades/ **CONTRALORIA DEPARTAMENTAL**-Organización

No existe en el actual articulado de la Constitución Nacional, norma alguna que se preste a una doble o plural interpretación en el sentido de que las Asambleas Departamentales puedan hacer elección de funcionarios de la Contraloría distintos al contralor departamental. Si el constituyente hubiera querido dar en forma extensiva a las Asambleas la facultad de nombrar otros funcionarios distintos del Contralor, lo hubiera dicho especificamente.

DECLARA LA NULIDAD de la Ordenanaza N° 002 de 1989 (octubre 3) emanada de la Asamblea Departamental del Quindío, en sus artículos 2o., 3o. 6o., 12, 13, 20, 21, 22 y parágrafo del artículo 4°.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Bogotá D.E., dos de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Dr. Carlos Ramírez Arcila*

Referencia: Expediente N° 1520; Asuntos Departamentales; Actor: Luis Eduardo Gómez Gallego.

El Tribunal Administrativo del Quindío ha enviado a esta Corporación, en virtud del recurso de apelación contra ella interpuesto, la sentencia del 22 de junio de 1990 pronuncia en proceso de simple nulidad contra la Ordenanza número 002 de 3 de octubre de 1989, emanada de la Asamblea Departamental del Quindío.

LA ACCION

El ciudadano Luis Eduardo Gómez Gallego, en su propio nombre, demandó del Tribunal Contencioso Administrativo del Quindío la nulidad de la Ordenanza

número 002 del 3 de octubre de 1989 emanada de la Asamblea de ese Departamento por medio de la cual "se reestructura administrativamente la planta de personal de la Contraloría Departamental, se crea la Auditoría Interna, se establece la elección de Contralor Auxiliar y se dictan otras disposiciones", en sus artículos 2°., parágrafo transitorio del artículo 4° ., artículos 3°, 6°, 12, 13, 20, 21 y 22.

Manifiesta el actor que " De las pruebas aportadas se tiene que no existe disposición presupuestal para atender al pago de los funcionarios y empleados que conformarían la planta de personal de la denominada Auditoría Interna de la Contraloría General del Departamento del Quindío, lo que se traduce en violación manifiesta del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo porque el acto fue expedido falsamente motivado, ya que al no existir disposición presupuestal por las limitaciones que en esta materia impone a la Contaloría la Ley 6ª de 1958 que sólo autoriza gastos totales del dos por ciento (2%) del respectivo presupuesto, no se puede, de ninguna manera, atender a esta erogación".

LA SENTENCIA RECURRIDA

En el preámbulo de las consideraciones pertinentes, el Tribunal de primera instancia resume los cargos de la demanda así:

1. Se acusan las normas enjuiciadas de FALSA MOTIVACION ante la supuesta inexistencia de disponibilidad presupuestal para atender los costos que generan los cargos creados, aduciéndose un aumento de la planta de personal de la Contraloría y un déficit presupuestal.

2. Se arguye igualmente los vicios de ABUSO DE PODER y DESVIACION DE ATRIBUCIONES por parte de la H. Asamblea con base en la supuesta extralimitación de esa Corporación al disponer sobre asuntos que, según el demandante, no son de su resorte.

3. Se aduce igualmente que la Asamblea carece de iniciativa para la reorganización de la Contraloría, y que ésta corresponde al Contralor. Así mismo, que al habérsele asignado al Contralor la función de organizar las dependencias de la Contraloría, perdió por esa razón la H. Asamblea la competencia de organizar ese despacho.

4. Se alega, además, que la H. Asamblea violó la prohibición contenida en el Código Fiscal del Quindío de ampliación de la planta de personal de la Contraloría.

5. Se intenta demostrar que la Asamblea violentó al expedir la ordenanza en cita, el límite legal de las apropiaciones para las Contralorías contenido en el mandanto de la Ley 6ª de 1958.

Considera el *a-quo* que el actor en forma antitécnica fundamenta la existencia de los vicios del acto administrativo en la violación del artículo 84 del C.C.A,; que la norma aludida no resulta violada de ninguna manera puesto que no contempla ninguna disposición sustantiva que establezca derechos o imponga obligaciones,

deberes o señale prohibiciones a la administración o a las autoridades en general. "Simplemente consagra las causales de NULIDAD de los actos adminstrativos".

" Así mismo, considera violadas las siguientes disposiciones: Artículos 187 num. 8° de la Carta, 60 num. 8° del Decreto 1222 de 1986, 5° de la Ley 6ª de 1958 y 160.161 (sic) y 506-F del Código Fiscal de Quindío. A lo largo del libelo, el actor señala otras normas por ejemplo: Los artículos 20, 190, 194 numerales 1 y 7 de la Carta, la Ley 47 de 1945, artículo 6° de la Ley 6ª de 1958, la Ley 84 de 1915 etc. No obstante la jurisdicción deberá circunscribirse en el juzgamiento de los numerales acusados *unicamente* a los señalados en acápite correspondiente de la demanda".

Comienza la sentencia apelada por rebatir los cargos de falsa motivación y de abuso de poder hechos por el actor al acto administrativo cuestionado. Del primero dice que el Decreto 01 de 1984 parte primera exige la motivación sólo para los actos administrativos que afecten a particulares (artículos 35 y 39), no concordando además las razones expuestas por el actor con la naturaleza de este vicio. Sobre el segundo, abuso de poder, que en terminología técnica, aclara el Tribunal, debe llamarse vicio de incompetencia, el Tribunal analiza las tres manifestaciones de dicha incompetencia a saber:

a) " No es competente la Asamblea para reestructurar la Contraloría puesto que dicha facultad le fue conferida al Contralor y en él radica la iniciativa para tal efecto."

b) No es competente la Asamblea para designar funcionarios pertenecientes a la planta de personal de la Contraloría distintos del Contralor, por cuanto la Constitución y el estatuto fiscal sólo aluden a ese funcionario.

c) No es competente la Asamblea para establecer causales de mala conducta.

Las consideraciones hechas por el Tribunal de primera instancia sobre las anteriores incompetencias, así como las hechas en los capítulos denominados "Consideraciones Generales" (folio 152) y " Consideraciones" (folio 164) que incluyen " la exposición de motivos que tuvieron en cuenta varios diputados a la Asamblea Departamental y que precedió al proyecto de Ordenanza N° 002 de octubre 3 de 1989" así como las transcripciones de lo manifestado por el impugnante y por el Consejo de Estado dentro de este proceso y en otro sobre parecido asunto, serán destacadas y analizadas en lo que fuere pertinente, en las consideraciones de esta providencia.

La sentencia concluye negando las peticiones de la demanda y levantando la suspensión provisional del artículo 3° de la Ordenanza número 002 de octubre 3 de 1989 que había sido decretada por el Consejo de Estado, haciendo previamente las siguientes previsiones:

" A lo largo de la demanda, el demandante al señalar las distintas violaciones que predica, dice que la Asamblea incurrió en abuso de poder, falsa motivación y

desviación de las atribuciones propias de la misma, figuras que como hemos explicado hasta ahora, no se dan porque al hablarse de criterio de este Tribunal la Asamblea sí tiene facultad o comptencia para reservarse el nombramiento de los dos empleados de la Contraloría que se mencionaron.

" Sobre la falsa motivación y la desviación de las atribuciones propias de la Asamblea, tenemos que la Asamblea al expedir el acto demandado con la finalidad de reestructurar la organización de la Contraloría, reducir sus gastos, etc, finalidad que cumplió con el acto demandado, quedaron desvirtuados esos cargos, más aún, cuando el actor no citó normas violadas para apoyar dichas figuras".

EL RECURSO

Tanto el demandante como el apoderado del Departamento del Quindío interpusierón el recurso de apelación contra la sentencia dictada en el proceso. El primero, reafirma las tesis expuestas en la demanda sobre exceso de poder y desviación de funciones de parte de lo que él llama " la Duma Departamental", haciendo énfasis en que " No se le puede hacer el esguince a la parentoriedad de la norma en relación, cuando se ordena que la Asamblea o Asambleas pueden "... elegir contralor para período de dos años...", tomando en forma completa la proposición jurídica de que a las Dumas les corresponde " Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años", porque esa "y" es disyuntiva y no copulativa. Se trata de dos cuestiones muy diferentes y que aparecen claras y, por consiguiente, no hay necesidad de análisis para saber si el elegir funcionarios, por parte de las Asambleas, distintos al Contralor, es función que esté autorizada por el artículo 187-8 de la Constitución Nacional y el decreto en mención, ...". Por otra parte, el representante judicial del Departamento al sustentar la alzada, manifiesta:

"...de conformidad con el artículo 187 numeral 8° de la Carta Constitucional, la Honorable Asamblea Departamental una vez organiza la Contraloría Departamental, agota dicha facultad y cualequiera (sic) reorganización o reestructuración de ese ente fiscalizador del gasto público, debe llevarse a cabo por iniciativa del Contralor General del Departamento, funcionario éste (sic) que es quien conoce las verdaderas necesidades administrativas de la Contraloría y la disponibilidad presupuestal que haya en el momento de solicitar la modificación o aumento de la planta del personal de empleados al servicio de la misma".

Cuestiona también el libelista el acto demandado, a la luz del artículo 187, numeral 8° de la carta Constitucional coincidiendo con el coapelante en sus apreciaciones. Recalca una vez más la ostensible violación que alega de los artículos 160 y 161 del Código Fiscal vigente para ese entonces en el Departamento del Quindío así como la indebida conformación de la Planta de la Auditoría Interna de la Contraloría con trece (13) funcionarios.

LA VISTA FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público al hacer el análisis de las pretensiones de la demanda y de la providencia apelada, concluye que se debe acceder a las pretensiones de los recurrentes ya que " No se constata Ley alguna que faculte a las Asambleas para elegir funcionarios distintos al del Contralor, de conformidad con el numeral 8° del artículo 187 de la Constitución Nacional. Y en efecto y de la misma manera se determina en el numeral 8° del artículo 60 del Decreto 1222 de abril 18 de 1986, que se intitula en el Capítulo respectivo así: " De las atribuciones y prohibiciones generales de las Asambleas".

Y agrega el colaborador fiscal: " Se entiende entonces, es obvio que cualquier reorganización o reestructuración de las Contralorías debe llevarse a cabo por iniciativa del Contralor, quien es el superior jerárquico. No en vano se reconocen las Asambleas como cuerpos colegiados, deliberantes como la misma Constitución, competencia también infranqueable por su misma regulación en la Carta Magna".

CONSIDERACIONES

Finalidad primordial de esta providencia dentro de los criterios que inspiran y justifican el recurso de apelación, es la de confrontar una vez más, en forma objetiva y después del ponderado análisis hecho por los juzgadores de la primera instancia, los actos demandados con las normas superiores supuestamente desobedecidas.

El actor señala como violadas estas disposiciones: Los artículos 187 numeral 8° de la Carta; 60 numeral 8° del Decreto 1222 de 1986; 5° de la Ley 6ª de 1958 y 160, 161 y 506-F del Código Fiscal del Quindío.

En primer lugar, la Sala no tiene nada que agregar a lo afirmado por el *a-quo* en el sentido de que resulta antitécnica la cita del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo entre las normas violadas, disposición que es ciertamente el marco que encierra las causales de la nulidad, siendo más un fundamento de derecho que mal podría confundirse con las normas superiores violadas.

En seguimiento del orden establecido en la providencia recurrida (fl.153), se tiene que el actor acusa al acto demandado, esto es, la Ordenanza N° 002 del 3 de octubre de 1989 de la Asamblea Departamental del Quindío, como violatorio del artículo 187 numeral 8° de la Constitución Nacional.

La Ordenanza N° 002 de octubre 3 de 1989 " Por medio de la cual se reestructura administrativamente la planta de personal de la Contraloría Departamental, se crea la Auditoría Interna, se establece la elección del Contralor Auxiliar y se dictan otras disposiciones", dispone en su artículo segundo la creación de la Auditoría Interna de la Contraloría General del Quindío; en el tercero dispone la elección del Contralor Auxiliar y del Jefe de la Auditoría Interna por la Asamblea Departamental cuyo período, según el artículo 4°., que es de dos años, comenzaría a contarse el primero de enero de mil novecientos noventa y uno, reservándose la Asamblea en

el parágrafo transitorio, la facultad de elegir esos dos funcionarios para los años 1989 y 1990; en el artículo 6°., transcribiendo literalmente el art. 249 del Decreto 1222 de 1986, establece el procedimiento a seguir en caso de que dos personas aleguen haber sido designados Contralor Auxiliar y Jefe de Auditoría Interna, asigna un término de veinticuatro (24) horas al Gobernador del Departamento para remitir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo las pruebas y documentos en que se funda la pretensión; impone a este Tribunal la obligación de que "con carácter definitivo declare si la elección se realizó con el lleno de las formalidades prescritas en la presente Ordenanza" y prescribe que contra dicha elección " y por motivos distintos de los que fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal, proceden las demás acciones judiciales que consagre la Ley". En los artículos siguientes se señalan los requisitos que se deben tener para ocupar los puestos creados por la Ordenanza, la funciones y las asignaciones de los mismos por parte del presupuesto de la Contraloría así como las limitaciones en el ejercito de su cargo (art. 15).

Debe señalarse de una vez, que el procedimiento indicado por la Ordenanza cuestionada, y que como ya se dijo, es una transcripción del artículo 249 del Decreto 1222 de 1986, es determinado en este Código de Régimen Departamental única y exclusivamente para el evento en que dos o más personas aleguen haber sido designadas contralores para un mismo período. No se habla en la disposición de contralores auxiliares ni de jefes de auditorías.

Ya concretamente, sobre lo dispuesto en los artículos tercero y cuarto, y el parágrafo transitorio de este último, que disponen la elección por parte de la Asamblea Departamental de un Contralor Auxiliar y un Jefe de la Auditoria Interna tanto para el período que comenzaría a contarse a partir del primero de enero de 1991 como para el lapso que faltaba para esa fecha, es dable rememorar aquí lo que la Sala había precisado cuando se decretó la suspensión provisional del mencionado artículo tercero. Se decía en las consideraciones previas a dicha decisión, que en la función asignada en el numeral 8° del artículo 187 de la Carta: " *Organizar* la contraloría departamental y *elegir* contralor para un período de dos años" (se subraya), los verbos rectores eran "organizar" y "elegir", refiriéndose el primero al ente denominado Contraloría y el segundo al funcionario llamado Contralor. Nada ha cambiado desde entonces que desdiga el carácter exclusivo que esa facultad conlleva para escoger, determinar, nombrar, elegir, *un Contralor.*

No existe en el actual articulado de la Constitución Nacional, norma alguna que se preste a una doble o plural interpretación en el sentido de que las Asambleas Departamentales puedan hacer elección de funcionarios de la Contraloría distintos al contralor departamental; y se atropellan el derecho y el orden institucional cuando, al vaivén de las fluctuaciones políticas, los miembros de las asambleas crean o suprimen cargos, nombran o destituyen de hecho funcionarios cuyo nombramiento o destitución no les corresponde. Las designaciones intuito personal o en razón de la circunstancia política son antijurídicas, inequitativas y, en este caso concreto, inconstitucionales.

Si el Constituyente hubiera querido dar en forma extensiva a las Asambleas la facultad de nombrar otros funcinarios distintos del Contralor, lo hubiera dicho especificamente. Con menos razón pueden, entonces, estas corporaciones arrogarse poderes que no les fueron dados y es una pretensión que peca contra la norma suprema, reservarse el derecho de hacerlo. Es, ni más ni menos, revervarse el derecho a violar la Consitución. Esta misma Sala en fallo del 11 de febrero de 1989 en asunto referente a un caso de concejo municipal en que se presentaba una situación de similares contenidos, logicamente *mutatir mutandis,* dijo que la simple referencia que en la ley " pudiera hacerse indirectamente a " auditores elegidos " bajo ningún respecto puede entenderse que consagran la facultad materia de controversia porque de todas maneras la misma debe consagrarse clara, expresamente y de manera indubitable". Se reconfirma este aserto a fin de desvirtuar la pretensión de apoyar en el artículo 251 del Decreto 1222 de 1986 que trae la expresión " auditores departamentales", de sugerir que éstos pueden ser nombrados o elegidos por las asambleas pues, en primer lugar, la terminología empleada no es la misma ya que en el acto cuestionado se habla de " jefe de auditoría interna" y no de auditor departamental, y, en segundo lugar, es una impropiedad jurídica, una grosera sugerencia, el pretender que una falseada interpretación de un decreto pueda suplantar el mandato soberano de la Constitución.

No está por demás recordar que en el caso presente se había decretado, por esta misma Sala, la suspensión provisional del artículo 3° de la Ordenanza N° 002 de 1989, para lo cual tuvo en cuenta, como tenía que ser, que la violación de la norma constitucional era manifiesta, lo que no consideró así el tribunal de primera instancia tanto al admitir la demanda como al proferir la sentencia correspondiente.

En ésta última, el *a-quo* siguió una tesis aparentemente contraria de la Sala Electoral, que se profirió con un sustento fáctico diferente. Ahora se demanda la nulidad de una norma ordenanzal que autoriza a la Asamblea Departamental nombrar funcionarios de la Contraloría distintos del Contralor, que es el único que se menciona en el numeral 8° del artículo 187 de la Constitución Nacional.

En el negocio que ya conoció la Sala Electoral se demandó la nulidad de una elección hecha por la Asamblea Departamental con respaldo en lo autorizado por el Reglamento Interno de la Corporación y por una ordenanza que aún estaba vigente, pero que bien hubiera podido no acatarse, y en esto puede existir una pequeña discrepancia de interpretación que en nada afecta la parte sustancial.

En conclusión, encuentra la Sala que los artículos mencionados violan en forma seria la perentoria disposición contenida en el literal 8° el Artículo 187 de la Constitución Nacional y, siendo ellos la razón y fundamento de la Ordenanza demandada, debe ser declarada la nulidad de todo el ordenamiento cuestionado.

En razón de lo dicho, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la Repúbica de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del Ministerio Público.

F A L L A :

REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar se dispone:

DECLARASE la nulidad de la Ordenanza Número 002 del 3 de octubre de 1989 emanada de la Asamblea Departamental del Quindío, en sus artículos 2°, 3°, 6°, 12, 13, 20, 21, 22 y parágrafo del artículo 4°.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 27 de junio de 1991.

Carlos Ramírez Arcila, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez,

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

BANCO GANADERO/ RECURSOS PROPIOS/ RECURSOS DISPONIBLES/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites

Mientras que la ley estatuye que los préstamos que el Banco Ganadero otorgue debe hacerlos con sus recursos propios, la norma reglamentaria habla de recursos disponibles, conceptos éstos que desde la óptica del derecho bancario son bien diferentes, pues por los primeros se entiende aquellos que pertenecen o son de propiedad del banco, mientras que los segundos comprenden no sólo los recursos propios, sino también aquellos que capta el banco por depósitos a la vista o a término. En consecuencia, al definir la norma acusada como recursos propios del Banco Ganadero los recursos disponibles, excedió la ley reglamentada.
DECLARA LA NULIDAD del artículo 58 del Decreto Reglamentario No. 1562 de 1973, expedido por el Gobierno Nacional.

DECAIMIENTO DEL ACTO

El C.C.A. no consagra expresamente la figura del decaimiento del acto, pero en su artículo 66 prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto cuando desaparezcan sus fundamentos de derecho, como en el caso *sub judice,* en donde ocurrió la declaratoria de inexequibilidad del artículo de la ley cuyo reglamento fue demandado (con posterioridad a su demanda).

Decaimiento del Acto Administrativo acusado a partir del 5 de octubre de 1989.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Adinistrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expediente N° 1153; Actor: Banco Ganadero

El Banco Ganadero, por conducto de apoderado judicial, ha ocurrido ante esta jurisdicción en ejercicio de la acción pública de nulidad que consagra el artículo 85 del C.C.A., para que, previos los trámites del procedimiento ordinario, se decrete la nulidad del artículo 58 del Decreto Reglamentario 1562 del 1973.

I.- EL ACTO ACUSADO

Es del siguiente tenor:

" Artículo 58. Para efectos de lo preceptuado en el artículo 44 de la Ley 5ª de 1973, se considerarán como recursos propios todos aquellos de que disponga el Banco Ganadero, exceptuando los que, por compromisos especiales acordados con entidades financieras internacionales, tengan destinación específica y los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario".

II.- CAUSA PETENDI

II.1 Hechos.

Pueden resumirse así:

1°) Según el artículo 25 de la Ley 26 de 1959, el Banco Ganadero estaba obligado a otorgar préstamos con una cuantía del 50% de sus disponibilidades a la actividad pecuaria, a la dotación de aguas, a la avicultura y pesca, a la titulación de mejoras destinadas a la ganadería en terrenos baldíos, y a cultivos de forrajes; hasta un 10% a los fondos ganaderos; otro 10% para la ceba de ganado y el 30% restante de sus disponibilidades a pequeñas y medianas Industrias de transformación de productos derivados de la ganadería y la agricultura cuyo capital no exceda de $500.000 pesos.

2°) La Ley 5ª de 1973 en su artículo 44, cambió la orientación de la destinación de los préstamos del Banco Ganadero, pues estableció el 70% de los mismos se otorga con el producto de sus recursos propios y de los bonos de fomento agropecuario, destinados a los fondos ganaderos, a las actividades de cría y ceba de ganado mayor o menor, adecuación de tierras y otras complementarias de las explotaciones ganaderas, porcicultura, avicultura, apicultura, cunicultura, pesca, titulación de terrenos baldíos para la ganadería e industrias de procesamiento, conservación o transformación de productos de origen animal. En la misma disposición se facultó al Ministerio de Agricultura para determinar los porcentajes máximos y mínimos que debe invertir el Banco Ganadero en cada una de dichas actividades.

3°) Para reglamentar la Ley 5ª de 1973 se expidió el Decreto Reglamentario 1562 de 1973 el cual en su artículo 58 estatuyó que para los efectos de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 5ª, deben considerarse como recursos propios todos

aquellos de que disponga el Banco Ganadero, exceptuando los que por compromisos especiales con entidades financieras internacionales tengan destinación específica y los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario.

II.2 Fundamentos de Derecho.

En la demanda se sostiene que el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1562 de 1973 vicia los artículos 44 y 51 de la Ley 5ª de 1973, el artículo 14 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 120 numeral 3° de la Constitución Nacional.

Para sustentar los cargos de violación, el demandante razona esencialmente de la siguiente manera:

1°) Que la norma reglamentaria - artículo 58 del Decreto 1562 de 1973- en lugar de desarrollar los criterios y el concepto de la ley nueva - artículo 44 de la Ley 5ª de 1973- retornó a la nación de disponibilidades de la ley antigua - artículo 25 de la Ley 26 de 1959- derogada expresamente, ignorando el nuevo contexto real de crédito de fomento agropecuario y los instrumentos y mecanismos creados por los preceptos que dice reglamentar.

2°) Que la Ley 5ª de 1973 desechó el concepto de disponibilidades de la Ley 26 de 1959 y lo reemplazó por uno distinto, como es el de recursos propios.

3°) Que el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1562 de 1973 equiparó el concepto de disponibilidades con el de recursos propios.

4°) Que el Gobierno Nacional en ejercicio de la función reglamentaria desbordó el marco legal asignado a la potestad de reglamentación, pues desconoció el texto expreso de la ley que lo limitaba e incurrió al mismo tiempo en violación del artículo 120 numeral 3° de la Constitución Nacional, norma que otorga dicha potestad para expedir "las órdenes, decretos y resoluciones necesarios para la cumplida ejecución de las leyes", más no para violarlas o desconocerlas y mucho menos para revivir disposiciones derogadas por la misma ley que se dice reglamentar.

5°) Que la contradicción es tan evidente, pues el paso que la ley ordena sumar a los recursos propios los provenientes de los bonos de fomento agropecuario, el reglamento los exceptúa o los sustrae de la base para determinar el 70% que señala la ley.

III.- TRAMITE DE LA ACCION

Se imprimió el trámite del procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en la lista, alegaciones y vista fiscal.

En el auto admisorio de la demanda de 14 de diciembre de 1989, se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado que había formulado el actor

en el libelo de demanda. Interpuesto por el mismo el recurso ordinario de súplica contra dicho proveído, fue confirmado por la Sala de Decisión mediante auto de 5 de diciembre de 1989.

III.1 La Contestación de la Demanda.

La entidad demandada: la Nación, se hizo parte en el proceso y contestó la demanda oportunamente mediante apoderado judicial, en la cual se opone a las pretensiones del libelo demandatorio, arguyendo lo siguiente:

Que los vocablos disponibles y recursos propios guardan similitud son lo mismo; que los recursos del Fondo Financiero Agropecuario son totalmente independientes de los propios del Banco Ganadero; que los depósitos a la vista y a término no son recursos propios del Banco en cuanto sus dueños son los depositantes y tampoco los son los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario.

III.2 Concepto Fiscal.

El señor Fiscal Primero de la Corporación emitió su vista en la cual se muestra partidario que no se acceda a las pretensiones de la demanda habida cuenta que los vocablos recursos propios y recursos disponibles desde el punto de vista semántico, expresan la misma idea, tienen igual significado y sentido: la facultad de dominio, de disposición sobre lo que es propio y está listo, preparado y pronto para ser utilizado; y que los recursos provenientes del Fondo Financieron Agropecuario no hacen parte de los recursos propios de Banco Ganadero.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.

La presente controversia se contrae a dilucidar si el Gobierno Nacional al expedir el articulo 58 del Decreto Reglamentario 1562 de 1973, desbordó o excedió la potestad reglamentaria que la confiere el ordinal 3° del artículo 120 del C.N. al reglamentar el artículo 44 de la Ley 5ª de 1973.

La jurisprudecia de esta Corporación ha entendido que el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno Nacional está enderezado a desarrollar la ley, es decir, a garantizar su cabal realización como norma de derecho o su " cumplida ejecución", según reza textualmente la Carta.

No puede, por consiguiente, la norma reglamentaria desbordar o exceder los límites de la ley que reglamenta, ni contrariar su tenor literal y espíritu.

En orden a establecer si la norma acusada desbordó o excedió la ley que reglamenta, se hace necesario confrotarlas:

El artículo 44 de la Ley 5ª de 1973, dice:

" Destinación de los préstamos. No menos del 70% de los préstamos que el Banco Ganadero otorgue con sus recursos propios y con el producto de los bonos de fomento agropecuario, deberán estar destinados a fondos ganaderos, actividades de cría y ceba de ganado mayor o menor, adecuación de tierras y otras complementarias de la explotaciones ganaderas, porcicultura, avicultura, apicultura, cunicultura, pesca, titulación de terrenos baldíos para ganadería, e industrias de procesamiento, conservación o transformación de productos de orígen animal."

Por su parte, el artículo 58 del Decreto Reglamentario 1562 de 1973, reza:

" Para efectos de lo preceptuado en el artículo 44 de la Ley 5ª de 1973, se considerarán como recursos propios todos aquellos de que disponga el Banco Ganadero, exceptuando los que, por compromisos especiales acordados con entidades financieras internacionales, tengan destinación específica y los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario".

De la comparación de texto fluye con claridad que la norma legal estatuye que el 70% de los préstamos que el Banco Ganadero otorgue para las actividades allí señaladas debe hacerlos con sus *recursos propios* y con el producto de los bonos de fomento agropecuaro; mientras que la norma reglamentaria considera *como recursos propios "todos aquellos de que disponga el Banco Ganadero"*, exceptuados los que tengan destinación específica y los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario. Es decir, que la norma reglamentaria considera como recursos propios los disponibles. A este respecto cabe observar que la norma legal anterior a la de la Ley 5ª de 1973: Art. 25 de la Ley 26 de 1959, esteblecía que el Banco Ganadero otorgaba sus préstamos con sus disponibilidades.

De lo anterior se desprende que la norma reglamentaria al asimilar los recursos propios con los recursos disponibles, retornó al criterio de la ley antigua.

Cabe tener en cuenta que los conceptos: recursos propios y recursos disponibles desde la óptica del derecho bancario son diferentes, pues por los primeros se entiende aquellos que pertenecen o son de propiedad del banco, como son, y en ello le asiste razón al demandante, el Capital y las reservas; mientras que el segundo concepto es mucho más amplio, pues comprende no sólo los recursos propios, sino tambien aquellos que capta el banco por depósito a la vista o a término.

Observa la Sala, por consiguiente, que la norma acusada al definir como recursos propios del Banco Ganadero los recursos disponibles, excedió la ley reglamentada y con ello se violó el artículo 120 ordinal 3 de la carta, asistiéndole así la razón al actor en cuanto al primer cargo de la violación que formula.

Respecto de la segunda censura considera esta Corporación que no existe contradicción entre la norma acusada y la ley reglamentada, puesto que la primera al sustraer de los recursos propios los provenientes del Fondo Financiero Agropecuario se ciñe con fidelidad al precepto superior que señala que los recursos

propios del banco son diferentes de los del producto de los bonos de Fomento Agropecuario, dado que sobre estos últimos el banco está exceptuando de suscribirlos por mandato del artículo 5ª de la mencionada Ley 5ª.

Decaimiento del Acto Administrativo Acusado a Partir del 5 de Octubre de 1989.

Con posterioridad a la presentación de la demanda que dio origen a este proceso, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 5 de octubre de 1989 declaró inexequible el artículo 44 de la Ley 5ª de 1973, es decir, el precepto legal que sirvió de fundamento para la expedición de la norma acusada. Se produjo así, el fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo demandado por la desaparición de la disposición legal que le servía de fundamento.

El C.C.A. no consagra expresamente dicha figura jurídica, pero en su artículo 66 prevé la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto cuando desaparezcan sus fundamentos de derecho, tal como en efecto ocurrió en el caso *sub-examine.*

A juicio de la Sala, el decaimiento del acto administrativo demandado por la desaparición de su fundamento de derecho, es una modalidad de extinción del acto administrativo por causa ajena a la voluntad de la administración.

Considera por lo tanto que en el presente caso la declaratoria de inexequibilidad del artículo 44 de la Ley 5ª de 1973, que hizo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 5 de octubre de 1989, equivale a la extinción del mencionado artículo a partir de esa fecha, como también la del acto que la reglamentaba: el acusado.

Con fundamento en lo precedente, la Sala llega a la conclusión, que la norma reglamentaria acusada debe declararse nula por infracción de la ley que reglamenta y del ordinal 3° del artículo 120 de la carta. Igualmente estima que se produjo su exitinción a partir del 5 de octubre de 1989, en virtud de su decaimiento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

F A L L A :

Se declara la nulidad del artículo 58 del decreto Reglamentario 1562 de 1973, expedido por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 11 de julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SUSPENSION PROVISIONAL-Improcedencia/ **VIA PUBLICA/ DERECHO DE PROPIEDAD**-Afectación

No es posible jurídicamente suspender los efectos de un acto que ya los produjo en su totalidad, es decir que no es posible suspender un acto que ya agotó sus efectos. El *a-quo* se fundamenta exclusivamente en que la norma acusada contiene una expropiación disfrazada de cesión gratuita, afirmación y calificación ésta que se encuentra en oposición con el requisito de que la violación de la norma superior debe aparecer a los ojos del juzgador de manera clara, ostensible y flagrante, pues lo cierto es que un disfraz no permite conocer en la forma expuesta la verdadera indentidad y comprensión de la norma acusada.
REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los efectos el artículo 126 literal a) del Acuerdo N° 7 de 1979, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Bogotá D.E., once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 1760; Actor: Luis Alberto Medina Bermúdez

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de 18 de octubre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la suspensión provisional de los efectos del artículo 126 literal A. del Acuerdo N° 7 de 1979, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá.

EL ACTO ACUSADO

El mencionado Acuerdo, "Por el cual se define el Plan General de Desarrollo Integrado y se adoptan políticas y normas sobre el uso de la tierra en el Distrito Especial de Bogotá", dispuso en la norma cuya nulidad se solicita:

" artículo 126. las cesiones para vías de uso público serán las siguientes:

" A. Vías Arterias del Plan Vial.

" Todo terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial, debe ceder gratuitamente para tal fin el 7% del área bruta del lote a urbanizar. Cuando la afectación sea superior a dicho porcentaje, la diferencia será negociada con el Instituto de Desarrollo Urbano".

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora considera que el acto acusado viola flagrantemente los artículos 30 y 33 de la constitución Política y 1° de la Ley 1ª de 1943, pues mientras que ellos establecen como herramienta del Estado para cumplir su finalidad pública o social la figura de la expropiación, el acto acusado crea la figura de la "cesión gratuita". Además, sólo el Legislador puede determinar los casos en que no haya lugar a indemnización.

De otro lado "...si la cesión comprende el desprendimiento de la tenencia o propiedad de una cosa para transmitírsela a otra, lo que implica la voluntad entre cedente y cesionario, tal figura no se da en el precepto que hace exigible la cesión tantas veces comentada, por cuanto en la forma dispuesta siempre al obligado no le asistirá la voluntad para desprenderse del dominio del bien, sino que, por el contrario, el despojo se efectuará por vía de la coacción y por voluntad unilateral del Estado..." (fls. 14 a 16).

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

El *a quo* fundamentó su decisión en que al ordenarse en la norma demandada que el 7% del área bruta de un terreno en proceso de urbanización que se encuentre afectado por vías arterias del Plan Vial, debe ser cedido gratuitamente por su propietario, se está creando la figura de la expropiación, disfrazada de " Cesión gratuita" y por tal razón se viola ostensiblemente el artículo 30 de la Consitutción Política que, al garantizar la propiedad privada, sólo permitió tal expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, por motivos de utilidad pública o interés social.

LAS RAZONES DEL APELANTE

En la sustentación del recurso interpuesto, la parte demandada expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 83 a 90):

El Acuerdo 7 de 1979 fue derogado por el Acuerdo 6 de 1990, por el cual se adopta el estatuto para el ordenamiento físico del Distrito Especial de Bogotá, razón por la cual la norma acusada ha perdido su fuerza ejecutoria (art. 66 C.C.A.) y en tales condiciones no tiene objeto el presente juicio.

Tanto el actor como el Tribunal incurren en el error de confundir los conceptos de dominio eminente del Estado y de expropiación. En el Derecho Urbanístico ellos tienen claras diferenciaciones, derivadas de la Constitución y de la ley, frente a los cuales la Administración puede limitar el derecho de los particulares.

El dominio eminente del Estado sobre el territorio lo detenta de conformidad con el artículo 4 de la Constitución Nacional y, por su parte, el artículo 674 del Código Civil señala que sobre los bienes de la unión de uso público, como las calles, plazas y puentes, el Estado no ejerce un derecho de propiedad, sino el mismo derecho de dominio eminente, en el cual se conjuga el derecho político del Estado con el derecho del uso por todos los habitantes, teniendo en cuenta que al señalarle la destinación, cuando un particular trace vías públicas, automaticamente determina su constitución como bienes de uso público.

Es por lo anterior que el acto acusado no viola el artículo 30 de la Constitución Nacional, pues al realizarse una urbanización y destinarse terrenos para calles, plazas, etc., automaticamente estos terrenos pasan a convertirse en bienes de uso público. En estos términos ya se ha pronunciado el Consejo de Estado, como por ejemplo en providencia de 25 de febrero de 1985.

Finalmente, a pesar de que las vías arterias del Plan Vial pasan al dominio eminente del Estado por la sola destinación que se diere al terreno de acuerdo con el plan desarrollado, la norma acusada es equitativa, pues reparte las cargas entre el urbanizador y el Distrito Especial al establecer que sólo el 7% del área bruta del lote debe cederse y el resto es sumiso por la administración.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la decisión que desate el recurso de apelación interpuesto, habrá de decidirse si la norma demandada contiene el vicio de violación flagrante del artículo 30 de la constitución Política, tal como lo estimó sin hesitación alguna el *a quo* en su decisión o, por el contrario, al no establecer el requisito que contempla el artículo 152 del C.C.A., para la procedencia de la medida precautelativa decretada, la posible infracción de la norma contitucional señalada, sólo será susceptible de ser analizada en la sentencia que defina el proceso.

En relación con la afirmación de la parte demandada y recurrente en el sentido de que la norma controvertida fue derogada expresamente por el artículo 547 del Acuerdo 6 de 1990, ella sería suficiente razón para revocar el decreto de suspensión provisional, ya que no es posible juridicamente suspender los efectos de un acto que ya los produjo en su totalidad, es decir, que no es posible suspender un acto que ya agotó sus efectos. Sin embargo, la circuntancia de que se trata de actos administrativos de alcance no nacional, que requieren prueba, lo cual no ha sucedido dentro de este recurso, impide que con este simple argumento se revoque la suspensión provisional.

Realizado por la Sala tanto el estudio de los argumentos que expone la parte actora en sustento de su solicitud, como la decisión del Tribunal y las razones en que se fundamenta el recurso interpuesto, se llega a la ineludible conclusión de que la violación manifiesta del artículo 30 de la Constitución Política no se da y, en tal virtud, la suspension provisional decretada habrá de revocarse.

En efecto, la providencia impugnada se fundamenta exclusivamente en que el literal A) del artículo 126 del Acuerdo N° 7 de 1979, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá contiene una expropiación "disfrazada" de cesión gratuita, afirmación y calificación ésta que se encuentra en oposición con el requisito de que la violación de la norma superior debe aparecer a los ojos del juzgador de manera clara, ostensible y flagrante, pues lo cierto es que un "disfraz" no permite conocer en la forma expuesta la verdadera identidad y comprensión de la norma acusada y por tanto habrá de esperarse a la sentencia que defina el proceso, para establecer con precisión la conformidad o disconformidad entre el "disfraz" y el verdadero rostro y dimensión de la misma.

Por otra parte, la Sala considera que habría necesidad de hacer un estudio de fondo para responder a una serie de interrogantes que surgen en relación con el caso controvertido, como el de saber si las vías existentes, o que en el futuro existan, en un municipio cualquiera son o serán necesariamente el producto de una serie interminable de procesos de expropiación; si constituye obligación, derivada de la Constitución o de las leyes, el que las personas que pretendan urbanizar un terreno estén en la obligación de destinar porciones del él con destino a la construcción de vías públicas, convirtiéndose por tal hecho en bienes de uso público; si no constituirá la norma demandada un desarrollo o aplicación del principio constitucional del derecho de dominio del Estado sobre todo su territorio y si las zonas que han de corresponder a las vías públicas "... pasan automaticamente al dominio de la nación y al uso de todos los habitantes, sin que para ello sea necesario cesión alguna y a pesar de la transferencia que se haga en favor de otra persona o institución pública o privada". (Consejo de Estado, sentencia de 25 de febrero de 1985, Sección Primera, Consejero Ponente doctor Samuel Buitrago Hurtado. Exp. N° 4730. Actor : Francisco Zuleta).

En razón de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado;

RESUELVE:

1°. REVOCAR la providencia de 18 de octubre de 1990, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la suspensión provisional del acto acusado, y en su lugar,

2°. NEGAR la suspensión provisional del acto acusado.

3°. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la sala en su sesión de fecha once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Libardo Rodríguez Rodríguez.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Presupuesto/ **PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL**

Mal puede entenderse que el presupuesto de las entidades descentralizadas forma parte del presupuesto del Departamento. Cuando la Ordenanza demandada exige el mismo porcentaje para las entidades descentralizadas está quebrantando normas superiores, al hacer extensiva una obligación consagrada para el respectivo departamento, y a las entidades descentralizadas que en ningún momento han sido incluidas en la ley.
CONFIRMA LA NULIDAD del inciso final del artículo 474 de la Ordenanza número 26 de 1986, expedida por la Asamblea del Departamento de Córdoba.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Bogotá, D.E., once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 1493; Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 24 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba.; Actor: Ramiro de Jesús Angulo M.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Presidente de la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE CORDOBA y el señor Fiscal del Tribunal Administrativo de Córdoba contra la sentencia de la referencia, por la cual se declaró la nulidad del inciso final del artículo 474 de la Ordenanza N° 26 de 1986 emanada de la Asamblea Departamental de Córdoba, en virtud de la acción de nulidad incoada por el actor.

Preceptúa el artículo 474:

"Presupuesto de la Contraloría: Para permitir el cumplimiento de las funciones que se le han encomendado, en el presupuesto de gastos se incluirá necesariamente la partida suficiente para este fin, partida que no será inferior al 2% del monto total del presupuesto del departamento *y el mismo porcentaje del presupuesto de sus entidades descentralizadas, de conformidad con las leyes y ordenanzas vigentes*".

I. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO

Considera el juzgador de primer grado que las entidades descentralizadas son entes autónomos e independientes. Que si la ley 6ª de 1958 en su artículo 6° limitó el porte de las Contralorías al 2% del presupuesto del departamento, no existe razón alguna para que el 2% se extienda a las entidades descentralizadas.

Transcribe el *a-quo* sentencia del Consejo de Estado en que se analiza la Ley 6ª de 1958 y el artículo 6° de la misma, y para concluir que del contenido de dichas normas no surge fundamento jurídico alguno que permita derivar la obligación de concluir con recursos de los presupuestos de las entidades descentralizadas del orden departamental a los gastos que demande el funcionamiento de las contralorías por lo que se declara la nulidad impetrada.

II. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACION

Argumenta el apoderado del impugnador que en fallo del Consejo de Estado de fecha 14 de febrero de 1986, Ponente Dr. Enrique Low Murtra, al analizar el artículo 6° de la Ley 6ª de 1958, se dijo: " Deberá estudiarse si en el presupuesto de Córdoba se incorporan partidas relacionadas con los presupuestos de las entidades descentralizadas y cuáles son las cuantías de los aportes que corresponden al presupuesto global y el de cada entidad". Lo que permite colegir que la ley 6ª de 1958 no prohibe cobrar ese porcentaje a las entidades descentralizadas sino que prohibe que se cobre doblemente.

Por su parte el señor Fiscal del Tribunal Administrativo apela por la sencilla razón de que el *a-quo,* en su sentencia, no señala expresamente qué Asamblea Departamental expidió la ordenanza que anula.

III. CONCEPTO DEL AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO

Cenceptúa el colaborador Fiscal de la Corporación que la Asamblea de Córdoba, al expedir la Ordenanza 026 de 1986, violó el artículo 6° de la ley 6ª de 1958 al señalar además el 2% del presupuesto para gastos totales de la Contraloría, el mismo porcentaje del presupuesto de sus entidades descentralizadas, por lo que se debe confirmar la sentencia, ya que el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones ha ratificado el sentido y alcance del artículo 6° precitado.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES

1. Señala el artículo 6° de la ley 6ª de 1958:

" Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder en ningún caso, y para cada departamento, del 2% de sus respectivos presupuestos".

Cuando la ley habla de Presupuesto del respectivo Departamento, se está refiriendo al que es expedido anualmente por la Asamblea Departamental con base en el proyecto presentado por el Gobernador, diferente del presupuesto de las Entidades Descentralizadas cuya aprobación corresponde a sus Juntas Directivas. Por esto se predica de dichas entidades que poseen autonomía presupuestal y administrativa.

Entonces, mal puede entenderse que el presupuesto de las entidades descentralizadas forma parte del presupuesto del Departamento, como lo sostiene el impugnante al folio 112.

En este orden de ideas, cuando la Ordenanza 26 de 1986, en el inciso final del artículo 474, exige el mismo porcentaje para las entidades descentralizadas está quebrantando el artículo 6° de la ley 6ª de 1958 al hacer extensiva una obligación consagrada para el respectivo departamento, a las entidades descentralizadas que en ningún momento han sido incluidas en la ley.

Ya esta Corporación, como lo anota el *a-quo* y el Agente del Ministerio Público, en numerosas oportunidades se ha pronunciado sobre el alcance del artículo 6° de la Ley 6ª de 1958. Tal es el caso, entre otros, de la sentencia de fecha 7 de noviembre de 1987, expediente N° 429, Consejero Ponente Dr. Simón Rodríguez en que se reitera:

> " El 2% de apropiación con destino a la Contraloría Departamental debe aplicarse unicamente al presupuesto del departamento y no incluir también como indebidamente se hace en los artículos 3° inc. 1° y su parágrafo 2°, y 7° de la ordenanza, el mismo porcentaje para los 'municipios, las entidades descentralizadas del orden departamental y las entidades que reciban aportes departamentales'. Luego esta intromisión en los presupuestos de estas últimas entidades es ilegal e inconstitucional y por ello habrá de declararse la correspondiente nulidad".

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,

F A L L A :

1. CONFIRMASE la sentencia de primera instancia proferida el 24 de abril de 1990 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, con la precisión de que la Ordenanza N° 26 de 1986, que por ella se anula, fue expedida por la Asamblea del Departamento de Córdoba.

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 once de julio de mil novecientos noventa y uno.

Miguel González Rodríguez, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz,

Yesid Rojas Serrano, Secretario.

CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/ PROGRAMA DE VIVIENDA/ POTESTAD REGLAMENTARIA-Límites/**SUSTRACCION DE MATERIA**-Improcedencia

La norma legal se refiere a planes de construcción, financiación y mejora de vivienda adelantados por las cajas de compensación familiar, mientras que la reglamentaria excluye de esos programas a los trabajadores beneficiarios que sean propietarios y que, por lo mismo, no podrían mejorar la vivienda que ya tienen. La derogatoria de la norma acusada no obsta para que sea declarada su nulidad, aunque entendiendo, obviamente, que dicha declaratoria se refiere al tiempo durante el cual pretendió estar vigente.

DECLARA NULIDAD del artículo 75 del Decreto Reglamentario número 0341 de 1988 (febrero 25), expedido por el Presidente de la República.

POTESTAD REGLAMENTARIA

El poder reglamentario de la ley es una facultad otorgada por vía general al Presidente de la República por el ordinal 3 del art. 120 de la Carta. El hecho de que un decreto reglamentario desarrolle normas de leyes diferentes no constituye por sí mismo una causal de ilegalidad. Si bien es cierto que la necesidad es uno de los elementos que se exigen para que procesa la reglamentación de una norma legal, también lo es que la simple transcripción de una norma legal por una reglamentaria no constituye por sí misma una ilegalidad que justifique su declaratoria de nulidad, ya que ésta, además de que sería simplemente formal, sería inocua en cuanto al contenido de la norma reglamentaria quedaría clara y plenamente vigente a través de la norma legal reproducida.

SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR-Funciones

El art. 23 del D.R. 0341/88 es una típica norma de control administrativo, como el que corresponde a la Superintendencia de Subsidio Familiar

respecto de las personas privadas sometidas a su inspección y vigilancia, por lo cual no puede afirmarse que asigne una función jurisdiccional, ya que esta última corresponde a los jueces encargados de establecer la legalidad de los actos que expida el Superintendente con fundamento en la citada norma, de tal manera que estos actos se limitan a hacer una calificación previa a la declaración jurisdiccional, que procederá en concordancia con las normas procesales. Además, la función consagrada en tal artículo no constituye una sanción, sino simplemente una calificación de la legalidad del acto sometido a control.

SUBSIDIO FAMILIAR-Pago/ **CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR/ CAJA AGRARIA**-Facultades

Si bien el art. 69 de la Ley 21/82 se refiere al pago del subsidio familiar por intermedio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero más cercana al domicilio de los trabajadores, en el caso de las actividades de agricultura, silvicultura, ganadería, pesca, minería, avicultura y apicultura, también es cierto, que el art. 78 de la misma ley prevé que la citada entidad bancaria pueda recibir y administrar los aportes de empresas de otros sectores diferentes del primario.
NOTA DE RELATORIA: Ver además, concepto de la sala de consulta de febrero 7/85, cod 2169 Ponente Dr. JAIME BETANCUR CUARTAS.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Bogotá, D.E., doce de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente N° 1069; Actor: Guillermo Salamanca Molano.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., instauró ante esta Corporación el ciudadano Guillermo Salamanca Molano, tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto N° 0341 del 25 de febrero de 1988, reglamentario de las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982, dictado por el Gobierno Nacional, con la firma del Presidente de la República y su Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

I.- ANTECEDENTES

a. El acto acusado

Mediante el Decreto acusado se reglamentó la Ley 25 de 1981 " por la cual se crea la Superintendencia de Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones" y la Ley 21 de 1982 " por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y se dictan otras disposiciones".

El Decreto acusado contiene un total de 101 artículos, por lo cual la Sala se priva de transcribirlo en esta sentencia, que en su conjunto constituyen el estatuto de las Cajas de Compensación Familiar y regulan los aspectos que se indican a continuación para una mejor ilustración:

Capítulo I.- Consitutción de las Cajas de Compensación Familiar.

Capítulo II.- Asamblea General.

Capítulo III.- Consejo Directivo.

Capítulo IV.- Revisor Fiscal.

Capítulo V.- Afiliaciones

Capítulo VI.- Subsidios

Capítulo VII.- Aspectos Generales

Capítulo VIII.- Intervensiones

Capítulo IX.- Control de la Superintendencia de Subsidio Familiar.

b. Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así (fls. 132 y 132 vto.):

Mediante el Decreto-Ley 118 de 1957 se estableció en el país el Subsidio Familiar, prestación social que hoy se encuentra contenida en la Ley 21 de 1982.

La Ley 25 de 1981, creó y organizó la Superintendencia de Subsidio Familiar, determinó la forma como ejercerá sus funciones y le otorgó facultades de inspección y vigilancia sobre las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del Subsidio Familiar.

El Decreto acusado contiene el nuevo estatuto reglamentario de la Ley 21 de 1982 y de la Ley 25 de 1981 y deroga expresamente el Decreto 2337 de 1982 y demás disposiciones que le sean contrarias.

En el "Hecho" sexto de la demanda, se expresa que el acto acusado "...se resiente en su totalidad de inconstitucionalidad e ilegalidad, desborda la potestad reglamentaria, viola entre otros los ordenamientos de las artículos 12, 17, 32, 44, 76-1 y 120-3 de la Constitución Nacional, otros de naturaleza superior y la misma Ley que reglamenta".

c. La actuación surtida

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

Mediante providencia visible a folios 155 a 167 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se decretó la suspensión provisional de los efectos de los artículos 71, 72, 73, 74, 79 y 100 del Decreto 0341 del 25 de febrero de 1988.

La Sala de Decisión, por auto del 19 de mayo de 1989, previa interposición del recurso de súplica, revocó la providencia de que se da cuenta en el párrafo que antecede, en cuanto decretó la suspensión provisional de las citadas normas (fls. 254 a 259).

Por auto del 22 de septiembre de 1989 se denegaron las pruebas solicitadas y se reconoció como parte impugnadora al ciudadano Carlos Hernando García Torres (fls. 283 y 284).

Dentro del traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 291), ninguna de ellas hizo uso de tal derecho.

Por auto visible a folio 293 se dio traslado al Ministerio público para emitir su concepto de fondo, el cual obra a folios 294 a 300.

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que no deben prosperar las súplicas de la demanda, de acuerdo con los argumentos que expresa respecto a cada uno de los artículos cuya nulidad se solicita y que serán resumidos en la parte correspondiente del punto siguiente de este fallo.

III. ANALISIS DE LOS CARGOS

En su demanda, el actor solicita la nulidad de la totalidad del Decreto acusado y divide sus argumentos en seis capítulos, algunos de los cuales no se refieren a normas específicas del Decreto, por lo cual la Sala entenderá que a través de ellos busca la declaratoria de nulidad total, mientras que el Capítulo IV está consagrado al ataque de normas específicas.

En consecuencia, y teniendo en cuenta la extensión de los cargos, la Sala hará las consideraciones sobre cada uno de los capítulos en que ellos se plantean, después de resumir el ataque del actor, las razones de la defensa planteadas por la parte demandada en la contestación de la demanda y la parte correspondiente del concepto fiscal.

CARGO No 1. *NATURALEZA JURIDICA DE LAS CAJAS DE COMPENSACION FAMILIAR*

a) Resumen de lo planteado por el actor.

El subsidio familiar apareció como creación espontánea de los patronos particulares a manera de auxilio a la familia y en consideración al número de hijos que sostuviese económicamente. El Decreto 180 de 1956 estimulo su implantación y los artículos 7 y 11 del Decreto-Ley 118 de 1957 determinan quiénes están obligados a cubrirlo, quiénes tienen derecho a él y ordenan a los patronos constituir cajas de compensación o afiliarse a las existentes.

El artículo 22 del Decreto 1521 de 1957 concedió "autonomía administrativa" a las Cajas de Compensación y consagró como requisito para las que se fundaren ser organizadas en forma de Corporación y obtener personería jurídica, naturaleza y forma de organización a la cual se refieren los Decretos 3151 de 1962 y las Leyes 56 de 1973 y 21 de 1982.

La Ley, la doctrina y la jurisprudencia han establecido las características y diferencias esenciales entre las instituciones de utilidad común o fundaciones y las corporaciones o asociaciones. Estas últimas se caracterizan por la pluralidad de personas, por su objeto que es el bienestar de sus asociados y en las cuales, existiendo una voluntad determinante interna, aunan su esfuerzo y actividad para una finalidad no lucrativa. Si las asociaciones persiguen finalidades de utilidad pública, el Estado debe garantizar que ellas se cumplan en ejercicio de disposiciones constitucionales, tales como las contenidas en los artículos 17, 19, 41 y 120-12 de la Constitución Nacional.

Siendo entonces, las Cajas de Compensación asociadas de derecho privado, sin ánimo de lucro, dotadas de personalidad jurídica, y autorizadas por el artículo 44 de la Constitución, deben organizarse como corporaciones de acuerdo con las reglas del Código Civil. Igualmente, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado (art. 39, Ley 21 de 1982); son sus órganos la Asamblea General, el Consejo Directivo y la Dirección Administrativa, y su finalidad consiste en atender el pago de la prestación social (arts. 41, 42, 43, 46, 47, 54, 55, y 62 de la Ley 21 de 1982).

Como consecuencia de lo anterior, dice el actor, fluyen las siguientes conclusiones:

1) Sólo la ley puede variar, reformar o modificar los estatutos de estas corporaciones, conservando lo esencial de su finalidad. Siendo su naturaleza jurídica la de Corporaciones de derecho privado, el Estado debe respetar su autonomía y el reglamento no puede variar su organización, pues desbordaría la misma facultad reglamentaria.

2) Aprobada por el Ejecutivo la voluntad estatutaria de estos entes, si el reglamento introduce modificaciones en su ordenamiento, reduce y congela el campo de acción de sus organismos de dirección y su manejo. Al quedar en manos

del Ejecutivo la facultad de variar, según su criterio, la voluntad estatutaria de estas corporaciones, se imposibilita el ejercicio de sus funciones.

3) De ser cierto lo anterior, no puede hablarse de la existencia de una voluntad estatutaria, sino de una voluntad reglamentaria que contradice y se opone a la naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación.

4) Siendo de competencia exclusiva del legislador la regulación del régimen de las personas jurídicas de acuerdo con los artículos 12, 17, 32, 44 y 76-1 de la Constitución y 636, 638, 639, 640 y 641, del Código Civil, el Ejecutivo en uso de la potestad reglamentaria o puede modificarlo.

b) Razones de la defensa

Si bien son correctas las apreciaciones del actor sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Subsidio Familiar, no lo es menos que en desarrollo de los artículos 17 y 32 de la Constitución Nacional el Legislador consideró que debían estar sujetas a un régimen especial para garantizar debidamente el pago de las pretensiones a que están obligadas, promulgando, para tal efecto, las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982. Estas razones llevaron a la Corte Suprema de Justicia a calificar a dichas Cajas como "entidades de naturaleza especialísima" y a las citadas leyes como de intervención (sentencia N° 32 del 19 de marzo de 1987).

De acuerdo con las mencionadas leyes, las Cajas de Compensación están sometidas a las orientaciones y directrices del Gobierno Nacional y de la Suprintendencia del Subsidio Familiar, tal como se dispone en los artículos 49, 54 y 55 de la Ley 21 de 1982.

c) Concepto fiscal

En su concepto, el Ministerio Público no se pronuncia sobre este capítulo de la demanda.

d) Consideraciones de la Sala

En este capítulo el actor se limita a hacer una serie de consideraciones generales sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Compensación Familiar, sobre la competencia de la ley en este tema y sobre los consiguientes límites de la potestad reglamentaria.

A pesar de que al final del cargo III expresa que " las razones expuestas fundamentan la acusación que en forma general se propone contra la totalidad del ordenamiento contenido en el Decreto Reglamentario 341 de 25 de febrero de 1988, al disponer en su artículo 100 que, ' el presente Decreto reforma en lo pertinente los Estatutos de las Cajas de Compensación Familiar' ", lo cual parece cobijar los tres primeros cargos planteados en la demanda, la Sala no encuetra que en este primer

punto realmente se precisen cargos contra el decreto demandado, por lo cual se abstiene de analizarlo como tal.

CARGO No 2.- ***EL SUBSIDIO FAMILIAR***

a) Resumen del cargo

El subsidio familiar es una prestación social (Ley 21 de 1982, art. 1) a cargo de los patronos o empleadores (art. 14 ibídem), la totalidad de sus fondos proceden del sector privado puesto que pertenecen al trabajador y su manejo ha sido confiado a las Cajas de Compensación. Esta naturaleza jurídica afianza la propia de las Cajas como personas de derecho privado que realizan una finalidad de interés social y cuya regulación corresponde exclusivamente a la ley, de acuerdo con el artículo 12 de la Constitución.

b) Razones de la defensa

Los principios y objetivos del subsidio familiar no son otros que aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad, para los trabajadores de medianos y menores ingresos, mejorando en lo posible su nivel y calidad de vida.

c) Concepto fiscal

El Ministerio Público no se pronunció en su concepto sobre este punto de la demanda.

d) Consideraciones de la Sala

Tampoco encuentra la Sala que en este punto se precisen realmente cargos contra el decreto demandado. Lo único que puede tener ese carácter es la afirmación según la cual la regulación de las Cajas de Compensación "corresponde exclusivamente a la ley" en virtud del artículo 12 de la Constitución, con lo cual el actor parece dar a entender que las leyes que se expidan en virtud de esa norma constitucional no son reglamentables por el ejecutivo, argumento que evidentemente no corresponde a la realidad, ya que el poder reglamentario de la ley es una facultad otorgada por vía general al Presidente de la República por el ordinal 3° del art. 120 de la misma Carta.

CARGO No. 3. ***DUALIDAD DE LA REGLAMENTACION***

a) Resumen del cargo

El acto acusado no puede reglamentar conjuntamente las Leyes 25 de 1981 y 21 de 1982, puesto que no solamente la materia de cada una de ellas es diferente, sino que la relacionada con las asociaciones o corporaciones es función el Congreso mientras que la reglamentación de la otra ley es de competencia del Presidente de la República.

b) Razones de la defensa

En relación con este cargo, la entidad demandada guardó silencio.

c) Concepto fiscal

La Fiscalía en su concepto también guardó silencio sobre este aspecto.

d) Consideraciones de la Sala

La Sala no encuentra que el hecho de que un decreto reglamentario desarrolle normas de leyes diferentes constituya por sí mismo una causal de ilegalidad.

Además, la Sala hace anotar que el actor confunde la competencia para regular lo relacionado con las personas jurídicas que le otorga al Congreso el artículo 12 de la Constitución Nacional, con la facultad reglamentaria que al Presidente le otorga el numeral 3° del artículo 120 de la misma Carta y que ha sido la utilizada para expedir el decreto demandado.

Por lo tanto no prospera el cargo.

CARGO No 4.- ***ILEGALIDAD DE ALGUNAS NORMAS CONTENIDAS EN EL DECRETO ACUSADO***

4.1.- Artículo 23

a) Resumen del cargo

Esta norma no tiene carácter reglamentario puesto que no existe ninguna que desarrolle y otorgue a la Superintendencia del Subsidio Familiar poderes que exceden las atribuciones conferidas en los literales h) y m) del artículo 6 y a) del artículo 11 de la Ley 25 de 1981, pues al asignarle funciones jurisdiccionales para juzgar y decidir sobre la validez de las decisiones de la Asamblea General, viola los artículos 2° y 55 de la Constitución. Además, su ejercicio implica una usurpación y crea causales de nulidad no previstas en la norma que se reglamenta y que, por constituir sanciones, no pueden imponerse en un reglamento.

b) Razones de la defensa

Adicionalmente a las facultades concedidas al Superintendente del Subsidio Familiar en los literales h) y m) del artículo 6 de la Ley 25 de 1981, se encuentra la consagrada en el literal b) de la misma norma, según la cual este funcionario debe velar por la aplicación de las leyes y reglamentos relacionados con el subsidio familiar, y ordenar a los organismos vigilados que se ajusten a ellos. Por ello, para ejercer plenamente las funciones asignadas a la Superintendencia, ella " puede emitir a título de concepto, una calificación previa a la declaración jurisdiccional,

sobre la validez o invalidez de las determinaciones adoptadas por la Asamblea General, diferentes de las indicadas en los mencionados literales h) y m)".

c) Concepto Fiscal

De conformidad con el literal b) del artículo 6° de la Ley 25 de 1981, es obligación del Superintendente del Subsidio Familiar velar por la aplicación de las leyes y reglamentos referentes al subsidio familiar y, en consecuencia, tiene la facultad de ordenar a los organismos vigilados que se ajusten a ellos. También los literales h) y m) de la mencionada norma facultan al Superintendente para suspender, aprobar o improbar actos de los organismos directivos de las Cajas de Subsidio. De esta manera, la vigilancia que ejerce el Superintendente se constituye como una garantía para que los actos de las Cajas de Subsidio Familiar se ajusten a los marcos legales.

d) Consideraciones de la Sala

Dice el artículo 23 acusado:

" ART.23.- Las decisiones que se adopten sin observancia de los requisitos de convocatoria y quórum, sin el número de votos establecido legal o estatutariamente o excediendo el objeto legal de las cajas de compensación familiar, no serán válidas, previa calificación de la Superintendencia del Subsidio Familiar. El cumplimiento de las adoptadas con carácter individual no podrá exigirse a los afiliados ausentes o disidentes".

La Sala considera que la norma transcrita es una típica norma de control administrativo, como el que corresponde a la Superintendencia del Subsidio Familiar respecto de las personas privadas sometidas a su inspección y vigilancia, por lo cual no puede afirmarse que asigne una función jurisdiccional, ya que esta última, de acuerdo con nuestro régimen jurídico administrativo, corresponde a los jueces encargados de establecer la legalidad de los actos que expida el Superintendente con fundamento en la citada norma, de tal manera que estos actos se limitan a hacer una calificación previa a la declaración jurisdiccional, que prodecerá en concordancia con las normas procesales. Además, como lo hacen notar la apoderada de la Nación y el señor Agente del Ministerio Público, la norma reglamentaria acusada encuentra su fundamento en el literal b) del artículo 6° de la Ley 25 de 1981, según el cual es atribución del Superintendente de Subsidio Familiar, " velar por la aplicación de las leyes y reglamentos en lo referente al subsidio familiar y ordenar a los organismos vigilados que se ajusten a ellos".

De otra parte, para la Sala es evidente que el ejercicio de la función consagrada en el artículo acusado no constituye de ninguna manera una sanción, sino simplemente una calificación de la legalidad del acto sometido a control.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.2. Artículo 26

a) Resumen del cargo

Por iguales razones a las expresadas frente al artículo 23, esta disposición excede la facultad reglamentaria, ya que la Superintendencia sólo puede ejercer funciones en relación con las materia de que tratan los artículos 6. literales h) y m) y 11 literal a) de la Ley 25 de 1981.

b) Razones de la defensa

Con esta norma buscó que los afiliados a las Cajas de Compensación tuviesen el el organismo controlador de sus actividades de la garantía de que los actos de las Asambleas Generales se ajusten a los marcos legales y, en caso contrario, se les da la calificación de no válidos o se imprueben, bien por decisión judicial o por determinación de la Superintendencia.

c) Conçepto fiscal

En relación con este cargo, el señor Fiscal realizó un análisis en conjunto con el artículo 23 precedente.

d) Consideraciones de la Sala

Dice el artículo acusado:

" Art. 26.- Las decisiones de las asambleas podrán objetarse ante la Superintendencia dentro del mes siguiente a la fecha de la reunión. Esta facultad podrá ejercerse por cualquier afiliado hábil de la coporación, por el Revisor Fiscal, por el funcionario delegado por parte de la misma Superintendencia para presenciar el desarrollo de la asamblea o por cualquier persona que acredite un interés legítimo para ello.".

Como expresamente el actor sustenta el ataque a este artículo en las mismas razones aducidas respecto del artículo 23, ya analizadas y desechadas, el cargo no puede prosperar.

4.3. Artículo 37, numerales 1. y 3.

a) Resumen del cargo

So pretexto de reglamentar las funciones el Revisor Fiscal, detalladas en el artículo 4 (sic) de la Ley 21 de 1982, esta norma le otorga la facultad de juzgar la legalidad o ilegalidad de los actos de los órganos de las Cajas de Compensación.

b) Razones de la defensa

En relación con este cargo, la parte demandada guardó silencio.

c) Concepto fiscal

Expresa que los numerales demandados " son el desarrollo del artículo 4 (sic) de la Ley 21, detallando la función de vigilancia inherente a las funciones de revisoría fiscal".

d) Consideraciones de la Sala

Expresan las normas acusadas:

" *Artículo 37.-* El Revisor Fiscal presentará a la asamblea general un informe que deberá expresar:

1. Si los actos de los órganos de la caja de compensación se ajustan a la ley, los estatutos y a las órdenes o instrucciones de la asamblea y de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

".....

·3. Si hay y son adecuadas las medidas de control interno y de conservación y custodia de los bienes de la caja de compensación familiar o de terceros, recibidos a título no traslaticio de dominio".

Para la Sala, las normas acusadas son desarrollo natural de las funciones que asigna al revisor fiscal el artículo 49 de la Ley 21 de 1982 y que constituyen simplemente aspectos que debe contener un informe que no tiene por sí mismo fuerza vinculante. Basta simplemente con hacer notar que entre las funciones asignadas al revisor fiscal por el artículo 49 de la Ley 21 de 1982 se encuentran las de " asegurar que las operaciones de la Caja se ajusten de acuerdo con las decisiones de la Asamblea General y el Consejo Directivo, con las prescripciones de las leyes, el régimen orgánico del Subsidio Familiar y los estatutos" así como " dar oportuna cuenta, por escrito a la asamblea, al Consejo Directivo, al Director Administrativo y a la Superintendencia del Subsidio Familiar, según los casos, de las inrregularidades que ocurran en el funcionamiento de la entidad y en el desarrollo de sus actividades".

Por lo tanto, prospera el cargo.

4.4 Artículo 38, numeral 6

a) Resumen del cargo

Al ampliar la norma que reglamenta y las funciones de la Revisoría Fiscal, desborda las que le son propias, pues le permite formular "recomendaciones que deban implantarse para la adecuada gestión de la entidad", abarcando la totalidad de los aspectos propios de otros órganos directivos.

Las normas que regulan la gestión del Revisor en entidades comerciales, no son propias para las de naturaleza jurídica tan diferente como la de las Cajas de Compensación, que son sin ánimo de lucro y con expresa prohibición para el ejercicio del comercio.

b) Razones de la defensa

Esta norma es un simple desarrollo y la consecuencia natural de la función que compete a los Revisores Fiscales de acuerdo con el ordinal 1° del artículo 49 de la Ley 21 de 1982. Además, las " recomendaciones" de que se habla en la norma acusada, por su propia naturaleza, no obligan.

c) Concepto fiscal

Si una de las obligaciones del Revisor Fiscal, de acuerdo con el artículo 49 de la Ley 21 de 1982, es la de asegurar que las operaciones de la caja se ejecuten de acuerdo con las decisiones de los organismos directivos, con las leyes, con el régimen orgánico del subsidio familiar y con los mismos estatutos, es lógica consecuencia de ello la facultad de hacer recomendaciones tendientes a la observancia de disposiciones superiores.

d) Consideraciones de la sala

Dice la norma acusada:

"*Artículo 38.* El dictamen o informe del Revisor Fiscal sobre los estados financieros deberá expresar, por lo menos:
".....

" 6. Las recomendaciones que deban implementarlas para la adecuada gestión de la entidad".

No entiende la Sala porqué el deber de incluir unas simples recomendaciones dentro de un informe del funcionario que tiene precisamente la función de vigilancia interna de la entidad pueda tener vicios de ilegalidad, con menor razón cuando dicha función de presentar recomendaciones es el simple desarrollo de las atribuciones que la ley le otorga a ese funcionarios, especialmente las contenidas en los ordinales 1° y 2° del artículo 49 de la Ley 21 de 1982.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.5. Artículo 45

a) Resumen del cargo

Esta norma contradice los artículos 15 y 69 de la Ley 21 de 1982, puesto que la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero sólo puede recibir el pago del

subsidio o porcentaje del 8% de la nómina mensual de salarios de los empleadores que se señalan en el citado artículo 69, es decir, de los sectores primario y agroindustrial y unicamente podrá hacerlo respecto de otros sectores, en el caso de que no existan Cajas de Compensación en la ciudad o localidad donde se causen los salarios, o en la más próxima dentro de los límites departamentales, intendenciales o comisariales, o de una que funcione en la división política territorial más cercana.

La norma acusada, al disponer que " la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sólo podrá recibir empleadores de sectores diferentes al primario y agroindustrial", en aquellas ciudades o localidades donde no funcionen Cajas de compensación, siempre y cuando haya sido autorizada conforme al inciso final del artículo 77 de la Ley 21 de 1982, modifica no sólo el mandato general del artículo 15, sino el propio artículo 69, pues se está autorizando aplicaciones a sectores diferentes del primario.

Si bien el artículo 78 de la Ley 21 de 1982 parece ampliar la posibilidad de que la Caja Agraria se constituya en entidad recaudadora y pagadora del subsidio en sectores diferentes al primario, lo cierto es que no existen otros sectores que estén facultados para pagar el subsidio por su intermedio, y, entonces, ha de entenderse que el término " y de las empresas de otros sectores que paguen el subsidio familiar por intermedio de dicha Caja", obedece a las diferentes modificaciones propuestas e introducidas al proyecto inicial.

El artículo 45 acusado, además de desbordar la norma que dice reglamentar, pretende otorgar a la Caja de Crédito Agrario, a través del reglamento, unas funciones que no les están dadas por la ley.

b) Razones de la defensa

A pesar de que según los artículos 15 y 69 de la Ley 21 de 1982 la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero tiene la facultad de recaudar y pagar el subsidio familiar esencialmente en los sectores agroindustrial y primario, el artículo 78 de la misma ley le permite recibir aportes y afiliados de otros sectores, en regiones donde no exista Caja de Compensación.

La interpretación que se hizo de la Ley en tal sentido, fue producto no sólo de la respuesta dada a una consulta que se formuló a la Sala de Consulta y Servicio Civil el Consejo de Estado (Concepto Nº 2159 del 7 de febrero de 1985), sino también del hecho de que "las Cajas de Compensación Familiar no han puesto su interés en llegar a los lugares más apartados del País, dejando desprotegidos a los trabajadores que causan allí sus salarios y a sus familias".

c) Concepto fiscal

Este artículo se ajusta a la Ley 21 de 1982, por cuanto en ella se encargó a la Caja de Crédito Agrario " de ser receptora de las contribuciones por concepto del subsidio familiar, y además, deberá organizar una dependencia que tendrá por

objeto exclusivo la administración del subsidio familiar el sector primario y de las empresas de otros sectores".

d) Consideraciones de la Sala

Expresa la norma acusada:

"Artículo 45.- La Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, sólo podrá recibir empleadores de sectores diferentes al primario y agro-industrial, en aquellas ciudades o localidades donde no funcionen cajas de compensación familiar, siempre y cuando haya sido autorizada a prestar servicios en la forma establecida en el inciso final del artículo 77 de la Ley 21 de 1982".

La Sala observa que si bien el artículo 69 de la Ley 21 de 1982 se refiere como anota el actor, al pago del subsidio familiar por intermedio de trabajadores, en el caso de las actividades de agricultura, silvicultura, ganadería, pesca, minería, avicultura y apicultura, también es cierto, como lo hace ver la parte demandada, que el artículo 78 de la misma ley prevé que la citada entidad bancaria pueda recibir y administrar los aportes de empresas de otros sectores diferentes del primario.

En consecuencia, la Sala considera que la norma acusada en este cargo contiene precisamente un desarrollo reglamentario de la previsión legal contenida en el citado artículo 78 de la Ley 21 de 1982, en concordancia con el último inciso del artículo 77 de la misma ley, y que constituye, a su vez, una excepción adicional a la regla general respecto del sector primario prevista en el artículo 15 del citado estatuto legal, razón por la cual el cargo no puede prosperar.

Esta interpretación es concordante, además, con el concepto rendido por la sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, rendido ante consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social sobre el mismo punto (Concepto del 7 de febrero de 1985, Consejero Ponente: doctor Jaime Betancur Cuartas, Radicación Nº 2159).

4.6. Artículo 46

a) Resumen del cargo

De conformidad con el artículo 45 de la Ley 21 de 1982 la calidad de miembro afiliado de la respectiva Caja se suspende por mora en el pago de los aportes y se pierde por " causa grave", una de cuyas causales es la "reincidencia en la mora en el pago de los aportes. " Además, la suspensión de la calidad de miembro afiliado trae como consecuencia el que se suspendan los servicios a los beneficiarios.

No puede confundirse la " reincidencia en la mora " con la mora misma, por cuanto si se dejan de cancelar tres mensualidades consecutivas no hay reincidencia sino falta de pago o cumplimiento de pagar " tres mensualidades consecutivas",

fenómeno diferente a la " reincidencia en el pago de los aportes". Reincide quien comete dos o más veces el mismo hecho.

En consecuencia, la norma reglamentaria, desborda la norma que reglamenta. Además, el actor termina ese cargo afirmando que la norma acusada " permite que desaparezca la sanción cuando el empleador o patrono incurre en mora", sin explicar esta última afirmación.

b) Razones de la defensa

Si de conformidad con los artículos 10 y 45 de la Ley 21 de 1982 el empleador está obligado a pagar los aportes dentro de los diez primeros días del mes siguiente al que se satisface, y si así no sucede, éste incurre en mora y, naturalmente, al incumplir su obligación por tres meses consecutivos, " se constituye en mora reincidente".

Por otra parte, cuando la norma acusada utiliza la expresión " podrán", deja al criterio de la respectiva Caja de Compensación prestar servicios a los trabajadores de la empresa suspendida, razón por la cual se protegen los derechos del trabajador, sin permitir que desaparezca la sanción para el empleador.

c) Concepto fiscal

Esta norma está autorizada por los artículos 10 y 45 de la Ley 21 de 1982 y " Es también obvio que de una mora se produzca una suspensión y que tres moras se llegue a la expulsión".

d) Consideraciones de la Sala

La norma acusada es del siguiente tenor:

" Artículo 46.- La suspensión de afiliado de que trata el artículo 45 de la Ley 21 de 1982 se produce por mora en el pago de los aportes.

" Las cajas de compensación familiar, mientras subsista la suspensión podrán prestar servicios a los trabajadores de la empresa suspendida.

" Para efectos de la expulsión se entiende que hay reincidencia en la mora cuando el respectivo empleador deje de cancelar 3 mensualidades consecutivas".

Como lo expresan la parte demandada y el Colaborador del Ministerio Público, la norma acusada encuentra su respaldo en los artículos 10 y 45 de la Ley 21 de 1982, que es la reglamentada, de acuerdo con los cuales los pagos por concepto de aportes deben hacerse dentro de los diez primeros días del mes siguiente al que se satisface, y la reincidencia en la mora de dicho pago constituye causa grave que da lugar a la pérdida de la calidad de miembro afiliado.

Al respecto, para la Sala es perfectamente claro que la mora durante tres mensualidades consecutivas constituye reincidencias en dicha mora, pues la mora simple está dada por el retraso en una sola mensualidad.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.7. Artículo 48, Inciso 2°

a) Resumen del cargo

Esta norma modifica y adiciona el artículo 45 de la Ley 21 de 1982, al otorgar competencia " al Inspector del Trabajo, a efecto de que se adopten las providencias del caso", pues se delega una facultad indelegable que corresponde a la Superintendencia al tenor de los artículos 17 de la Ley 25 y 45 de la Ley 21, además de violentar el artículo 13 del C. de P.C., pues no se sabe qué providencias sean las que deban adoptarse por el Inspector del Trabajo.

b) Razones de la defensa

La Superintendencia del Subsidio Familiar sólo ejerce la vigilancia e inspección sobre las entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar y no sobre los empleadores, ya que ésta es función del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Con esta norma sólo " se aclara que el cumplimiento del empleador con relación a los pagos del subsidio familiar, al igual que el de cualquier otra prestación social, está a cargo del Ministerio de Trabajo a través de las Inspecciones creadas para tal fin".

c) Concepto fiscal

Toda vez que la tarea de vigilancia y control de la Superintendencia se limita a las entidades recaudadoras y pagadoras del subsidio familiar, esta norma está conforme con el artículo 14 (sic) de la Ley 25 de 1981.

d) Consideraciones de la Sala

Expresa el artículo 48 en su parte demandada:

" Artículo 48.- .....

" En los casos de suspensión por mora o de expulsión de afiliado, las cajas informarán por escrito al Inspector de Trabajo que tenga competencia en el domicilio del empleador, indicando el número de mensualidades adeudadas, a efecto de que se adopten las providencias del caso".

De conformidad con los artículos 3° y 4° de la Ley 25 de 1981, a la Superintendencia del Subsidio Familiar corresponde la inspección y vigilancia de las entidades encargadas de recaudar los aportes y pagar las asignaciones del

subsidio familiar. De acuerdo con lo anterior, es lógico que el inciso 2° del artículo 45 de la Ley 21 de 1982 establezca que en los casos establecidos en esa misma norma, las Cajas de Compensación Familiar deban dar un informe a la Superintendencia, " a efecto de que se adopten las providencias del caso".

Pero esa prescripción no es incompatible con la contenida en la norma reglamentaria aquí acusada (inciso segundo del artículo 48 del Decreto 0341 de 1988), consistente en que " las cajas informarán por escrito al Inspector de Trabajo que tenga competencia en el domicilio del empleador, indicando el número de mensualidades adeudadas, a efecto de que se adopten las providencias del caso", por las siguientes razones:

De una parte, porque las competencias de la Superintendencia del Subsidio Familiar son diferentes de las que puedan corresponder a los Inspectores del Trabajo.

De otra, porque ambas normas (tanto la legal como la reglamentaria) se refieren a " las providencias del caso", es decir, a las que legalmente corresponda adoptar a cada una de las citadas autoridades, por lo cual no puede afirmarse que a través de la norma reglamentaria se estén modificando ni delegando las funciones de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

4.8. Artículo 49

a) Resumen del cargo

Esta disposición crea una modalidad no contemplada en la ley en cuanto al pago de los aportes, pues hace retroactiva la obligación. Si el patrono incumple con la prestación del subsidio, es el trabajador el legitimado para exigirla como prestación social, en los términos del C.S. del T. y como lo dispone el artículo 86 de la Ley 21 de 1982.

b) Razones de la defensa

Esta norma, además de favorecer a la clase trabajadora, no excede los términos de la Ley que reglamenta, " sino que la interpreta bajo los parámetros establecidos en los artículos 1. y 6. de la Ley 21 de 1982".

Siendo el subsidio familiar una prestación social, su pago puede hacerse efectivo de acuerdo con las normas del C.S.del T., pero si el empleador no afiliado desea ponerse al día en el momento de su afiliación, la Caja de Subsidio actuando como intermediario-compensador, deberá pagar a los beneficiarios las cuotas, con la misma retroactividad con que las haya recibido.

c) Concepto fiscal

Siendo el subsidio familiar una prestación social "es evidente que la reglamentación del no pago de ella pueda reclamarse en los términos del Código Sustantivo del .

d) Consideraciones de la Sala

Dice la norma acusada:

" *Artículo 49.-* Cuando el empleador incurso en suspensión o pérdida de la calidad de afiliado a una caja por no pago de aportes, cancele lo debido a la caja, ésta pagará a los trabajadores beneficiarios de aquél tantas cuotas de subsidio cuantas mensualidades haya satisfecho.

" En igual obligación estará la caja cuando afilie empleadores que paguen aportes retroactivos".

Para la Sala es evidente que este cargo no puede prosperar por la sencilla razón de que la norma acusada no se refiere en ningún momento a la exigibilidad de afiliación por parte de las cajas frente a los empleadores, como es uno de los supuestos del cual parte el actor para formular el cargo.

Tampoco encuentra la Sala que la norma aquí acusada consagre por sí misma la obligación retroactiva del pago de aportes, ya que sólo se está refiriendo a la obligación que adquieren las cajas "cuando afilie empleadores que paguen aportes retroactivos", sin que allí se establezca las circunstancias que puedan dar lugar a dicho pago de aportes retroactivos.

En consecuencia, no propera el cargo.

4.10. Artículo 51

a) Resumen del cargo

La norma crea un título ejecutivo a favor de las Cajas de Compensación y de la Escuela Superior de Administración Pública, el cual sólo puede nacer de las providencias judiciales, de la voluntad de las partes o de la voluntad de la ley, pero jamás puede crearse por una norma reglamentaria. "Esta es función exclusiva del Legislador conforme al artículo 76, pues solamente él goza de aptitud constitucional para dar titularidad con fuerza ejecutiva". Además de lo anterior, la norma reglamentaria restringe su exigibilidad al empleador desafiliado por mora.

b) Razones de la defensa

El fundamento de esta norma, que autoriza el cobro judicial por parte de la ESAP y de las Cajas de Compensación Familiar, entre otros organismos, se encuentra en el artículo 488 del C. de P.C. En efecto, dentro de los títulos judiciales se encuentran los denominados " títulos ejecutivos de origen administrativo como

los emanados de actos administrativos proferidos por la Nación, etc., siempre y cuando tengan su origen en una relación de trabajo". Siendo el subsidio familiar una prestación social, la Resolución proferida por el Consejo Directivo de una Caja, previa aprobación por parte del Inspector de Trabajo, presta mérito ejecutivo.

c) Concepto fiscal

La Fiscalía de la Corporación guardó silencio sobre este cargo.

d) Consideraciones de la Sala

Expresa la norma acusada:

"*Artículo 51.*- Las cajas de compensación, el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), la Escuela Superior de Administración Pública y los trabajadores beneficiarios del empleador desafiliado por mora en el pago de sus aportes, podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación".

Este cargo tampoco puede prosperar por la elemental razón de que la norma impugnada no crea ningún título ejecutivo como lo afirma el actor. Ella simplemente expresa que la entidades y personas allí indicadas"podrán exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación"como es apenas obvio desde el punto de vista de los principios generales que rigen la administración de justicia respecto de la forma de hacer cumplir las obligaciones insatisfechas. El que dicha exigencia judicial pueda realizarse ejecutivamente depende de las normas legales que tipifican los títulos ejecutivos y regulan los procesos de esa naturaleza, sin que ellas puedan entenderse modificadas o afectadas por la norma reglamentaria aquí analizada.

Por tanto, no prospera el cargo.

4.11. Artículo 52

a) Resumen del cargo

Esta norma no tiene carácter reglamentario por cuanto la jornada máxima de trabajo no puede ser remunerada por fuera del salario mínimo. Son los artículos 9, 17, 20, 22, parágrafo del artículo 23, 36 y 64 de la Ley 21 de 1982 los que determinan y por lo tanto reglamentan la forma de liquidación de los aportes.

b) Razones de la defensa

Esta norma simplemente aclara el sentido del artículo 45 de la Ley 21 de 1982. Con ella se pretende evitar las infracciones que a diario se cometen con respecto a la asignación mínima para la jormada máxima de trabajo.

c) Concepto fiscal

Esta norma, como desarrollo del artículo 45 de la Ley 21 de 1982, se limita a señalar el salario mínimo como factor también mínimo para la liquidación de aportes en relación con quienes trabajen la jornada máxima legal.

d) Consideraciones de la Sala

El texto de la norma acusada es el siguiente:

"Artículo 52.- El factor para la liquidación de aportes por concepto de salarios de los trabajadores que cumplan jornada máxima de trabajo no podrá ser inferior al mínimo legal vigente".

La norma acusada en este cargo busca simplemente garantizar la aplicación de las normas legales vigentes sobre salario mínimo, sin que la Sala encuentre que se oponga a las normas de la Ley 21 de 1982 que se refieren a la forma de calcular los aportes, pues entiende que estas últimas también están partiendo de la base del cumplimiento de las disposiciones legales vigentes en materia de salario mínimo.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.12. Artículo 56

a) Resumen del cargo

Esta disposición desborda el artículo 27 de la Ley 21 de 1982, pues al disponer que " la convivencia con los hijos legítimos, naturales, adoptivos e hijastros, con los hermanos huérfanos de padre y con los padres del trabajador... no implica la cohabitación (sic) permanente entre el trabajador beneficiario y la persona a cargo", da lugar a que puedan ser beneficiarios del subsidio quienes legalmente no tengan derecho a él, pues la norma sustancial exige no sólo la dependencia económica sino la " convivencia".

b) Razones de la defensa

En esta disposición se interpreta los términos de la ley de acuerdo con las situaciones objetivas del país, en el cual, existiendo la dispersión familiar y la interrupción "por lapsos" de la cohabitación permanente, por razones de separaciones de cuerpos, divorcios, estudios, trabajo, etc., no se rompe el vínculo familiar entre el trabajador y sus hijos. Si además de lo anterior se mantiene la dependencia económica, se estaría en contravía de lo dispuesto por el artículo 1. de la Ley 21 de 1982 al negar el subsidio familiar a esos trabajadores por sus hijos.

c) Concepto fiscal

Se considera que no desborda la ley, por cuanto en él se "determina la diferencia entre convivencia y cohabitación, precisamente para que el mismo tenga su correcta aplicación".

d) Consideraciones de la Sala

Dice la norma acusada:

"*Artículo 56.-* La convivencia con los hijos legítimos, naturales, adoptivos e hijastros, con los hermanos huérfanos de padre y con los padres del trabajador, a que se refiere el artículo 27 de la Ley 21 de 1982 no implica la cohabitación permanente entre el trabajador beneficiario y la persona a cargo".

La Sala considera que la norma reglamentaria acusada hace una diferenciación entre el concepto de "convivencia" que contiene el artículo 27 de la Ley 21 de 1982 y el de "cohabitación permanente" a fin de darle efectividad al objetivo fundamental del subsidio familiar, expresado en el artículo 1° de la Ley 21 de 1982, según el cual dicho objetivo fundamental "consiste en el alivio de las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad".

De tal manera que si se tiene en cuenta que el parágrafo del mismo artículo 1° establece que "para la reglamentación, interpretación y, en general, para el cumplimiento de esta ley se tendrá en cuenta la presente definición del subsidio familiar", es plenamente explicable y lógico que la norma reglamentaria haya aclarado que el requisito de la convivencia no implica la cohabitación permanente, ya que es posible que por diversos motivos, como el de la educación de los hijos o la salud de las personas a cargo, puedan éstos depender economicamente del trabajador sin que se presente objetivamente dicha cohabitación permanente.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.13. Artículo 57

a) Resumen del cargo

Al ordenarse esta norma que "el valor dejado de cancelar deberá contabilizarse como pasivo del ejercicio a favor de los trabajadores beneficiarios cuando las sumas efectivamente pagadas no corresponden al 55% de lo recaudado en el respectivo año", constituye una normatividad ilegal, pues esta situación, al no estar contemplada en la ley no puede ser materia de reglamento. Es la norma sustancial del artículo 54 de la Ley 21 de 1982 la que faculta a los Consejos Directivos para fijar las cuotas de subsidio en dinero, calculadas con base en el porcentaje mínimo de los recaudos previstos en el numeral 1° del artículo 43 de la misma ley.

b) Razones de la defensa

Cuando esta norma hace referencia al pago del subsidio en efectivo está indicando que aquellas Cajas de Compensación que no han cumplido con el pago completo del porcentaje "mínimo" del 55% para el pago del subsidio en dinero que determina el artículo 43 de la Ley 21 de 1982, deben ajustarse a él. Esta norma, por

tanto, no refiere al saldo que queda de descontarle al total de aportes el mencionado 55%, más otros conceptos que ascienden al 14%.

c) Concepto fiscal

Esta norma contituye el desarrollo del artículo 43 de la Ley 21 de 1982.

d) Consideraciones de la Sala

Texto de la norma acusada:

" *Artículo 57.-* La cuota monetaria de subsidio familiar por persona a cargo, se fijará por semestres anticipados a más tardar en los meses de junio y diciembre inmediatamente anteriores al semestre de aplicación y se calculará con base en el presupuesto de recaudos para el respectivo período, dividiendo la suma a repartir entre el número proyectado de personas a cargo.

" Si después de la aplicación de este procedimiento resultare que las sumas efectivamente pagadas no corresponden al 55% de lo recaudado en el respectivo año, el valor dejado de cancelar deberá contabilizarse como pasivo del ejercicio, a favor de los trabajadores beneficiarios, y se procederá a su cancelación en el primer semestre del siguiente período.

" El valor dejado de pagar se distribuirá entre los trabajadores que hayan sido beneficiarios en el respectivo ejercicio y en proporción al número de cuotas a que hayan tenido derecho durante el mismo año".

Como puede concluirse facilmente de su simple lectura, la norma reglamentaria acusada en un desarrollo del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, necesario para el cabal cumplimiento de esta última.

En efecto, el artículo 43 citado establece que los aportes recaudados por la Cajas por concepto de subsidio familiar se distribuirán en la forma allí indicada, entre lo cual se destaca que como mínimo el cincuenta y cinco por ciento (55%) debe estar destinado al pago de subsidio familiar en dinero.

De tal manera que al establecer la norma reglamentaria que si las sumas efectivamente pagadas no corresponden al citado porcentaje, el valor dejado de cancelar deberá contabilizarse como pasivo del ejercicio a favor de los trabajadores beneficiarios y se les pagará en el primer semestre del siguiente período, no está haciendo otra cosa que detallar la forma práctica como se debe garantizar el cumplimiento de la norma legal que ordena la destinación de 55% de los aportes al pago de subsidio en dinero.

Por lo tanto, la norma acusada en este cargo en un legítimo ejercicio del poder reglamentario, por lo cual dicho cargo no pude prosperar.

4.14. Artículos 63, 64 y 65

a) Resumen del cargo

Estas normas, además de extrañas al Estatuto que se reglamenta, son contradictorias, por cuanto el porcentaje asigando por el numeral 2° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982 para gastos de instalación, administración y funcionamiento, no puede ser afectado o disminuído por ninguna causa, ni incluirse en él rubros diferentes de los determinados por la ley.

b) Razones de la defensa

De los artículos 5 y 43 de la Ley 21 de 1982 "se concluye que si la depreciación de activos fijos no destinados al pago del subsidio familiar, se carga a los porcentajes señalados en los numerales 1. y 4. (del citado artículo 43), o se saca de los rendimientos y productos líquidos de las operaciones efectuadas por la Caja, se estaría desviando el pago de una prestación social y perjudicando a los trabajadores beneficiarios y por ende a las familias de éstos".

Es por lo anterior que las Cajas sólo cuentan con el 10% para cubrir sus gastos, máxime cuando los artículos 63 a 65 del Decreto demandado señalan que en este porcentaje "serán incluídos solamente el valor y la depreciación de los activos fijos *que no destinen especificamente a programas y servicios sociales"* (Subrayas del actor).

c) El concepto fiscal

El Colaborador Fiscal afirma que " esta normatividad ya estaba contenida en el artículo 43 de la Ley 21 y se había estatuído también la finalidad de los rendimientos, remanentes y productos líquidos de las operaciones comerciales".

d) Consideraciones de la Sala

Preceptúan las normas acusadas:

"Artículo 63.- Los activos fijos de las entidades vigiladas se depreciarán de conformidad con las disposiciones legales vigentes".

"Artículo 64.- El valor de los activos fijos que no se destinen especificamente a programas y servicios sociales se considerarán gastos de administración, instalación y funcionamiento a través de la depreciación".

"Artículo 65.- Para los efectos del artículo anterior, la adquisición de los activos fijos que no se destinen especificamente a programas y servicios sociales de las cajas de compensación familiar deberá hacerse calculando que el valor de la depreciación que correspondería al activo en el respectivo

ejercicio, no genere un exceso sobre el porcentaje autorizado en la ley para gastos de instalación, administración y funcionamiento".

Como se desprende claramente del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, las prioridades en el destino de los aportes recaudados están dirigidas al pago de subsidio en dinero y en servicios o especie a través de obras y programas sociales. Si bien está previsto igualmente que las cajas pueden destinar parte del recaudo a gastos de instalación, administración y funcionamiento, así como a la constitución de la reserva legal de fácil liquidez, estas últimas actividades tienen unas limitaciones dadas por los porcentajes máximos del 10% y 3% de los recaudos.

Dentro del marco anterior, la Sala considera que las normas contenidas en los artículos 63, 64 y 65 no son más que aspectos de detalle destinados a garantizar que las depreciaciones de los activos fijos no destinados a programas y servicios sociales afecten el porcentaje destinado a gastos de administración, instalación y funcionamiento y no los propietarios de pago del subsidio en dinero o en servicios, por lo cual encuadran dentro el marco de la ley reglamentada.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

4.15. Artículos 66 y 90

a) Resumen del cargo

Estas normas violan el artículo 26 de la Constitución Nacional, pues otorgan al Superintendente del Subsidio Familiar la facultad de sancionar, sin que las causas que puedan generar tales sanciones y el procedimiento que en tales casos deba aplicarse, se encuentren contenidos en la ley preexistente. Por tanto, no puede existir falta disciplinaria ni sanción sin previa disposición legislativa que las consagre.

b) razones de la defensa

Estas normas se limitan a precisar las facultades sancionatorias de que dispone el Superintendente del Subsidio familiar, reguladas por los artículos 15 y 16 de la Ley 25 de 1981.

Es en virtud de dichas facultades que cuando las Cajas se exceden en el porcentaje establecido en el ordinal 2° del artículo 43 de la Ley 21 de 1982, el Superintendente, aún sin la norma reglamentaria, deberá imponer las sanciones del caso.

c) Concepto fiscal

Expresa el señor Fiscal que los artículos acusados en este cargo " son el desarrollo de los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 25 de 1981".

d) Consideraciones de la Sala

Los artículos acusados expresan:

"*Artículo 66.*- El exceso en que incurran las corporaciones sobre el porcentaje autorizado en el artículo 43, ordinal 2° de la Ley 21 de 1982, dará lugar a la aplicación de las sanciones legales correspondientes".

"*Artículo 90.*- Si del informe presentado se concluye que hay violación de normas legales o estatutarias, el Jefe de la Sección de Visitaduría de la Superintendencia del Subsidio Familiar, dentro de los 10 días siguientes correrá pliego de cargos a los presuntos responsables, quienes dispondrán de un término de 10 días para presentar los respectivos descargos y las pruebas que pretendan hacer valer.

" Recibidos los descargos y practicadas las pruebas que se consideren conducentes, el Jefe de la Sección de Visitaduría rendirá informe evaluativo al Superintendente del Subsidio Familiar, dentro de los 10 días siguientes, quien dentro de los 15 días siguientes tomara las medidas administrativas a que haya lugar, de conformidad con los artículos 13 del Decreto 2463 de 1981 y 15 de la Ley 25 de 1981. Si no hubiere mérito para imponer sanciones, ordenará el archivo del expediente".

Para la Sala es evidente que las dos normas acusadas en este cargo encuentran su fundamento legal en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 25 de 1981, como lo expresa el señor Fiscal, especialmente en el primero de ellos que otorga al Superintendente del Subsidio Familiar la facultad de imponer multas desde quinientos hasta treinta mil pesos a los funcionarios de las entidades sometidas a su control, por violación de las normas legales o estatutarias, además de poder decretar la suspensión o cancelación de la personería jurídica de la entidad o la intervención administrativa de la misma, en caso de grave o reiterada violación de dichas normas.

De tal manera que las causales que dan lugar a sanción sí están previstas en la ley.

En relacón con el procedimiento previsto en el artículo 90 del decreto reglamentario demandado, precisamente tiene por finalidad garantizar el principio de defensa consagrado en el artículo 26 de la Constitucion Política vigente al momento de su expedición, por lo cual podría violarlo.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.16. Artículo 67

a) Resumen del cargo.

Esta norma es extraña a la facultad reglamentaria, pues toca aspectos diferentes a la norma que pretende reglamentar e invade el campo de la legislación tributaria, puesto que tales aspectos quedarían sujetos a las respectivas disposiciones.

b) Razones de la defensa

La acusación de esta norma proviene de su equivocada interpretación, pues si en ella se hace alusión a la legislación tributaria es, precisamente, para indicar que los remanentes producidos en los programas de mercadeo social se sujetan a ella.

c) Concepto fiscal

Dice el Colaborador Fiscal que "es obvio que las normas que reglamentan la tributación sean la guía para tener en cuenta Corporaciones (sic) como son las Cajas de Compensación Familiar; son fiel seguimiento de estas normas".

d) Consideraciones de la Sala

El texto acusado es del siguiente tenor:

"*Artículo 67.-* La apropiación de los rendimientos y productos liquidos de las operaciones que efectúen las cajas de compensación familiar, así como los remanentes presupuestales de cada ejercicio, deberán hacerla los consejos directivos dentro del semestre siguiente al ejercicio anual que generó los remanentes. Para efectuar el pago del subsidio en dinero, se tendrá como plazo máximo el 31 de diciembre del año siguiente al que arrojó remanentes.

" Los remanentes producidos en los programas de mercadeo social se sujetarán a las disposiciones tributarias a que hubiere lugar".

Además de que la norma acusada se remite a las disposiciones tributarias precisamente para sujetarse a ellas, lo cual no puede ser ilegal, el actor no indica ninguna norma legal que pudiera haber sido violada por la norma reglamentaria acusada, omisión que releva a la Sala de cualquier análisis.

Por tanto, el cargo no prospesra.

4.17. Artículos 71, 72, 73, 64 (sic) y 76

a) Resumen del cargo

Estas normas son inconstitucionales e ilegales, pues pretenden revivir "con grave violación del principio de la cosa juzgada *erga omnes*", lo previsto en literal f) del artículo 6° de la Ley 25 de 1981, declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de septiembre de 1982. De su simple lectura se deduce que las atribuciones del literal f) del artículo 6°, materia de inexequibilidad, son idénticas a las atribuciones que prevén los mencionados artículos reglamentarios.

b) Razones de la defensa

Es cierto que el literal f) del artículo 6° de la Ley 25 de 1981 fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia N° 69 del 2 de septiembre de 1982. (sic)

No obstante lo anterior, la Ley 21 de 1982 en sus artículos 54 ordinal 2° y 63 revivió la facultad el Superintendente del Subsidio para aprobar los planes y programas de inversión para obras y servicios sociales que deben presentar las entidades bajo su vigilancia. Demandadas como fueron estas normas, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia N° 32 del 19 de marzo de 1987 las declaró exequibles.

Por ello, las normas acusadas, al reglamentar el ordinal 2° del artículo 54 de la Ley 21 de 1982, se ajustan al ordenamiento jurídico.

c) El concepto fiscal

Estas normas encuentran su fundamento en el artículo 54, ordinal 2° de la Ley 21 de 1982.

d) Consideraciones de la Sala

Todas las normas acusadas en este cargo se refieren a la aprobación de los planes y programas de inversión y de las negociaciones de bienes inmuebles de las cajas de compensación por parte de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

Como lo expresa la parte demandada y se desprende del encabezameinto del artículo 71, estas normas no reglamentan el literal f) del artículo 6° de la Ley 25 de 1981, declarado inexequible mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de septiembre de 1982, sino el ordinal 2° del artículo 54 y el artículo 63 de la Ley 21 de 1982, declarados exequibles por sentencia de la misma Corte del 19 de marzo de 1987.

Por tanto, no prospera el cargo.

4.18.- Artículo 72

a) Resumen del cargo

Además de desnaturalizar el objeto de las Cajas de subsidio, esta norma deja al criterio de la Superintendencia del Subsidio Familiar el determinar qué se entiende como " fundamentalmente", e introduce modificaciones al artículo 89 de la Ley 21 de 1982, ya que éste expresamente consagra el derecho para toda persona de gozar de los servicios sociales de mercadeo y recreación y de hacer uso de las obras y programas sociales abiertos al público con anterioridad.

b) Razones de la defensa

Al expresarse en esta norma que las obras y programas sociales que emprendan las entidades vigiladas deban dirigirse fundamentalmente a la atención de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar, se está recogiendo la orientación que de tales proyectos se desprende de los artículos 5 y 62 de la Ley 21 de 1982.

El término "fundamentalmente" utilizado en la norma demandada implica que por lo menos el 50% de los cupos del servicio o programa esté reservado para los beneficiarios del subsidio, lo cual no impide que tal porcentaje sea superior, pues a tales servicios pueden acceder trabajadores no afiliados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 21 de 1982.

Al no ser otra la interpretación de la norma reglamentaria, no es cierto que ésta quede al arbitrio del Superintendente, ni que se alteren las disposiciones de la ley.

c) Concepto fiscal

En relación con el cargo planteado contra este artículo la Fiscalía guardó silencio en su concepto.

d) Consideraciones de la Sala

Dice la norma demandada:

"Artículo 72.- Las obras y programas sociales que organicen las cajas de compensación familiar, con el fin de atender el pago del subsidio en servicios, estarán dirigidos fundamentalmente a la atención de los trabajadores beneficiarios del subsidio familiar.

"Para la aprobación de los planes y programas que emprendan las cajas de compensacion familiar, la Superintendencia del Subsidio Familiar examinará:

"1. La destinación al pago de servicios a los trabajadores beneficiarios.

"2. La ubicación dentro del orden de prioridades a que se refiere el artículo 62 de la Ley 21 de 1982.

"3. La disponibilidad de recursos económicos.

"4. La localización en zonas de fácil acceso para las clases populares".

De la lectura del cargo se concluye que el ataque del actor sólo va dirigido contra la expresión "fundamentalmente", que hace parte del inciso primero de la norma acusada.'

Al respecto, no considera la Sala que esta expresión viole las normas citadas por el actor, por las siguientes razones:

De una parte, a pesar de que la expresión citada le parezca ambigua al actor, ello no conlleva su ilegalidad, puesto que se trata de indicar un criterio para la finalidad principal que deben cumplir las otras y programas sociales que organicen las cajas de compensación familiar.

De otra parte, no considera la Sala que la norma acusada en este cargo contraríe las prioridades a que se refiere el artículo 62 de la Ley 21 de 1982, pues mientras esta última norma se refiere al objeto de las obras y programas sociales (salud, nutrición, mercadeo, educación, etc.), aquella se refiere a los sujetos a los cuales dichas obras y programas deben estar dirigidos de manera principal.

Finalmente, en relación con el artículo 89 de la Ley 21 de 1982, que establece la continuación de la apertura al público de las obras y programas sociales que así venían operando con anterioridad a esta ley y con la debida autorización, no encuentra la Sala que dicha disposición se vea desconocida por la norma reglamentaria acusada, ya que ésta establece un criterio que no es incompatible con el cumplimiento de aquella norma.

En consecuencia, no prospera el cargo.

4.19. Artículo 75

a) Resumen del cargo

Esta norma contraría la misma que pretende reglamentar puesto que mientras que en aquella se contempla el derecho a "financiación y mejora de vivienda", lo que de hecho implica la posibilidad de tenerla, en ésta se dispone que "los programas de vivienda... estarán dirigidos exclusivamente a los trabajadores que carezcan de ella...".

b) Razones de la defensa

Esta norma fue derogada expresamente por el artículo 27 del Decreto 784 de 1989, el cual expresa en su numeral 4: "Otorgar créditos para la adquisición y mejoramiento de la vivienda de los afiliados y sus familias".

c) concepto fiscal

En su concepto, la Fiscalía guardó silencio frente a este cargo.

d) Consideraciones de la Sala

Dice la norma acusada:

"Artículo 75.- De conformidad con el artículo 65 de la Ley 21 de 1982, los programas de vivienda que adelanten las cajas de compensación familiar estarán dirigidos exclusivamente a los trabajadores que carezcan de ella y que tengan la calidad de beneficiarios en los términos del artículo 18 de la misma ley".

De la simple lectura comparativa de la norma acusada frente al artículo 65 de la Ley 21 de 1982, que dice reglamentar, resulta efectivamente una contrariedad que conlleva a su ilegalidad, en cuanto la norma legal se refiere a planes de construcción, financiación y mejora de vivienda, mientras que la reglamentaria excluye de esos programas a los trabajadores beneficiarios que sean propietarios y que, por lo mismo, no podrían mejorar la vivienda que ya tienen.

En relación con el argumento de la parte demandada en el sentido de que esta norma fue derogada expresamente por el artículo 27 del Decreto 784 de 1989, ello no obsta, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, para que sea declarada la nulidad de aquella, aunque entendiendo, obviamente, que dicha declaratoria se refiere al tiempo durante el cual pretendió estar vigente.

En consecuencia, prospera el cargo.

4.20. Artículo 92

a) Resumen del cargo

Al determinar en esta norma los casos de grave violación en que pueden incurrir los presuntos responsables, "Hace imposible que puedan darse otro u otros a los que la norma reglamentaria señala". Al determinarse los casos de "grave violación" en su numeral 1° consagra el "incumplimiento grave de las obligaciones legales", "calificando así la gravedad de la gravedad, o sea produciendo una negación de la misma disposición y logicamente otorgando un amplísimo poder discrecional".

b) Razones de la defensa

" Esta norma no niega la misma disposición, sino ratifica el carácter de gravedad de las infracciones legales al régimen del subsidio familiar y aclara cuáles pueden ser posibles, con el fin de que las Cajas no se excedan o fallen en su actividad y se ajusten en un todo a la ley".

c) Concepto fiscal

Esta norma reglamenta el artículo 15 de la Ley 25 de 1981 ya que, "como lo dice el actor esta norma hace imposible que puedan darse otro u otros casos de los que la norma reglamentaria señala".

d) Consideraciones de la Sala

Expresa la norma acusada:

"Artículo 92.- Son casos de grave violación los siguientes:

" 1. Cuando se presente incumplimiento grave de las obligaciones legales.

"2. Cuando se haya rehusado a la exigencia hecha en debida forma, de someter sus actos a la inspección de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

" 3. Cuando se rehuse el cumplimiento de una orden debidamente expedida y notificada de la Superintendencia del Subsidio Familiar.

"4. Cuando se persista en la violación de disposiciones legales o reglamentarias después de haberse advertido por la Superintrendencia del Subsidio Familiar tal situación".

No entiende la Sala porqué esta norma viola, como lo pretende el actor, la norma reglamentada que es el artículo 15 de la Ley 25 de 1981, ni porqué le está otorgando a la Superintendencia "un amplísimo poder discrecional" que pudiera ser ilegal.

Simplemente la norma reglamentada establece las causales por las cuales el Superintendente del Subsidio Familiar puede imponer sanciones, una de las cuales es la grave violación de las normas legales y estatutarias, mientras que la norma reglamentaria precisa los casos de grave violación sin que pueda decirse que con ello desborda la norma reglamentada.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

CARGO Nº 5. ***INUTILIDAD DE LA REGLAMENTACION***

a) Resumen del cargo

Algunos de los artículos del Decreto acusado no cumplen con la función de reglamentación que, por su esencia, está llamado a cumplir un acto de tal naturaleza, pues se limitan a transcribir las normas que dicen reglamentar, lo cual constituye la negación misma de la facultad y su utilidad práctica viene a ser nula.

Si el reglamento, según la jurisprudencia y la doctrina, adquiere su razón de ser por la necesidad que tiene la misma ley para su debida ejecución, esta finalidad no se cumple en el Decreto acusado, pues en él se observa que un total de 18 artículos son iguales a 20 normas que se contienen en las Leyes 25 de 1981, 21 de 1988, 31 de 1984 y en el Decreto 01 de 1984 (C.C.A).

Por otra parte, un total de 11 artículos del mismo acto demandado "constituyen por su propia naturaleza normas que podrían conformar un Reglamento interno de la Superintendencia más que normas reglamentarias".

b) Razones de la defensa

Se considera que si para una mejor integración y comprensión del reglamento es necesario incluir en él apartes de otras disposiciones legales, podrá hacerse por cuanto no existe ninguna prohibición legal en tal sentido.

c) Concepto fiscal

Se acepta como cierta la afirmación del actor, en el sentido de que el poder reglamentario se entiende como un etapa dentro del proceso de ejecución de la ley, o sea, presupone la necesidad que tiene ésta para su debida ejecución, no obstante lo cual concluye que "la normatividad demandada no adolece ni de inconstitucionalidad, ni de ilegalidad, ni de desbordamiento alguno".

d) Consideraciones de la Sala

Si bien es cierto que la necesidad en uno de los elementos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que proceda la reglamentación de una norma legal, también lo es que la misma jurisprudencia ha considerado que la simple transcripción de una norma legal por una reglamentaria no constituye por sí misma una ilegalidad que justifique su declaratoria de nulidad, ya que ésta, además de que sería simplemente formal, sería inocua en cuanto el contenido de la norma reglamentaria quedaría clara y plenamente vigente a través de la norma legal reproducida.

En consecuencia, no prospera el cargo.

CARGO Nº 6 *POTESTAD REGLAMENTARIA*

a) Resumen el cargo

Las características esenciales del poder reglamentario, definidas de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina, no son otras que la necesidad del reglamento y la competencia.

Dicho poder no es limitado, se entiende siempre como una etapa dentro del proceso de ejecución de la ley, está siempre subordinado a ella, y "si la función legislativa del Congreso se ejerce a plenitud, el margen de reglamentación desaparece o será mínimo pues el Estatuto será ejecutable en su totalidad".

b) Razones de la defensa

El señor Presiendente de la República no se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, pues el Decreto acusado está limitado al contenido de las leyes que dice reglamentar, no las amplía ni restringe, sino que fija pautas para su correcta aplicación.

c) Concepto fiscal

El señor Colaborador del Ministerio Público no se refiere de manera expresa a este cargo de la demanda.

d) Consideraciones de la Sala

Como las reflexiones que hace el actor en este punto de la demanda se refieren a argumentos ya planteados en otros cargos, la Sala considera que los mismos han sido analizados y respondidos en cada uno de los cargos anteriores.

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,

F A L L A :

Primero.- DECRETASE la nulidad del artículo 75 del Decreto 0341 del 25 de febrero de 1988, expedidio por el señor Presidente de la República.

Segundo.- NIEGASE las demás peticiones de la demanda.

Tercero.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de julio de mil novencientos noventa y uno.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel Gonzáles Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Libardo Rodríguez Rodríguez,

Víctor M. Villaquirán, Secretario

NOTA DE RELATORIA: Ver además, Concepto de la Sala de Consulta de febrero 7/85, rad. 2159, Ponente Dr. Jaime Betancur Cuartas.

DERECHOS DE AUTOR

Si bien es cierto, la exigencia del paz y salvo del pago de derechos de autor está prevista en la Ley 23/82 y su Decreto Reglamentario 3116/84, estas normas sólo hacen referencia a las licencias de funcionamiento o renovación, por lo que mal puede la administración hacer extensiva dicha obligación a "la tramitación de solicitudes de cualquier índole". De otra parte, si bien expresamente no están incluidos los concesionarios de radio y televisión dentro de los lugares en donde se realizan ejecuciones públicas, con base en el artículo 159 de la Ley 23/82, "donde quiera que se ejecuten o interpreten obras musicales", subsiste la obligación de cumplir con los requisitos exigidos en la indicada ley.
DECLARASE LA NULIDAD de las frases "antes del último día del mes de mayo" y "vigente al 31 de dicienbre del año inmediatamente anterior" contenidas en el artículo 1° y del artículo 2° de la Resolución número 1728 de 17 de mayo de 1990 del Ministerio de Comunicaciones.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 1532; Acción de nulidad contra los artículos 1, 2 y 3 de la resolución N° 1728 de 17 de mayo de 1990, expedida por el Ministerio de Comunicaciones.; Actor: Juan Manuel Arboleda Perdomo.

El ciudadano JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO, 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 los artículos 1, 2, y 3, de la resolución de la referencia, en la cual se dispone:

"RESUELVE:

" Artículo 1°. Las estaciones de radiodifusión, los concesionarios el servicio de televisión por suscripción, las programadoras de televisión, oficiales y privadas y los contratistas de los canales regionales que utilicen en sus emisiones obras musicales y fonogramas, deberán presentar antes del último día del mes de mayo ante el Ministerio de Comunicaciones, ante el Instituto Nacional de Radio Televisión, Inravisión, o ante los canales regionales de televisión, según el caso (sic); los paz y salvos, vigentes al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior por concepto de derechos de autor, correspondientes a la autorización y pago de los derechos de las obras efectivamente utilizadas.

" Dichos paz y salvo deben ser expedidos por los organismos o entidades competentes legalmente reconocidos.

" Artículo 2°. El Ministerio de Comunicaciones, el Instituto Nacional de Radio y Televisión, Inravisión, y los canales regionales de televisión exigirán la presentación de los comprobantes de pago de derechos de autor, para la tramitación de solicitudes de cualquier índole que las estaciones de radiodifusión, los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, las programadoras de televisión, y los contratistas de los canales regionales adelanten ante ellos.

" Artículo 3°. La empresas de radio y televisión están obligadas a mencionar el nombre del autor, compositor e intérprete de las obras musicales y fonogramas transmitidos. Las estaciones de radiodifusión deberán comunicarlos al principio o al final de la obra musical o del respectivo programa; los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, las programadoras de televisión y los contratistas de los canales regionales deberán otorgarles el crédito correspondiente en el transcurso de la obra musical".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

1. Considera el actor como quebrantado el artículo 120 numerla 3° de la Constitución Nacional de 1986, por cuanto la potestad reglamentaria está en cabeza del Presidente de la República y los artículos acusados exceden la potestad y facultad del Ministerio de Comunicaciones, ya que a éste sólo compete la función de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre derechos de autor, y no la de establecerlas, y la de no permitir que por los organismos de radiodifusión se emitan obras no autorizadas por los titulares de los derechos.

Que los artículos acusados modifican las disposiciones que la ley 23 de 1982 y el decreto reglamentario N° 3116 de 1984 contemplan sobre la ejecución pública de las obras musicales, pues tales normas no contienen los requisitos de paz y salvo ni condicionan la tramitación de solicitudes al pago de derechos de autor y mucho menos crean la obligación de mencionar el nombre del autor, intérprete o productor.

2. Señala el actor como vulnerado el artículo 163 de la ley 23 de 1982, toda vez que dentro de las obligaciones que se establecen para los responsables del pago de

los derechos de autor, no está la de presentar paz y salvo, ni tampoco exhibir el mismo en el trámite de solicitudes de cualquier índole.

Que, por lo demás, al exigir la obligación de mencionar el nombre de las obras musicales, su autor o intérprete, a los concesionarios de radio y televisión, no contemplados en la ley 23 de 1982, está excediendo la facultad de vigilancia.

II. ACTUACION

Mediante proveído de fecha 11 de octubre de 1990 se admitió la demanda, se denegó el decreto de suspensión provisional por no configurarse manifiesta infracción de alguna de las disposiciones invocadas como fundamento de la demanda y de la medida misma.

Se ordenó correr traslado del auto admisorio de la demanda al señor Ministro de Comunicaciones.

La Nación-Ministerio de Comunicaciones- se hizo parte dentro del proceso oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y argumentando que por resolución 1728 de 1990, el Ministerio de Cumunicaciones está ejecutando su obligación de vigilancia y protección del derecho de los autores y compositores, intérpretes y productores de fonogramas.

III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que no deben properar las pretensiones del actor, ya que entre las funciones asignadas al Ministrio de Comunicaciones en el artículo 2° del Decreto Ley 129 de 1976, está prevista la de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre propiedad intelectual y derechos de autor en los distintos medios de comunicaciones.

Que, así mismo, la ley 23 de 1982 consagra la protección a los derechos de autor, intérpretes, productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los de autor, por lo que el Ministerio de Comunicaciones lo que hizo, al expedir la resolución, fue dar cumplimiento a tales disposiciones legales, fijando un mecanismo tendiente a hacer efectivo el control ordenado.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES :

Finca el actor su inconformidad en los siguientes cargos :

1. Que la resolución acusada en sus artículos 1°., 2° y 3°., viola la ley 23 de 1982 y el Decreto reglamentario 3116 de 1984, ya que éstos no contienen el requisito de paz y salvo, ni condicionan la tramitación de solicitudes al pago de los derechos de autor, además de que las citadas normas no crean la obligación de mencionar el nombre del autor, intérprete o productor, por lo que también se viola el num. 3° del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1986.

2. Que el acto demandado quebrantó el artículo 163 de la ley 23 de 1982, así:

a) Dentro de las obligaciones que se establecen para le responsable del pago de los derechos de Autor no está la de presentar paz y salvos, antes del último día del mes de mayo con vigencia al 31 de diciembre del año anterior.

b) Le está exigiendo a los concesionarios de radio y televisión obligaciones, sin que éstos estén comprendidos en la ley.

3. En relación con el primer cargo, observa la Sala que la ley 23 de 1982 en sus diferentes artículos establece la protección a los derechos de autor tanto para obras literarias, científicas, artísticas, dramáticas o dramático-musicales, así como para los intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en sus derechos conexos a los de autor.

De tal suerte que el caso que nos ocupa, esto es, la Ejecución Pública de Obras Musicales, está regulada por la citada ley y su decreto reglamentario 3116 de 1984.

Preceptúa el artículo 161 de la ley 23 de 1982:

Las autoridades administrativas de todos los órdenes, se abstendrán de expedir las licensias de funcionamiento, para aquellos establecimientos donde se ejecuten públicamente obras musicales, hasta cuando el solicitante de la referida licencia, presente el comprobante respectivo, de haber cancelado a los autores, representantes o causahabientes, los correspondientes Derechos de Autor".

De otra parte, el artículo 23 del decreto 3116 de 1984 "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 23 de 1982" señala:

" Para que las autoridades expidan licencias de funcionamiento o renovación, el comprobante o paz y salvo de que trata el artículo 161 de la ley 23 de 1987 deberá ir firmado y señalado por la Dirección General del Derecho de Autor y por quien lo otorga con el sello de validez por el mismo período de la licencia o renovación y podrá ser otorgado por una cuaquiera de las asociaciones legalmente reconocidas".

Encuentra la Sala que el Ministerio de Comunicaciones a través de la resolución acusada, se está extralimitando en sus funciones, toda vez que si bien es cierto, la exigencia del paz y salvo del pago de derechos de autor está prevista en la ley 23 de 1982 artículo 161 y en el decreto reglamentario 3116 de 1984, artículo

23, estas normas sólo hacen referencia a las LICENCIAS DE FUNCIONAMIENTO RENOVACION, por lo que mal puede la administración en el artículo 2° de la resolución 1728 de 17 de mayo de 1990, hacer extensiva dicha obligación a "la tramitación de solicitudes DE CUALQUIER INDOLE" (resalta la Sala), y en este sentido el cargo prospera.

En lo relativo a la obligación de mencionar el nombre del autor, intérprete o productor , no asiste razón al actor para acusar violación alguna, ya que el artículo 142 de la ley 23 de 1982, obliga a los empresarios anunciar al público el título de la obra, acompañada siempre del nombre o seudónimo del autor, y en su caso del productor y adaptador.

De otra parte el artículo 175 ibídem establece:

" El productor del fonograma tendrá la obligación de indicar en la etiqueta del disco o del disposicitvo o del mecanismos análogo, o en su empaque, EL NOMBRE DEL AUTOR Y DE LOS PRINCIPALES INTERPRETES (se resalta), el título de la obra, el año de fijación de la matriz , el nombre, la razón social o la marca distintiva el productor y la mención de reserva relativa a los derechos que le pertenecen legalmente. Los coros, las orquestas y los compositores serán desigandos por su denomincación propia y por el nombre del director, si lo tuviere".

De lo anterior se colige, que en este sentido el cargo no puede prosperar en lo que atañe al artículo 3° del acto acusado.

4. En lo relacionado con el segundo cargo, esto es, el plazo dentro del cual deben presentarse los paz y salvos, valen las consideraciones hechas para el primer cargo en cuanto a tal exigencia se refiere. Pero ya en lo tocante concretamente al plazo, el artículo 1° de la resolución objeto de esta acción, viola el artículo 120, num 3° de la Constitución de 1886 al señalar que el comprobante o paz y salvo deberá presentarse antes del último día del mes de mayo con vigencia a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, pues esto sería materia del reglamento, cuya facultad radica en el Presidente de la República.

Ha de entenderse entonces que prospera el cargo en cuanto a las fechas allí señaladas, para el requisito de aportar el paz y salvo, en la forma en que aparece en el citado artículo, prevalece en la medida en que se refiera a las licencias de funcionamiento o renovación de las mismas.

En lo que respecta a la segunda parte del cargo en estudio, es decir, que las obligaciones a que se refieren los artículos acusados no pueden ser imponibles a los concesionarios de radio y televisión por no estar comprendidos en la ley, tampoco asiste razón al actor ya que el artículo 159 de la ley 23 de 1982 señala:

"Para los efectos de la presente ley se considerarán ejecuciones públicas las que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, clubes de cualquier

naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales Y EN FIN DONDE QUIERA QUE SE INTERPRETEN O EJECUTEN (se resalta) obras musicales o se transmitan por radio y televisión y sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales".

Entonces, si bien es cierto expresamente no están incluidos los concesionarios de radio y televisión dentro de los lugares en donde se realizan ejecuciones públicas, con base en la norma transcrita, DONDE QUIERA QUE SE EJECUTE O INTERPRETE OBRAS MUSICALES, subsiste la obligación de cumplir con los requisitos previstos en la ley 23 de 1982.

Tal es el caso de los concesionarios de radio y televisión, cuando en sus espacios se ejecuten, interpreten o transmitan obras musicales. No encuentra, pues, la Sala motivo lógico para creer que no obstante en dichos lugares se ejecuten tales actos, estén exentos de dichas obligaciones.

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 de la fiscalía.

F A L L A :

1°. Declárase la nulidad de las frases " antes del último día del mes de mayo" y " vigente al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior" contenidas en el artículo 1° de la resolución N° 1728 de 17 de mayo de 1990.

2° Declárase la nulidad del artículo 2° de la citada resolución.

3°. Deniégase la nulidad del artículo 3° de la Resolución N° 1728 de 17 de mayo de 1990 emanada del Ministerio de Comunicaciones.

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 diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AERONAVEGABILIDAD/ LICENCIA DE OPERACION/ TRANSPORTE AEREO INTERNACONAL

Ante la inexistencia de convenios o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, las empresas aéreas extranjeras no sólo deben obtener el permiso o licencia de operación que se les exige a las nacionales para el mismo objetivo, al cual debe anteceder la audiencia o audiencias públicas necesarias que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto, sino que, para que se les otorgue dicha licencia es menester que demustren, acrediten o aleguen la exigencia de una adecuada reciprocidad dada a los explotadores colombianos por las autoridades del país de la bandera de la empresa que pretende operar en aeropuertos colombianos.

CONFIRMA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de los efectos de la frase "...sin limitaciones con respecto a necesidad y conveniencia del servicio", del artículo segundo del Decreto Ejecutivo 339 de 1991; 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; los artículos 1° y 2° de la Resolución 1369 de 1991, proferida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, y el artículo 3° de la misma providencia, en cuanto no incluye dentro del procedimiento administrativo de celebración de las audiencias públicas ordenadas por el artículo 1861 del Código de Comercio.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Adiministrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 1730; Acción de nulidad en relación con los arts. 2 y 3 del decreto reglamentario 339 de 1991, 1, 2 y 3 de la Resolución 1369 del mismo año, proferida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.; Actor: Consuelo Morales Montejo.

El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, por conducto de apoderado especial constituído al efecto, interpone recurso de reposición contra la providencia de seis (6) de junio del presente año, por medio de la cual esta Sección decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se fundamenta en las siguientes consideraciones:

1a. La decisión recurrida se fundamenta en el ostensible quebrantamiento del artículo 1861 del Código de Comercio, por el cual se consagra el procedimiento para concesión del permisos de operación de empresas aéreas y sus modificaciones.

2a. Sinembargo, desconoce la demanda que la norma invocada está dada regular el otorgamiento del permiso de operación a empresas nacionales que por primera vez nacen a la vida aeronáutica, para que puedan desarrollar su objeto, y a las modificaciones de dichos permisos, mas no para el otorgamiento de permiso a empresas extranjeras que ya lo tienen otorgado por su país de bandera, a las cuales les es aplicable es el art. 1870 ib.

3a. En efecto, las dos normas precitadas -las contenidas en los artículos 1861 y 1870 del C. de Co.-, incorporadas al capítulo " Explorador de Aeronaves", sistematicamente analizadas llevan a la conclusión de que:

a) En los artículos 1851 a 1854, el legislador quiso establecer pautas generales para la explotación;

b) Luego clasificó los servicios aéreos en nacionales e internacionales en el artículo 1855;

c) a continuación, en los artículos 1856 a 1869, reguló el transporte interno nacional; y

d) Finalmente, se ocupa del explotador extranjero en el art. 1870, no extendiéndose en más artículos sobre la materia, por ser ese tópico, el del transporte aéreo internacional, susceptible de estipulaciones internacionales, circunstancias ésta que previó acertadamente.

4a. Sentadas esas premisas, se tiene, entonces, que mientras se trate del permiso de operación de las empresas aéreas que se constituyan en el país, la norma aplicable es el artículo 1861 del C. de Co., cuando se trate de servicios de transporte aéreo internacional por parte de empresas extranjeras en aeropuertos colombianos, es el artículo 1870 del mismo Estatuto el que rige, debiendo adecuarse, en este caso, la respectiva licencia a la existencia de una adecuada reciprocidad con explotadores

colombianos ante la inexistencia de tratados o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte.

En consecuencia, el artículo 1861 del C. de Co. no se quebrantó por los acusados, por la sencilla razón de que está conforme con las previsiones del 1870 del mismo Código, que es disposición especial que prefiere en su aplicación.

II. LOS ARGUMENTOS DE LA CONTRAPARTE

La demandante, al dar respuesta al memorial de reposición, se opone a la procedencia del recurso interpuesto, con base en las siguientes razones:

1a. El recurrente al aceptar en forma expresa la necesidad de la audiencia pública, la obligatoriedad de tal procedimiento para la autoridad aerónautica, y, el carácter de requisito esencial que tiene la evaluación de la necesidad y conveniencia de la operación de una empresa cualquiera, no hace otra cosa que ratificar lo oportuno de la medida de suspensión provisional, pues si tales requisitos son aplicables a nuestros connacionales, es lo propio hacerlo con las empresas extranjeras para no crear diferencias, en detrimento del principio de la igualdad ante la ley consagrado en nuestra Constitución, como claramente se argumenta en la demanda (artículos 11 y 16 de la C.P. de 1986).

2a. No puede presumirse la obtención de un permiso de operación con características similares al consagrado en nuestra legislación aeronáutica, por el sólo hecho de que una empresa extranjera opere y vuele nuestro espacio aéreo.

Aún en el evento de que se acepte la premisa anterior, el objetivo de la audiencia pública consagrada en nuestra legislación, es el de hacer un análisis interno de conveniencia para las personas que explotan la actividad en nuestro país, pues en nada puede interesar los análisis de otras naciones con diferentes necesidades y objetivos.

3a. Sólo después de un detallado análisis de toda la segunda parte, Capítulo X, del Libro 5 del Código de Comercio, que finalizó en el estudio particular y comparativo de los artículos 1861 y 1870, frente al Decreto y resolución impugnados, pudo la Sala tomar la decisión de suspender provisionalmente los actos acusados.

En efecto, unicamente contemplándose de manera integral como lo hizo la Sala, tiene sentido el contenido del artículo 1870 del C. de Co. cuando no se aplican tratados o convenios internacionales y se establece la necesidad de un permiso previo cuyos requisitos no pueden apartarse de los consagrados en las normas que le anteceden y que regulan el procedimiento de dicho permiso (arts. 1856, 1857, 1858, 1859, 1860, 1861, 1862 del C. de Co.).

4a. El artículo 5° de la ley 57 de 1887, que sustituyó el art. 10 del C.C., está consagrado para resolver conflictos o incompatibilidades de las normas entre sí.

Considerando que la segunda parte del libro 5 del Código de Comercio, regula íntegramente una misma actividad, la aeronáutica desarrollada por empresas nacionales o extranjeras, no vemos motivo alguno para traer a colación la aplicación del artículo precitado con la pretensión de crear prioridades ficticias entre dos disposiciones de la misma materia, para justificar otra errónea aplicación del artículo 1870 del Código de Comercio.

5a. En el contenido de la demanda no se buscó acusar al DAAC de actuar en contra de convenios internacionales, ni se hizo alusión alguna al contenido de la primera parte del artículo 1870 del C. de Co. que es de suyo claro y excluyente frente a las disposiciones nacionales.

6a. Finalmente, la errónea aplicación de la segunda parte del artículo 1870 el C. de Co., al considerar que se requería nuevos requisitos para un nuevo permiso de operación, es precisamente el objeto de la demanda.

Al interpretar el Gobierno Nacional que el permiso previo a que se refiere el citado artículo está desarrollado en el Decreto 139 de 1991, desconoce precisamente el contenido integral de la segunda parte del libro 5° del Código de Comercio, cuyo análisis contradictoriamente solicita el recurrente de la Sala.

Para resolver, *se considera:*

1°. Para proferir el decreto de suspensión provisional la Sala consideró que las actividades de aeronáutica civil de Colombia se rigen por el Capítulo X del Libro 5° del Código de Comercio, y, que, en consecuencia, están sometidas a las disposiciones contenidas en ese Libro no sólo las aeronaves de matrícula colombiana que se encuentren en espacio no sometido a la soberanía o jurisdicción de otro Estado, sino igualmente todas las aeronaves que utilicen espacios sometidos a la soberanía de Colombia, según el claro mandato contenido en el art. 1773 del C. de Co., invocado en el decreto acusado.

2°. Sinembargo, las aeronaves o empresas aéreas extranjeras pueden realizar servicios de *transporte aéreo internacional* en aeropuertos colombianos, de conformidad con las convenciones o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte (parte primera del art. 1870 del C. de Co.).

En otras palabras, ante la inexistencia de convenios o acuerdos internacionales en que Colombia sea parte, las empresas aéreas extranjeras no sólo deben obtener el permiso o licencia de operación que se les exige a las nacionales para el mismo objetivo, al cual debe anteceder la audiencia o audiencias públicas necesarias *que garanticen el adecuado análisis de la necesidad y conveniencia del servicio propuesto* (art. 1861 del C. de Co.), sino que, para que se les otorgue la susodicha licencia o permiso, es menester que demuestren, acrediten o aleguen la existencia de una adecuada reciprocidad dada a los explotadores colombianos por las autoridades del país de la bandera de la empresa que pretende operar en aeropuertos colombianos (parte in fine del precitado artículo 1870 del C. de Co.).

La interpretación sistemática o integral de las disposiciones contenidas en el capítulo X, parte segunda, del Libro 5° del C. de Co., y. en especial de las que se encuentran en los artículos 1861 y 1870 del Estatuto, llevaron a la Sala a la conclusión de que los actos acusados quebrantan de manera ostensible las indicadas normas.

3°. Los argumentos expuestos por el recurrente para sustentar el recurso interpuesto, no son de recibo para la Sala, pues, de un lado, no es cierto y admisible que el servicio de transporte aéreo prestado por empresas extranjeras tan sólo esté regulado por el artículo 1870 del C. de Co., no extendiéndose la reglamentación a más artículos, por ser ello materia de estipulaciones internacionales de que sea parte Colombia; la Sala ha considerado, y así lo reitera ahora, que aspectos tales como la necesidad y conveniencia del servicio propuesto por empresa o empresas extranjeras de aeronavegación, deben ser materia de análisis por parte de las autoridades aeronáuticas colombianas, previa la celebración de una audiencia, o de varias, según el caso, en donde los terceros interesados tengan la oportunidad de expresar sus opiniones sobre ese particular, como acontece en relación con las solicitudes que eleven nuevas empresas aéreas de bandera colombiana a menos que existan convenciones o acuerdos internacionales en que la República sea parte, pues de lo contrario, como bien lo observa la demandante, se desconocería el principio de la igualdad ante la ley consagrado tanto en el anterior, como en el nuevo ordenamiento constitucional.

De otro lado, como también lo anota la demandante, no puede presumirse que la empresa aérea extranjera posea un permiso de operación con características similares al consagrado en nuestra legislación, por el sólo hecho de operar el servicio de transporte, ya que es claro que la necesidad y conveniencia del servicio propuesto podrá tener - seguramente las tendrá- relación con las del país bandera de la empresa que pretende servir aeropuertos colombianos, pero probablemente no las tendrá, o al menos no las considerará, en relación con las de los colombianos y las de sus empresas de aviación que ante una competencia extranjera innecesaria por la calidad del servicio que aquéllas prestan y el volumen de personas y de carga transportadas, pueden verse seriamente afectadas.

Por las consideraciones anteriores, la Sala debe llegar a la conclusión de que 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 la providencia de seis (6) de junio del presente año, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

DEMANDA-Requisitos/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA FUNCIONAL**

Corresponde al actor, cuando se demanda la nulidad de acto administrativo expedido por corporación o autoridad de municipio no capital de Departamento, la carga de demostrar desde la iniciación del proceso, el monto del presupuesto anual ordinario del ente territorial correspondiente para la vigencia fiscal del año en que se promueve la demanda, para que el Tribunal respectivo tenga certeza sobre si va a conocer del proceso en primera o en única instancia, y así le dé el trámite de rigor.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. diecisiete de julio de mil novencientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez*

Referencia: Expediente Nº 1756

Recurso de apelación contra la providencia de 8 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, dentro del proceso de nulidad del Acuerdo Nº 012 de 9 de junio de 1989, emanado del Concejo Municipal de Ayapel.; Actor: Guillermo German Espinosa H.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto - y concedido- contra la providencia de la referencia, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba, resolvió " declarar la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso a partir del auto admisorio de la demanda de fecha octubre 22 de 1990" y "conceder al demandante un término de cinco (5) días para efectos de aportar los respectivos presupuestos y certificaciones referidas en la parte motiva de esta Providencia", con fundamento en las siguientes consideraciones:

"...si bien la Corporación en la admisión de la demanda analizó lo referente al requisito exigido por el art. 305 - se refiere al C. de R.M.- con fundamento en lo expresado en la motivación misma del acto acusado (Acuerdo Nº 012 de

junio 9 de 1989); se observa que pretermitió, para efectos de determinar la competencia, el cumplimiento del requisito como anexo de la demanda, consistente en la certificación del presupuesto anual ordinario, lo que implica carencia de demanda en forma".

I. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurso de apelación lo fundamenta el actor-recurrente en las siguientes consideraciones:

La oportunidad legal para que se alegue y aún para que se declare de oficio una nulidad procesal precluyó en este proceso, conforme a lo preceptuado en el artículo 14 (sic) del C. de P.C., aplicable por remisión el C.C.A., pues ya fue saneada. En efecto, de acuerdo a dicha norma - que es el art. 144 del C. de P.C., observa la Sala-, se produce el saneamiento de una nulidad;

1°. *Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente,* y en este caso no existe constancia ni escrito procesal, que el Municipio de Ayapel, apesar (sic) de tener su apoderado e igualmente los Constralores que son parte en el proceso y tienen sus apoderados la hayan alegado o al menos propuesto como excepción previa de inepta demanda o como nulidad.

2°. *Cuando todas las partes, o la que tenía interés en alegarla, la convalidaron,* convalidación que es clara, por cuanto el proceso desde el día 22 de octubre de 1990, fecha en que se admitió la demanda y se decretó por primera vez la suspensión provisional del Acurdo al tenor del art. 158 del C.C.A., ha esgrimido distintos argumentos y propuesto otras nulidades distintas a la decretada oficiosamente por la colegiatura.

3°. *Cuando apesar (sic) del vicio el acto procesal cumplió su formalidad y no se violó el derecho de defensa,* pues es claro y evidente que también la admisión y el acto de suspensión provisional, cumplió su cometido y las partes o los demandados tienen sus apoderados, quienes han representado los intereses, vigilado atentatmente la defensa de esos intereses.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión clara y evidente por lo preceptuado por las anteriores normas, que si hubo alguna nulidad ésta, fue saneada (sic).

Finalmente, observa el recurrente, que el juez no debió decretar la nulidad de oficio, por cuanto la nulidad por falta de competencia es saneable.

Fundado en esas consideraciones, solicita la revocatoria de la providencia apelada.

II. FUNDAMENTOS DE LA PARTE OPOSITORA

El señor Contralor Municipal de Ayapel, parte impugnadora en el proceso, solicita la conformación de la providencia apelada, con fundamento en las siguientes razones:

No hay duda que en el proceso existe una nulidad que es insaneable, por tratarse de una competencia funcional. En efecto, el art. 131, numeral 1°, del C.C.A. establece que los Tribunales Administrativos conocerán en única instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos, distintos de los electorales, proferidos por los funcionarios y organismos administrativos del orden municipal cuando el municipio no sea capital de Departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos. Y el artículo 132 con la modificación introducida por el Decreto 597 de 1988, artículo 2°., establece que los mismos Tribunales conocerán en primera instancia de los procesos de nulidad de los actos administrativos producidos por funcionarios u organismos administrativos del orden municipal cuando no sean de única instancia, es decir, de aquellos municipios que no siendo capital de Departamento tienen un presupuesto anual ordinario superior a cincuenta millones de pesos.

Lo anterior, indica que en estos procesos se hace necesario establecer la competencia a través de la cuantía por el presupuesto de rentas, ingresos y gastos, competencia ésta que es del orden funcional, pues se establece es para mirar si en proceso es de única o de primera instancia, porque si pertenece a lo primero, única instancia, las providencias que se profieran en su desarrollo son susceptibles del recurso de reposición, o si por el contrario pertenecen a lo segundo, primera instancia, gozan de los recursos de alzada por ante el superior.

Si miramos el proceso a que nos referimos, claramente podemos constatar que el demandante no allegó con la demanda o libelo demandatorio, el certificado expedido por el Tesorero Municipal con la refrendación del contralor Municipal, del monto total del presupuesto de rentas, ingresos y gastos del municipio de Ayapel durante el año 1989, para de esa manera según su monto, establecer si este proceso debió tramitarse como de única o de primera instancia. Se estableció otro presupuesto, el de los requisitos del art. 305 del C.R.M., y no el ordinario que es el que tiene que ver con el factor de competencia.

En cuanto a la tesis sostenida por el recurrente, observa la parte opositora de la acción, que no la puede compartir por cuanto tratándose de determinar la competencia funcional y con ello si las providencias del *a-quo* son apelables ante el Consejo de Estado, la nulidad no es saneable, según lo dispuesto en el inciso final del art. 144 del C. de P.D., aplicable por remisión al proceso contencioso administrativo.

Para resolver, *se considera:*

1°. aun cuando la ley procesal contencioso-administrativa no establece como anexo de la demanda que se dirige a esta jurisdicción, el de acompañar, como anexo de aquélla, el certificado expedido por autoridad competente sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio no capital de Departamento del cual forma parte el organismo o funcionario que expidió el acto administrativo cuya

nulidad se impetra, ya que solamente menciona como tales la copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, el documento idóneo que acredite el carácter conque 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 y representación de las personas jurídicas distintas de las de derecho público que intervengan en el proceso, la prueba de la interposición del recurso o petición elevada ante la Administración, con la fecha de su presentación, cuando se invoca el silencio administrativo con efectos negativos, el comprobante de consignación de la suma correspondiente, cuando se trata de demanda de impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, y el texto legal de las normas que no tengan el alcance nacional, debidamente autenticadas (artículos 139, 140 y 141 del C.C.A.), a los cuales podrían agregarse otros expresamente consagrados en legislación especial, como es el caso de la relación a que se refiere el art. 22 de la ley 135 de 1961 cuando se trate de juicio relacionado con la revisión de la resolución por medio de la cual el INCORA declare extinguido el derecho de dominio sobre inmuebles rurales por falta de explotación económica dentro del término de ley, es evidente, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación que corresponde al actor, cuando se demanda la nulidad de acto administrativo expedido por corporación o autoridad de municipio no capital de Departamento, la carga u obligación de demostrar, desde la iniciación del proceso, el monto del presupuesto anual ordinario del ente territorial correspondiente para la vigencia fiscal del año en que se promueve la demanda, para que en esa forma en los términos de los artículos 131-1 y 132-2 del C.C.A., el Tribunal Administrativo ante quien se promueve la acción tenga certeza sobre si va a conocer del proceso en primera o en única instancia y así le de el trámite de rigor, pues es indubitable que, según esa determinación, en algunas ocasiones la competencia para dictar determinada providencia la tendrá el magistrado conductor del proceso y sólo cabrá contra ella el recurso de reposición o el de súplica, y en otras la tendrá la Sala de Decisión y sólo procederá el recuros de apelación ante esta Corporación.

Pero, igualmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que si el actor no cumple con esa obligación o carga, la parte demandada o la que solicita o ha solicitado que se le tenga como parte opositora a las pretensiones de la demanda, puede durante el término de contestación de la demanda o dentro del término de fijación del negocio en lista, acompañar de dicha certificación, para efectos de demostrar que el proceso es de única instancia o de primera, y que, en tales condiciones, no es procedente, o si lo es, el recurso de apelación que se ejercite para ante esta Corporación, pues de lo contrario, quedaría al arbitrio del demandante determinar el trámite del juicio o impedir que el proceso llegue al conocimiento del superior.

2°. Ahora bien; la jurisprudencia de la Sección Quinta de la Sala Contenciosa de esta Corporación que se invoca en la providencia recurrida, nunca ha llegado a la conclusión de que, cuando no se anexa el certificado sobre el monto del presupuesto anual ordinario del municipio no capital de Departamento demandado, hay o se configura una nulidad procesal por falta de competencia; simplemente lo

que ha dicho es que si no aparece acreditado dicho monto presupuestal, la Sección no puede determinar su competencia para conocer del recurso de apelación que se interponga contra sentencia o providencia dictada por un Tribunal, y que, por no existir en 2a instancia del procedimiento especial electoral período probatorio no le es dable procurarse esa certificación sobre el mismo de manera oficiosa, como tampoco le es posible admitir esa prueba producida por fuera de las oportunidades probatorias señaladas en la ley (la demanda, su contestación o la fijación del negocio en lista).

Y no ha llegado a esa conclusión, por una razón muy sencilla: sea el proceso de conocimiento de un Tribunal, en única o primera instancia, según el monto del presupuesto anual ordinario del municipio demandado, de todas maneras el competente para conocer de la acción contenciosa de nulidad es el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar en donde se produjo el acto administrativo acusado y tiene su sede o asiento la autoridad del orden municipal que lo profirió; es decir, que no se puede llegar a la conclusión de que existe falta de competencia en el órgano jurisdiccional para conocer e la contención.

En tales condiciones, es claro para la Sala que en el presente caso no se encuentra configurada la nulidad procesal declarada por el *a-quo,* y, en consecuencia, habrá de revocarse la determinación, pues no sólo no es incompetente el Tribunal Administrativo de Córdoba para conocer de la controversia, sino que, por lo demás, la parte demandada, antes de la fijación del negocio en lista, anexó al proceso la certificación sobre el monto del presupuesto anual ordinario de ese Municipio para el año de 1989 (fl. 42 del expediente), de la cual se deduce que aquél es de $217.503.042.05, sin incluir IVA, las transferencias de la Nación, del Departamento y los recursos de crédito, lo que indica que se trata de un proceso de conocimiento del *a-quo* en primera instancia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, RESUELVE:

REVOCASE la providencia de ocho (8) de mayo de 1991, proferida dentro del proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo de Córdoba, por medio de la cual se decretó la nulidad de todo lo actuado y se concedió al actor un término de conco días para corregir la demanda.

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 diecisiete de julio de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ORGANO DE DIVULGACION/ BOLETIN OFICIAL/ GACETA OFICIAL

Los términos en que está concebido el artículo 3° de la Ley 57/85 sólo permite la edición de boletines o gacetas por sectores administrativos a los ministerios o departamentos administrativos, en los cuales podrán divulgarse sus actos y aquellos " de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos".
DECLARA LA NULIDAD de la Resolución Ejecutiva N° 263 de 1986 (sept.10) proferida por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Seccion Primera.- Santafé de Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodíiguez*

Referencia: Expediente N° 1432; Actor: Mario Alario Méndez

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., instauró el ciudadano Mario Alirio Méndez contra la Resolución Ejecutiva N° 263 de 10 de septiembre de 1986, proferida por el señor Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Gobierno y Hacienda y Crédito Público y del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

I. ANTECEDENTES

a. El acto acusado

Mediante el acto acusado (fl. 1 vto.) se dispuso autorizar a la Superintendencia Bancaria para divulgar sus actos administrativos en una publicación independiente del denominado " Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público", autorizado por Resolución Ejecutiva N° 201 del 24 de junio de 1986, y que tendría por nombre"

Boletín de la Superintendencia Bancaria" (art. 1°). Igualmente se resolvió que los actos administrativos de la mencionadfa Superintendencia producirán efectos jurídicos desde la fecha de su publicación en el mencionado boletín (art.1°.), el cual deberá aditarse por lo menos una vez al mes (art. 2°). Por último se dispuso que el acto cuya nulidad se solicita rige a partir de su publicación (art. 3°), la cual se produjo en el Diario Oficial N° 37627, correspondiente a la edición del 11 de septiembre de 1986.

b.- Los hechos de la demanda

Los hechos que narra la parte actora se reducen a individualizar el acto demandado, a solicitar su declaratoria de nulidad y a identificar el Diario Oficial en que fue publicado.

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

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan de la siguiente manera (fls. 11 a 17):

Primer Cargo.- Violación del artículo 3° de la Ley 57 de 1985, por cuanto la autorización del Gobierno para la publicación de los boletines o gacetas de que allí se habla debe darse por sectores, para dar así publicidad a los actos administrativos de todo sector administrativo y no, como lo expresa el acto demandado, uno independiente para cada organismo, como en el caso concreto que se analiza de la Superintendencia Bancaria.

Además, si la norma que se reputa violada pretende claramente dar "..publicidad a los actos administrativos de carácter general y, por ende, su conocimiento por parte de sus destinatarios, ello no se lograría si se permitiese que cada uno de los ministerios, departamentos administratdos, superintendencias, establecimientos públicos, empresas comerciales e industriales del Estado, sociedades de economía mixta y demás, dispusieran de su propio boletín o gaceta", pues de esta manera los administrativos deberían estar al tanto de lo publicado mensualmente en más de 280 medios escritos.

Siendo la Superintendencia Bancaria un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, conforme a lo dispuesto en los artículos 3° del Decreto 80 de 1976 y 1° del Decreto 1939 de 1986, sus actos administrativos deben ser publicados en el Boletín de dicho Ministerio, el cual fue autorizado mediante Resolución Ejecutiva N° 0201 de 1986.

Segundo Cargo.- Violación del artículo 4° de la Ley 57 de 1985, pues al darse a conocer los actos de la Superintendencia Bancaria en un boletín independiente, tal como lo autoriza la Resolución Ejecutiva demandada, tal publicación no quedaría bajo la dirección del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como lo ordena la norma.

A pesar de que la parte actora cita en el acápite de la demanda denominado " Fundamentos de Derecho" los artículos 3 y 43 del C.C.A. y 2° literales e) y f) y 8 de la Ley 57 de 1985 no expresa el conceto de su violación. Simplemente en relación con los dos últimos advierte y explica que modificaron en varios aspectos el citado artículo 43 del C.C.A.

d. 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. 52 a 59 y 148 a 160):

En relación con el Primer Cargo: La interpretación que hace el actor el artículo 3° de la Ley 57 de 1985, parte de un análisis literal que desconoce los casos particulares en que se hace necesario desconcentrar la labor de edición de boletines o gacetas de un sector de la rama ejecutiva.

El análisis de la legalidad del acto acusado debe emprenderse teniendo en cuenta la ubicación de la Superintendencia Bancaria dentro de la estructura administrativa a la que pertenece, así como la finalidad de las normas que le imponen el deber de dar publicidad a sus actos administrativos.

De la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se colige que "...las Superintendencias forman parte de la estructura administrativa de los ministerio, en condición de entidades adscritas, y que el Ministerio respectivo puede ejercer por medio de ellas determinadas funciones que le han sido asignadas", y nada impide que tal delegación pueda hacerse mediante el acto demandado, desconcentrando así la labor de publicidad de los actos administrativos.

En relación con el Segundo Cargo: En cuanto al término "independiente" que se utiliza en el acto demandado para referirse a la publicación, ha de entenderse que este acto equivale a "autónomo" "...y es de todos conocido que legalmente las Superintendencias poseen autonomía administrativa... aunque como consecuencia de la adscripción a los ministerios, sus actividades se sujetan a la orientación, coordinación y control de los mismos.

A pesar de la publicación independiente que por parte de la Superintendencia Bancaria el acto demandado, "...el Ministerio de Hacienda y Crédito Público ejerce coordinación orientación y control de su edición, lo que se traduce en la práctica en la dirección del mismo".

Por otra parte, se predica la legalidad de la Resolución atacada en el hecho que con ella sólo se persigue dar a los actos de la Superintendencia Bancaria publicidad oportuna y eficiente, con miras a que los particulares, al informarse de los asuntos de su competencia, ejerzan un control eficaz sobre los mismos. Además, dicha publicación resulta imperiosa pues el Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es insuficiente para dar publicidad a todos los actos que emanan de la entidad.

Por último, los objetivos que persigue la Ley 57 de 1985 se cumplen con el Boletín de la Superintendencia Bancaria, a pesar de tratarse de una publicación independiente del Boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

e. La actuación surtida

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

Por auto de abril 5 de 1990 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que le corresponde y se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 22 a 26), decisión esta última que fue confirmada mediante providencia de 27 de junio de 1990, que resolvió el recurso de reposición interpuesto (fls. 46 a 50).

Por auto visible a folio 72 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron como tales las solicitadas por la parte actora.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, solamente ejerció este derecho el mandatario judicial de la Superintendencia Bancaria (fls. 148 a 160).

II. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que debe decretarse la nulidad del acto impugnado, en razón de compartir en su integridad las consideraciones que sirvieron de fundamento para decretar tanto la suspensión provisional solicitada, como los expuestos en la providencia que confirmó la medida (fls. 162 a 165).

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el Primer Cargo: *Violación del artículo 3° de la Ley 57 de 1985.*

En el auto mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado se dijo:

> " El texto anterior (Ley 57 de 1985, artículo 3°) no exige mayores esfuerzo para su interpretación ya que su claridad y sencillez no dan pie para hacer interpretaciones diferentes a la que surge espontáneamente del mismo, en el sentido de que el Gobierno Nacional está facultado para autorizar, cuando haya jusitificación, que los distintos *sectores administrativos editen sendos boletines o gacetas* en donde se divulguen los actos *"del respectivo Ministerio o Departamento Administrativo y de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos"*. De ninguna manera la ley faculta al Gobierno para que autorice la publicación de boletines o gacetas a cada uno de los muchos

organismos del orden nacional que integran la administración pública. Y ello es así, no solamente porque lo ordena el art. 3° de la ley 57 de 1985, sino porque seguramente motivaciones de diversa índole movieron al legislador para adoptar dicha disposición, como las relacionadas con la integración sectorial, la economía del gasto público que resultaría mayormente castigado con las erogaciones que implica la proliferación de boletines o gacetas, y especialmente la garantía de efectiva publicidad de los actos administrativos para que los ciudadanos tengan reales posibilidades de conocerlos, la cual se vería seriamente afectada si existieran múltiples órganos de divulgación".

A su vez, en la providencia que resolvió el recurso de reposición interpuso contra la medida de suspensión provisional del acto demandado, la Sala expresó:

" En efecto, considera la sala que por mayor que sea el esfuerzo que haga la recurrente en su memorial de reposición, no logra desvirtuar siquiera ligeramente los razonamientos del demandante, acogidos por la Sala, y los que a su turno esta hace en dicha providencia.

" En ese sentido la Sala ha de agregar que solamente como fruto de una desatenta lectura del artículo 3° de la Ley 57 de 1985 podría concluirse, como erradamente lo hace la recurrente, que tal norma permita al Gobierno autorizar a todos y cada uno de los diferentes organismos administrativos para editar boletines o gacetas en donde divulgar sus actos administrativos, al pretender interpretar torcidamente el vocablo "sendos" y afirmar que la conjunción "y" aparece en el texto de dicho artículo 3° "como disyuntiva y no como copulativa".

"Sólo una falta de conocimiento de la semántica o la carencia de sindéresis idiomática induciría a hacer esta afirmación sobre la conjunción "y", que siempre es copulativa, esto es, "cuyo oficio es unir palabras o cláusulas en concepto afirmativo", conforme al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, pero que jamás es disyuntiva, pues este papel de disyunción ("que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas", según el mismo Diccionario), se le asigna a la conjunción "o".

" En consonancia con el artículo 27 del Código Civil, "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal pretexto de consultar su espíritu. Y siendo clarísimo el tenor literal del art. 3° de la Ley 57 de 1985 que se comenta, para la Sala es suficiente como sustento de la decisión de suspensión provisional".

Como se observa de las transcripciones anteriores, desde los albores del proceso la sala tuvo una visión clara del problema sometido a estudio y están debidamente explicados los motivos por los cuales el Gobierno Nacional no podía, sin incurrir en violación del artículo 3° de la Ley 57 de 1985, proferir el acto enjuciado.

De consiguiente, la sala no sólo reitera en esta sentencia los expresados planteamientos como fundamento para adoptar la decisión de anular el acto demandado, sino además considera que las especulaciones hechas por el mandatario judicial de la Superintendencia Bancaria en defensa de la legalidad del acto no son admisibles, por la potísima razón de que la figura jurídica de la delegación de funciones no tiene aplicación ni cabida alguna en el caso controvertido, pues, en primer término, el acto demandado no está delegando función alguna, sino, por el contrario, está confiriendo una *autorización* so pretexto de ejercerse las facultades consagradas en el artículo 3° de la Ley 57 de 1985 y, en segundo término, los cristalinos términos en que tal norma está concebida sólo permiten la edición de boletines o gacetas por sectores administrativos a los ministerios o departamentos administrativos, en los cuales podrán divulgarse sus actos y aquellos "...de los organismos que se hallen adscritos o vinculados a éstos".

Los demás argumentos expresados por el apoderado de la Superintendencia Bancaria se refieren a aspectos de convivencia, los cuales, como es sabido, no son susceptibles de análisis por parte de los jueces de la legalidad.

Por las razones anteriores, prospera este cargo.

En relación con el Segundo Cargo: *Violación del artículo 4° de la Ley 57 de 1985*

Habiéndo prosperado el cargo anterior, no es menester, entonces, entrar a considerar la violación de este artículo.

Estando por consiguiente acreditada la violación el artículo 3° de la Ley 57 de 1985 en que se incurrió por parte del Gobierno Nacional al dictarse el acto acusado, la nulidad que se solicita habrá de prosperar, y así se decidirá.

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,

F A L L A :

Primero.- DECLARASE la nulidad de la resolución Ejecutiva número 263 de 10 de septiembre de 1986, proferida por el señor Presidente de la República con la firma de los Ministros de Gobierno y de Hacienda y Crédito Púbico y del Jefe del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República.

Segundo.- Reconócese como apoderado sustituto de la parte demandada al doctor Alvaro Osorio Chacón.

Tercero.- En firme esta sentencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano*

Víctor M. Villaquirán, Secretario

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO

Solamente se pueden revocar los actos que reconozcan un derecho de carácter particular y concreto o una situación jurídica de la misma índole cuando son resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que esta misma clase de actos "ocurrió por medios ilegales". En otro giro, los únicos actos de carácter particular o concreto que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, conforme a la previsión contenida en el inciso 2° del articulo 73 del C.C.A.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá,D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991)

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Referencia: Expedente N° 1185; Actor: Eleazar de Jesús Agudelo Arango.

Se decide el recurso de apelación oprtunamente interpuesto por el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Valle y el señor apoderado de la parte actora contra la sentencia de 23 de enero de 1989, proferida por el mismo Tribunal, que denegó las súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES.

I.1. el señor ELEAZAR DE JESUS AGUDELO ARANGO, mediante apoderado judicial, acudió ante el Tribunal Administrativo del Valle, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Decreto-ley 01 de 1984, a presentar demanda tendiente a obtener las siguientes declaraciones:

a) La nulidad de la Resolución N° RJ-022 de 6 de abril de 1984, "POR LA CUAL SE REVOCA LA RESOLUCION N° RJ-018 DE FEBRERO 16 DE 1984", expedida por el señor Secretario de Gobierno Municipal de Santiago de cali.

b) La nulidad de la Resolución N° 035 de 8 de mayo de 1984, expedida por la misma Secretaría, que rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la precitada Resolución N° RJ-022.

c) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, lo restablezca en su derecho, reconocido por la Resoluciòn N° RJ-018 de 16 de febrero de 1984, expedida por el señor Secretario de Gobierno Municipal de Santiago de Cali, que le concedió licencia por el término de un año para explotar en la misma ciudad " El Juego de Doce Caras, para el Juego de Lotería e Precisión" y que por concepto de perjuicios se le reconozca la suma de VEINTE MILLONES SETECIENTOS MIL ($20'700.000) PESOS por daño emergente y la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL ($58.800.000) PESOS por concepto de lucro cesante.

I.2. A la demanda se le imprimió el trámite el procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal. Cabe señalar que en desarrollo de la etapa probatoria no se recaudaron los testimonios, ni la inspección judicial, con intervención de peritos, solicitada por la parte demandante, pruebas éstas con la cuales pretendía demostrar los perjuicios pedidos en el libelo demantadorio.

I.3. La primera instancia culminó con la sentencia proferida el 23 de enero de 1989 por el Tribunal Administrativo del Valle, que denegó las súplicas de la demanda y que fue apelada tanto por el señor Agente del Ministerio Público, como por el señor Procurador Judicial de la parte actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para denegar las súplicas de la demanda el Tribunal *a-quo* sostuvo, en esencia, lo siguiente :

II.1. La Ordenanza N° 01 de 1977, le otorgó competencia a la Secretaría de Hacienda Departamental el Valle para conocer licencia para la explotación del "Juego de Doce Caras, para el Juego de Loteria de Precisión" y, en consecuencia, la Secretaría de Gobierno Municipal de Santiago de Cali al expedir la licencia para este tipo de juegos, violó la referida Ordenanza, al carecer de facultades para ello.

II.2. La Resolución N° 018 de 16 de febrero de 1984, expedida por la Secretaría de Gobierno Municipal de Santiago de Cali, no reconoce una situación jurídica, ni otorga un derecho particular y concreto, porque para hablar de derechos adquiridos o situaciones jurídicas concretas, deben haberse adquirido con justo título y con arreglo a las leyes vigentes.

II.3. Hay actos jurídicos que son imputables y son los incompletos, los imperfectos o ilegales porque les faltal requisitos para su perfeccionamiento, o que no pueden producir efectos jurídicos porque no han causado estado y por tales razones es permitida su revocación por el funcionario que los expidió.

II.4. De acuerdo con lo expuesto la Resolución N° RJ-018 de 16 de febrero de 1984, no ha reconocido derecho alguno de carácter particular ya que fue expedida por un funcionario que no era competente para conceder licencia de funcionamiento para el Juego de Lotería de Precisión y tampoco la tenía para conceder la que permitiera explotar dicho juego, pues la Ordenanza 01 de 1977 atribuyó exclusivamente dicha competencia a la Secretaría de Hacienda Departamental del Valle.

III. SUSTENTACION DEL RECURSO

III.1. El señor Fiscal Primero el Tribunal Administrativo del Valle en el mismo escrito que interpuso el recurso de apelación, lo sustentó, aduciendo lo siguiente:

III.1.1. Para la Fiscalía es incuestionable que la Resolución N° RJ-022 de 6 de abril de 1984, reconoció un derecho de carácter comercial a un administrado que la Administración no podía desconocer.

III.1.1.2. Si la Administración advirtió que la mencionada Resolución N° RJ-018 era nula por caracter de facultad para expedirla, ha debido acudir ante el Juez Administrativo, para que mediante el proceso de lesividad así lo declarara, conforme lo establecen los artículos 63, 64, 149 del C.C.A.

III.1.1.3. Ratifica lo expuesto en su concepto fiscal rendido ante el Tribunal, en el sentido de que se decrete la nulidad de la Resolución N° RJ-022 de 1984, por violar las normas invocadas en la demanda, así como también la de la Resolución N° RJ-018 de 16 de febrero del mismo año por incompetencia, petición que formula con fundamento en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936.

III.2.- El señor apoderado del actor en el mismo escrito que interpuso el recurso de apelación, lo sustentó, arguyendo:

III.2.1. Acoge el criterio y concepto el señor Fiscal Primero del Tribunal Administrativo del Valle en el sentido de que la Administración carecía de competencia para revocar el acto acusado, ya que al crear una situación jurídica de carácter particular debía contar con consentimiento expreso y escrito del interesado, según lo dispone el artículo 73 del C.C.A.

III.2.2. El permiso, licencia o autorización que la Administración le concede a un particular para la explotación de una actividad lícita, así se dicte con incompetencia para ello, ese acto le concede al beneficiario un derecho subjetivo que sólo puede ser rebocado con su consentimiento expreso o, en su defecto, la Administración debe acudir en demanda del acto ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como un respeto y garantía para el administrado.

III.2.3. El acatamiento del acto acusado por el demandante, le originó consecuencias contractuales que la Administración no la ha reconocido al revocar el acto.

III.2.4. El artículo 73 del C.C.A., ha hecho que la jurisprudencia afirme que si se expide un acto que no puede ser revocado por la Administración, ésta debe promover acción jurisdiccional con el objeto de que se anule. Es la única manera de informar un acto, o su efecto ejecutorio, cuando crea una situación jurídica particular o reconoce un derecho individual, pues dicho artículo impide su revocación directa.

III.2.5. La falta de competencia de la Administración al producir un acto subjetivo que reconoció un derecho particular, debe conducir irremediablemente a la reparación de los perjuicios causados, previa anulación del acto que revocó sin mediar el consentimiento del titular del derecho.

IV. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo estima que no deben prosperar las súplicas del apelante, puesto que se expidió un acto en forma irregular que no puede producir efectos jurídicos porque no ha causado estado, ya que la Resolución demandada fue expedida por funcionario incompetente, dado que la Ordenanza la atribuye a la Secretaría de Hacienda del Departamento del Valle.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Tanto la parte actora como el señor Agente del Ministerio Público ante el Tribunal *a-quo* concretan su censura a la sentencia apelada al hecho de que al denegar las súplicas de la demanda se desconoció que el artículo 73 del C.C.A. prohibe la revocación directa de los actos que reconocen un derecho de carácter particular y concreto como la Resolución N° RJ-022 de 6 de abril de 1984, de la Secretaría de Gobierno del Municipio de Santiago de Cali.

El artículo 73 del C.C.A., es del siguiente tenor:

" Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Pero habrá lugar a la revocaciòn de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales..."

De su tenor literal se desprende lo siguiente:

En su primer inciso una regla general, y al mismo tiempo un principio general del Derecho Administrativo Colombiano: el de la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto que reconozcan un derecho o que creen o modifiquen una situación jurídica de la misma categoría.

Dicho principio consiste en que los actos administrativos que creen o modifiquen una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconozcan un derecho de la misma categoría no pueden ser revocados sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

La filosofía que informa el principio anterior es la de dar certeza, seguridad y estabilidad jurídicas a los derechos particulares y concretos o situaciones de la misma índole que haya reconocido la ley. Pero la intangibiliad que predica la norma se refiere es a los actos administrativos expresos.

El segundo inciso del precepto transcrito consagra una excepción cuando dice:

" Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

Este inciso ha dado orígen a diferentes interpretaciones en la doctrina:

Una primera posición considera que el precepto consagra dos excepciones a la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto y son las siguientes:

a) La primera es, que pueden revocarse los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo si se dan las causales previstas en el artículo 69 del C.C.A.

b) La segunda es, que pueden igualmente revocarse "cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medio ilegales."

La segunda posición doctrinal estima que el inciso sólo consagra una excepción y es la que pueden ser revocados los actos administrativos cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que esta misma clase de actos -los del silencio administrativo positivo-, ocurrieron por medios ilegales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, la Sala considera que la primera es susceptible de reparos dado que de aceptarse haría nugatorio el principio de la intangibilidad de los actos que reconocen derechos o situaciones jurídicas de carácter particular y concreto que pregona el inciso primero, pues serían objeto de revocación así los actos expresos cuando "fuere evidente" su expedición por medio ilegales.

En cambio la segunda posición doctrinal si merece la acogida de la Sala, ya que se ajusta con fidelidad tanto a la letra como al espíritu del inciso 2° del artículo 73 del C.C.A.

En efecto, a manera de excepción consagra el inciso que solamente se pueden revocar los actos que reconozcan un derecho de carácter particular y concreto o una situación jurídica de la misma índole cuando son resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que esta misma clase de actos " ocurrió por medios ilegales".

Cabe señalar que el inciso cuando dice " si se dan las causales previstas en el artículo 69", contempló tal regulación teniendo en cuenta que el precepto allí mencionado consagra dichas causales respecto de los actos administrativos expresos, mas no, de los presuntos por silencio administrativo positivo.

Ahora, en lo concerniente a la frase que dice "o si fuere evidente que el acto ocurrió por medio ilegales" torna redundante en ese aparte la norma puesto que al hacerse referencia a las causales del artículo 69 del C.C.A., en éstas, figura como primera, la de "manifiesta oposición del acto con la ley" y quedaba por lo tanto comprendida como modalidad de revocación, la evidencia de que el acto " ocurrió por medios ilegales". Pero si se tuviera duda sobre la referencia de dicha frase a los actos presuntos por silencio administrativo positivo, ella se despeja teniendo en cuenta que cuando se dice que el acto " ocurrió por medios ilegales", con ello se quiere significar que la ocurrencia solamente se puede predicar de los hechos. Los actos del silencio administrativo positivo son precisamente fruto, consecuencia de un hecho: la abstención o inacción de la Administración durante determinado tiempo, al cual la ley le atribuye una consecuencia jurídica positiva.

El análisis anterior permite a la Sala llegar a la conclusión que los únicos actos de carácter particular o concreto que son susceptibles de revocación, sin el consentimiento expreso y escrito del titular, son los que resultan de la aplicación del silencio administrativo positivo, conforme a la previsión contenida en el inciso 2° del artículo 73 del C.C.A.

Aplicando lo expuesto al caso *sub-judice* resulta incuestionable que la Resolución N° RJ-022 de abril de 1984, como la que la confirmó: la 035 de 8 de mayo del mismo año, expedidas por la Secretaría de Gobierno Municipal de Santiago de Cali, violaron el inciso 2° del artículo 73 del C.C.A. , ya que revocaron directamente un acto: la Resolución N° RJ-018 de 16 de febrero de 1984, de la misma Secretaría, que había reconocido un derecho al demandante: licencia por el término de un año prorrogable para explotar " El Juego de Doce Caras, para el Juego de Lotería de Precisión", en los establecimientos públicos de Cali que allí se enuncian.

La transgresión anotada da mérito para que se despachen favorablemente las peticiones 1ª y 2ª de la demanda, las cuales a su vez aparejan el restablecimiento del derecho del demandante, a que alude éste en la 3ª. En lo tocante a la súplica 4ª, sobre indemnización de perjuicios, se denegará, habida cuenta que no milita ningún

elemento de juicio en el proceso, dado que la inspección judicial, con intervención de peritos, que servía para determinarlos, no se recaudó por no haberse hecho presente el apoderado del demandante en las fechas que se señaló para ello (folios 321 a 334).

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Adminstrativo, Sección Primera,

F A L L A :

1°) Se revoca la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo el Valle, de 23 de enero de 1989 y, en su lugar, se dispone:

a) Se declara la nulidad de la Resolución Número RJ-022 de 6 de abril de 1984 "POR LA CUAL SE REVOCA LA RESOLUCION N° RJ-018 DE FEBRERO de 1984", y de la Resolución N° 035 de 8 de mayo de 1984 "POR LA CUAL SE DECIDE SOBRE UN RECURSO", expedidas, respectivamente, por la Secretaria de Gobierno Municipal de Santiago de Cali.

b) Se deniegan las demás súplicas de la demanda.

2°) Esta sentencia deberá ejecutarse dentro del término señalado por el artículo 176 del C.C.A.

3°) Ejecutoriada esta sentencia, devuélvase al Tribunal de orígen para lo de su cargo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 17 de julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CONSULTA/ PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL

En principio el *ad quem* debe conocer y deducir el recurso de apelación y devolver el expediente al Tribunal de origen para que éste, a su vez, lo remita de nuevo para surtirse el grado de la consulta a que está obligado. Y ello porque el Tribunal al enviar el expediente a esta instancia lo hace sólo en trámite del recurso de apelación. Resultaría no obstante, si así se hiciese, no solamente un procedimiento ilógico sino un atentado contra el principio de economía procesal que debe presindir todas las instancias del juicio. La Sala estima conducente entrar a conocer y decidir, en virtud de la consulta obligatoria, resultos los puntos de que trata la apelación.

CONTRAVENCION CAMBIARIA/ ACCION CONTRAVENCIONAL/ PRESCRIPCION

No puede pretenderse acumular el tiempo de los recursos y de las actuaciones administrativas correspondientes a éstos, al término estipulado por el artículo 2° de la Ley 33/75, pues es ésta una actuación que surge *ad libitum* del administrado después de haberse proferido y ejecutoriado la decisión de fondo sobre los hechos objeto de la investigación.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de julio de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano*

Referencia: Expediente N° 1567; Autoridades Nacionales: Actor: Jose Jaime Gaviria Angel.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 26 de abril de 1990, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual se declaró la nulidad de los actos administrativos acusados, se condenó a la Nación al pago de perjuicios morales y se denegaron las demás súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La demanda, presentada ante el *a-quo,* contiene los siguientes hechos como fundamento de las pretensiones:

"1.) La superintendenica de Control de cambios dictó la resolución N° 0717 de julio 14 de 1982, por medio de la cual se impone una multa de $13'488.304.22 a favor del Tesoro Nacional;

"II.) La misma resolución negó las pruebas solicitadas por José Jaime Gaviria y que fueron solicitadas oportunamente en el proceso contravencional por infracciones al Régimen de Control de Cambios que reglamenta el Decreto 444/67;

" III.) se interpuso recurso de reposición contra la citada resolución y fue confirmada mediante resolución N° 0862 de 1984;

"IV.) Posteriormente la SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS dictó el auto de Octubre 18 de 1984, por medio del cual se convierte en arresto la multa impuesta;

"V.) Como consecuencia de estos actos JOSE JAIME GAVIRIA quedó privado de la libertad y se encuentra recluído en la CARCEL NACIONAL MODELO DE CUCUTA;

" VI.) JOSE JAIME GAVIRIA es una persona que deriva el sustento personal y el de su familia de su trabajo personal y ha sufrido daños y perjucios morales y materiales".

Señala el actor como violadas por los actos acusados, las siguientes disposiciones superiores:

Los articulos 2 del Decreto 100 de 180; 48, 50 y 36 del C. de P.C.; los artículos 28 de la Constitución Nacional; 1, 6, 46, 47 y 240 del Código Penal; los artículos 55 del C.C.C., 334 del C. de P.C.; 209 del Código de Procedimiento Penal, 1 y 2 de la Ley 33 de 1975.

Analizando el Tribunal de la primera instancia el concepto de la violación, manifiesta que el de los primeros grupos de normas "está encaminado a establecer que la conducta por la cual fue sancionado el actor por la superintendencia de Control de cambios, para la época en la cual se impuso la sanción estaba contemplada como delito en el Código Penal (Decreto 100 de 1980) razón por la cual la entidad administrativa había perdido jurisdicción y competencia para imponer sanciones por esa clase de hechos. Como la norma penal consagra una sanción privativa de la libertad y otra pecuniaria, comprendida entre $50.000 y $4.000.000 y la multa que se impuso es superior a estas sumas, se violó el principio de la favorabilidad, aplicable en estos casos.

" El del tercer grupo de normas está encamincado a demostrar que, cuando se produjo y notificó el último de los actos administrativos demandados ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción contravencional y que se violó el derecho de defensa al considerarse en los actos acusados que las pruebas aportadas a la investigación por el implicado eran inconducentes y supérfluas".

LA PROVIDENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca señala que si bien la demanda adolece de graves defectos, "puede ser interpretada en su conjunto y llegar a establecer que se formulan tres cargos contra los actos acusados, consistentes en falta de competencia para producirlos dado que los hechos en que se fundan fueron tipificados como delito (artículo 240 del Código Penal de 1980), se violó el derecho de defensa y, por tanto, el artículo 26 de la Constitución Nacional porque las pruebas solicitadas por el interesado fueron negadas, y la prescripción de la acción contravencional cambiaría porque la vía gubernativa se agotó después del término de precripción que, para tales efectos, establece la ley 33 de 1975".

Encuentra el *a-quo,* que uno de los cargos, el de prescripción de la acción contravencional cambiaría, está llamado a prosperar y concluye que "Efectivamente, para la Sala cuando produjo por la Superintendencia la resolución N° 00862 del 27 de septimebre de 1984, ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción contravencional al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior que sirve de sustento fáctico a los actos acusados, en aplicación de la preceptiva de los artñiculos 1°, y 2° de la Ley 33 de 1975".

El Tribunal llega a la conclusión anterior, previas las siguientes consideraciones:

"b) Si se dicta el auto de apertura de la investigación dentro de los cuatro años contados a partir de la ejecución del hecho, el término de prescripción de la acción contravencional se interrumpe y empieza a correr un nuevo término de cuatro años, dentro de los cuales debe proferirse la decisión respectiva mediante acto o actos administrativos con carácter de firmeza, o sea que dentro de esos últimos cuatro años se debe resolver la situación jurídica a través del acto ajecutoriado. No basta, entonces, que la entidad administrativa expida el acto dentro de ese término, sino que, además, se haya notificado y quedado en firme, lo cual conlleva que si contra él proceden recursos éstos deben decidirse y la decisión notificarse. Es decir, al interesado es necesario notificarlo el acto que ponga fin a la actuación administrativa dentro del mismo período en el cual se cumple la prescripción".

Después de hacer la providencia apelada un análisis comparativo entre los hechos de la demanda y los artículos pertinentes de la Ley 33 e 1975 en el cual corrobora su convicción de haberse operado el fenómeno de la prescripción, termina declarando la nulidad de los actos administrativos contenidos en las resoluciones y el auto acusados, proferidos por la Superintendencia de Control de Cambios y, como indemnización por los perjuicios ocasionados al actor en razón

de dichos actos, condena a la Nación Colombiana a pagar al demandante, en razón de perjuicios morales subjetivos, la suma equivalente a quinientos (500) gramos oro fino con los intereses a que alude el artículo 177 del C.C.A.

Como en la demanda se solicita, igualmente, el pago de indemnización por perjuicios materiales, la Sala del Tribunal hizo al respecto la siguiente consideración:

" En cuanto a los perjuicios materiales la demanda no los determina por parte alguna diciendo en que (sic) consistieron y se limita a solicitar la práctica de un dictamen pericial "...sobre el monto de los perjuicios materiales y morales sufridos por JOSE JAIME GAVIRIA" y, en tales condiciones, es imposible condenar al pago de ellos puesto que la Sala desconoce cuales (sic) son. Por otra parte, así se hubieran determinado el dictamen relacionado con ellos no se podría apreciar puesto que los honorarios de los peritos no fueron cancelados (art. 388 del C. de P.C.)."

LA APELACION.

El apoderado del demandante, en folios visibles en el expediente números 167, 168 y 169, apela al fallo del Tribunal y taxativamente señala que la apelación tiene los siguientes objetivos:

"1°. Aceptamos el numeral PRIMERO de la parte resolutiva, el cual declara la nulidad de los actos administrativos.

"2°. Se aspira a que se condene a pagar daños materiales, de acuerdo con el peritazgo y que esta cuantía se indexe o reajuste monetariamente.

"3°. Se aspira a una condena mayor por concepto de perjuicios morales: UN MIL gramos de oro".

Y, en la sustentación del recurso, manifiesta:

"Afirma la sentencia que el dictamen relacionado no se puede apreciar puesto que los honorarios no han sido cancelados.

"Oportunamente anexaré las pruebas del pago, a fin de que esta prueba sea apreciada en la segunda instancia".

En relación con la segunda aspiraciòn, dice:

" La sentencia condena por concepto de perjuicios morales a pagar la suma equivalente a QUINIENTOS (500) gramos oro. Esta condena es suceptible (sic) de ser aumentada. La aflicción más aguda se presenta en la persona privada de la libertad, cuando es injusta, puesto que ya había prescrito. (...) Este sencillo razonamiento es suficiente para aspirar a que se condene a la máxima cantidad: UN MIL gramos oro".

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero ante el Consejo de Estado, llegado el momento procesal para lo de su incumbencia, considera que,

> "Al tenor de lo relacionado y de acuerdo con lo constado en el proceso la Fiscalía considera que al folio 5 y 6 del cuaderno N° 2 aparecen las constancias de que se cumplió por la parte actora con el requisito que faltaba para poder tener en cuenta el dictamen pericial que evaluó los perjuicios materiales sufridos por el actor durante los días allí señalados", conceptuando en consecuencia que se debe ordenar el pago de dichos perjuicios.

En cuanto a la petición de aumentar a mil gramos oro la indemnización por los perjuicios morales, dice el Fiscal que,

> "debe accederse a ello como que estos perjuicios escapan, por su misma naturaleza de ser subjetivos y de pertencer y mantenerse en la intimidad de la persona, lacerándola y acongojándola y por ello sin llegar a exteriorizarse, a que peritos puedan tasarlos. De allí que haya sido la propia ley la que le fijó el límite máximo y que, de acuerdo a la causa de ese mismo perjuicio, el llamado "*pretium doloris*" se deba fijar en el máximo de un mil gramos oro".

LA SALA CONSIDERA:

Determinante enfoque debe hacer la Sala, para resolver la alzada en los dos objetivos señalados claramente por el recurrente en su libelo; esto es, la condena a pagar daños materiales y la elevación a un mil gramos oro por la indemnización de perjucios morales.

En cuanto a la primera pretensión, debe decirse que es improcedente. No cita ciertamente cuál sería el fundamento jurídico que le quitara esa apariencia pues, analizándola a la luz del derecho positivo, no aparece una norma a la cual pueda asirse. El artículo 214 del Código Contencioso Administrativo que es la norma procesal que trata de las pruebas en la segunda instancia, le es completamente ajeno. No versa la prueba que se solicita tener en cuenta sobre "hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en la primera intancia", ni se trata de "documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria", ni de "desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior". Remotamente, podría asimilarse la circunstancia contemplada a la que considera el numeral primero de dicho artículo que reza:

> "*Pruebas en segunda instancia.* Cuando se trate de apelación en sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán unicamente en los siguientes casos:
>
> "1. Cuando decretadas en la misma instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento;

"2. .....

Sucede, sin embargo, que la prueba en mención, "un dictamen pericial sobre el monto de los perjucios materiales y morales sufridos por José Jaime Gaviria", si fue decretada y practicada en la primera instancia, pero no fue tenida en cuenta por el juzgador a causa de conducta imputable al actor. En efecto, hay constancia en el expediente de la negativa del accionante de cancelarles sus honorarios a los auxiliares de la justicia. Dichas constancias visibles a folios 118, 132, 133, 134, 147, 149 del cuaderno principal, 4, 5, 6 y 7 del expediente 1567, demuestran que fue necesario un proceso ejecutivo instaurado por los peritos para lograr el pago de los quince mil pesos ($15.000.oo) que se les fijaron como honorarios por parte del magistrado sustanciador. Estando iniciado el proceso en la segunda instancia, aún debía el actor a los peritos la suma de ciento treinta pesos ($130.oo) según certificación del Juez 28 Civil Municipal de Bogotá constante a folio 5 del expediente.

No hay por lo tanto razón para acoger la solicitud del apelante.

Pretende en segundo lugar, que por concepto de perjuicios morales, se eleve a mil gramos la condena decretada por el Tribunal *a-quo* que fue de quinientos gramos oro.

Esta reclamación, tampoco resulta viable, dado que el recurrente no aporta en el memorial del mismo, elementos de jucio que pudieran llevar a la Sala a variar la apreciación del *a-quo* al fijar la indemnización por perjuicios morales.

Las pretensiones de la apelación serán, por ende, desechadas; y desde luego el concepto del señor Agente del Ministerio público que las prohijó, desoído.

EL GRADO DE LA CONSULTA.

Se colige paladinamente del texto *ut supra* citado, inciso primero del artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, que el grado de la consulta fue establecido por el legislador para las sentencias de primera instancia en las que se imponga una obligación a cargo de cuaquier entidad pública. Se suple con dicha disposición el defecto de actividad por parte de dicha entidad al no apelar de la decisión que le es desfavorable. Es por ello que el inciso final del mismo artículo establece que la consulta se entenderá interpuesta siempre a favor de las mencionadas entidades y que "La procedencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado".

Pues bien el caso bajo examen se presenta la situación prevista por la norma: No aparece la administración como apelante, en rígida interpretación de los cánones procesales. Por su parte, el administrado, descontento con la decisión judicial sí hizo uso del recurso.

Planteada en los anteriores términos la alzada, podría deducirse, en principio, que el *ad-quem* debe conocer y decidir el recurso de apelación y devolver el expediente al Tribunal de origen para que éste, a su vez, lo remita de nuevo para surtirse el grado de la consulta a que está obligado. Y ello porque el Tribunal al enviar el expediente a esta instancia lo hace sólo en trámite del recurso de apelación.

Resultaría no obstante, si así se hiciese, no solamente un procedimiento ilógico sino un atentado contra el principio de economía procesal que debe presindir todas las instancias del juicio.

A este propósito dice así el profesor Carlos Betancur Jaramillo en su obra de Decrecho Procesal Administrativo:

> " La consulta se entiende interpuesta siempre a favor de las entidades públicas, lo que le permite al *ad- quem* moverse con cierta libertad, ya que no sólo podrá disminuir el monto de la obligación puesta sino declarar su inexistencia, pero en ningún caso aumentarla. Este principio, que no ofrece dudas frente a sentencias desfavorables en un todo para la entidad, presenta alguna discusión en el caso de sentencias parcialmente adversas apeladas unicamente por el demandante. En estas condiciones el Consejo de Estado tendrá plena libertad para revisar la decisión y no estará constreñido como a primer golpe de vista parece, por el principio de la *reformatio in pejus* que gobierna los alcances de la apelación en el proceso. (La apelación se entenderá interpuesta sólo en lo desfavorable). Esta libertad de acción se explica porque en el caso de sentencias parcialmente desfavorables apeladas sólo por el actor, el superior conoce por una doble vía: por la apelación del actor y por la consulta que debió surtirse por implicar obligación a cargo del Estado. Esta extensión en la competencia del Consejo se entiende aunque el *a-quo* no diga expresamente que el fallo pasa por ambos motivos".

El profesor Devis Echandia, citado por el mismo autor, también se pronuncia sobre el tema:

> " Si la sentencia fue parcialmente desfavorable a la entidad pública y apela de ella el particular, pero no el representante de aquella, el superior puede revisarla en lo favorable al segundo (que será la condena parcial contra la primera), en virtud de las facultades que le otorga la consulta forzosa que en esa parte procede".

Así pues, la Sala estima necesario, además de conducente, entrar a conocer y a decidir, en virtud de la consulta obligatoria a que está sometido el caso *sub iuris,* el proceso cuyo fallo en primera instancia pronunció el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca. A ello se dispone en la forma que sigue:

Elemento axial en la controversia suscitada con la demanda, lo constituye indudablemente el artículo segundo de la Ley 33 de 1975 el cual, por ser de obligada referencia en estas consideraciones se cita textualmente:

" La prescripción de la acción contravencional al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se interrumpirá por el auto de apertura de la investigación, y principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, desde el día de tal interrupción".

La parquedad de la norma no se presta a generosas interpretaciones de acomodo a situaciones particulares ni a agregaciones procedimentales que le hagan lo que no dice.

En efecto, al prescribir esa ley del Congreso de la República que la prescripción principia a correr de nuevo por el término de cuatro años, le está dando la oportunidad a la Administración, dentro de ese límite temporal, de adelantar la investigación y pronunciarse de fondo sobre los resultados de la misma. Hasta ahí, simplemente. Pero también claramente pues la concisión, el laconismo de la norma evita que ésta se convierta en una *res nullis* de la que se pueda hacer uso no medido y a la que se pueda acuñar situaciones *ad-látare* que pertenecen a otra cuerda jurídica, definida igualmente en normas precisas. Se está haciendo referencia, obviamente, al tiempo señalado por la ley para las actuaciones administrativas y al señalado en la misma como término para las decisiones en la vía gubernativa como resultado de los recursos interpuestos por el administrado.

En el caso *sub-exámine* adquiere forma concrescible lo que se acaba de enunciar: la investigación administrativa se abrió por medio de auto de Superintendente de Control de Cambios, fechado el 23 de mayo de 1980 (folios 38 y 39 del expediente N° 2414) y después de haberse adelantado la actuación administrativa mediante todas las diligencias plenamente comprobadas (ibídem) culminó ésta con la Resolución N° 0717 del 14 de julio de 1982, notificada al apoderado del señor José Jaime Gaviria Angel el 16 de julio del mismo año, según consta a folio 17 del cuaderno principal, es decir, que el proceso administrativo se realizó en forma completa en dos años y dos meses.

Lo que de ahí sigue, corresponde a la iniciativa del administrado: la puesta en marcha de la vía gubernativa mediante la voluntaria interposición de los recursos legales.

El Tribunal *a-quo* deja constancia en su providencia de la oportunidad en que se produjo la resolución de la Superintendencia en estos términos:

" 4) La Resolución N° 0717, por medio de la cual se impone la multa convertible en arresto, se produjo el 14 de julio de 1982 y fue notificada personalmente el 16 del mismo mes y año (fls, 264 a 270 vto., cuaderno 2), lo cual indica que se profirió dentro del término".

Siendo así, no puede esta Sala compartir la voluntad del juzgador de primera instancia de pretender acumular el tiempo de los recursos y de las actuaciones administrativas correspondientes a éstos, al término estipulado por el artículo segundo de la Ley 33 pues es esta una actuación que surge *ad libitum* del

administrado después de haberse proferido y ejecutoriado la decisión de fondo sobre los hechos objeto de la investigación.

Este criterio, que es avalado y compartido en reiteradas oportunidades por el Consejo de Estado, encuentra su exacta expresión en el pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil a raíz de una consulta hecha por el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público en los siguientes términos:

> " Se consulta especificamente ante esa Honorable Sala, si cuando en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior se ha iniciado, desarrollado y concluído la investigación por medio de resolución sancionaria debidamente notificada, dentro del término de caducidad de la acción, cesa el efecto extintivo del tiempo transcurrido, no obstante la firmeza e la decisión se refiera a una época posterior al vencimiento prescriptivo, por haberse recurrido en la vía gubernativa la providencia sancionaria del Superintendente de Control de cambios".

A la muy completa respuesta de la sala consultada corresponde el acápite que se transcribe:

> " Si la Superintendencia de Control de cambios inicia, adelanta y decide la investigación dentro del plazo de caducidad de la acción, aunque el acto que ponga término a la actuación no se encuentre ejecutoriado, es claro que obró oportunamente porque el lapso de 4 años tiene por objeto permitirle al Estado, mediante el órgano competente, indagar los hechos y adoptar una decisión, aunque ésta no se haya notificado ni menos se encuentre ejecutoriada. Si para el particular inculpado el término de caducidad constituye el plazo dentro del cual puede ser investigado, absuelto o sancionado, para el Estado es el lapso prescrito por la ley para adelantar y decidir la investigación". (17-VIII-82, Pon. Dr. Humberto Mora Osejo).

Como bien puede observarse, el caso que está bajo examen va más allá de lo requerido por la Sala de Consulta, toda vez que no solamente se tomó la decisión por parte de la entidad estatal sino que se notificó oportunamente, de lo cual hay claras constancias en el expediente.

En seguimiento de lo que se ha afirmado en esta providencia sobre el carácter voluntario por parte del administrado en cuanto a las actuaciones posteriores a la resolución de la entidad estatal, voluntad que se realiza mediante la interposición de los recursos que consagra la ley contra dicho acto, es oportuno citar igualmente el concepto de la Sala de Consulta en la misma respuesta al Ministro preguntante:

> " La vía gubernativa es la posibilidad jurídica que se ofrece a los interesados para reclamar, mediante el recurso o los recursos pertinentes, los actos particulares que pongan término a las actuaciones administrativas, para que se aclaren, adicionen, reformen o revoquen. Por consiguiente supone, necesariamente, un acto principal o definitivo que pueda ser objeto de la

misma. En el caso objeto de la consulta, *requiere la existencia del acto que defina la investigación* adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, expedido dentro del término de caducidad de la acción. La notificación, como los recursos de la vía gubernativa, pueden surtirse con posterioridad a su vencimiento, tanto por que la Ley 33 de 1975 sólo prescribe el plazo para adelantar y definir la investigación como porque, mediante aquellos, se trata de hacer conocer y reclamar el acto que impone la sanción: de ahí que la notificación y los recursos de la vía gubernativa se regulen, a este respecto, no por la Ley 33 de 1975, sino por el Decreto-Ley 2733 de 1959, que prescribe términos específicos para realizar aquélla e interponer y decidir éstos. Del mismo modo, contra el acto que imponga la sanción, el interesado puede ocurrir a la jurisdicción previo agotamiento de la vía gubernativa, dentro del término que al efecto señala el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo. De manera que si el acto que define la investigación se expide dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975, aunque no haya sido notificado ni menos se encuentre ejecutoriado, no habría caducidad de la acción" (lo subrayado está en letra itálica en el original).

Nada habría que agregar a la nítida exposición transcrita que constituye la cabal interpretación de la Ley 33 de 1975, fundamento de derecho de la providencia apelada, interpretación que no coincide con la expresada por el Tribunal de primera instancia en dicho proveído a cuya información apuntan estos plantemientos.

En resumen, se tiene que la sentencia pronunciada por el a-quo ha sido apelada fundándose el recurso en dos razones absolutamente improcedentes y, al observar la Sala que el asunto motivo de la *litis*, concretamente la condena que en el fallo se hace en contra de una entidad pública, es de obligatoria consulta según el mandato del artículo 184 del Código Contenciosos Administrativo, ha asumido al mismo tiempo su análisis y su decisión.

En razón 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, habiendo consultado el concepto del Agente del Ministerio Público y en desacuerdo con él,

FALLA:

1°. DENIEGASE las peticiones del apelante.

2°. SE REVOCA en todas sus partes la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, pronunciada en el asunto de la referencia, el día 26 de abril de 1990, y en su lugar se DENIEGAN las pretensiones de la demanda.

Queda surtida la consulta a que se refiere la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el dia 17 de julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano,

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

EXCEPCIONES-Oportunidad/ **INTERVENCION DE TERCEROS**

No son de recibo las excepciones planteadas en el trámite de la segunda instancia por una de las partes, habida cuenta que su proposición, de acuerdo con los términos del inciso primero del artículo 164 del C.C.A., debió hacerse en la contestación de la demanda o dentro del término de fijación en lista. Además, los terceros intervinientes no pueden proponer excepciones.
REITERADA en sentencia de julio 26/91, del mismo ponente, Exp.1548.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Presupuesto/ **PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades

La ley establece una limitación a las partidas anuales que deben asignarse para los gastos totales de las contralorías departamentales, esto es, que la limitación a la suma resultante del 2% del respectivo presupuesto no puede entenderse para cubrir gastos parciales del ente fiscalizador, ni mucho menos, como se pretende el acto acusado, que este porcentaje pueda sobrepasarse con el artificio de que se trata de un "auxilio" para solucionar un problema deficitario. A las asambleas departamentales corresponde organizar las contralorias departamentales conforme a la ley, y cualquier suma que por encima del 2% de los presupuestos departamentales se destine a sus contralorías, se estará asignando con violación de la norma legal.
DECLARA LA NULIDAD de la Ordenanza 006 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho de julio de mil novecientos noventa y uno

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente N° 1032; Actor: José Jesús Laverde Ospina

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindio, de fecha 7 de septiembre de 1988.

I. ANTECEDENTES

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

El ciudadano José Jesús Laverde Ospina, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindio la nulidad de la Ordenanza N° 006 de 24 de noviembre de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío.

b. El acto acusado

Mediante el acto acusado, la Asamblea del mencionado Departamento, expresando hacer uso de sus facultades legales, en especial las conferidas por los artículos 187 de la Constitución Nacional y 60 del Decreto 1222 de 1986, otorgó un auxilio por la suma de ochenta millones de pesos ($80.000.000.oo) a la Contraloría General del Departamento para solucionar el déficit fiscal de la vigencia de 1988 (artículo 1°), facultó al Gobernador para efectuar los traslados presupuestales necesarios para tal fin (artículo 2°) y ordenó su vigencia a partir del 1° de enero de 1988 (artículo 3°).

c. Los hechos de la demanda

Aparte del hecho de la expedición del acto acusado, la parte actora expresa su extrañeza por el hecho de que desde 1987 la Asamblea del Quindio "...tuviera conocimiento del déficit fiscal que padecía la Contraloría Departamental para 1988...", en la suma de $80.000.000.oo (fl.9, Cdno. N° 2).

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a constinuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis, se presentan e la siguiente manera:

PRIMER CARGO.- Violación del artículo 6° de la Ley 6ª de 1958, pues esta norma es muy clara al señalar que las partidas anuales para gastos totales de las contralorías departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, el 2% de sus respectivos presupuestos.

Además, ninguna de las normas invocadas en sustento de la Ordenanza demandada otorgan facultades a las asambleas para otorgar auxilios a las contralorías departamentales.

SEGUNDO CARGO.- Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional, por cuanto la Ordenanza impugnada se expidió con exceso y desviación de poder, "...colocándose de esa manera en el campo de los particulares..." (fl. 10 Cdno. N° 2).

e. Las razones de la defensa

La entidad demandada, para este caso, el Departamento del Quindío, no se hizo parte en el proceso.

f. La actuación surtida

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

Por auto visible a folio 14, Cdno. N°2, se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Denegada como fue la práctica de pruebas, mediante providencia de julio 1° de 1988 se dio traslado a las partes para alegar de conclusión, frente a lo cual se guardó silencio.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 24 a 27 Cdno, N°2):

No se predica la violación del artículo 6° de la Ley 6ª de 1958, toda vez que al no existir prueba del porcentaje que, con relación al presupuesto general del Departamento del Quindío, representa la cuota inicialmente aprobada para la Contraloría, mal puede decirse que ésta exceda del 2% señalado en la norma legal.

" Además, tal porcentaje dice relación al presupuesto anual ordinario de los departamentos y la Ordenanza estudiada crea un auxilio extraordinario que nada tiene que ver con aquél".

Como el actor no expuso el concepto de la violación del artículo 20 de la Constitución Nacional, la Sala se abstiene de hacer consideraciones sobre tal cargo.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fl.31 Cdno. N°2).:

De la certificación que se acompaña resulta que a la Contraloría del Departamento del Quindío se le asignó para 1988 una partida de $63.182.000.oo, equivalente al 2% del presupuesto aforado en $3.159.076.000 para la vigencia fiscal del mencionado año.

En consecuencia, al entregársele mediante el acto acusado una suma adicional de $80.000.000, se excedió el porcentaje máximo de que habla el artículo 6° de la Ley 6ª de 1958.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, los ciudadanos Fabio Zapata Bustamante y Emma Peláez Fernández se oponen a las pretensiones del recurrente, por las siguientes razones, aducidas durante el trámite de la segunda instancia (fls. 13 y 14 Cdno. N° 1, 1 y 2 Cdno. N° 3):

La Ordenanza demandada se limitó a otorgar un auxiio extraordinario a la Contraloría Departamental, al igual que lo puede disponer en favor de cualquier otra entidad y lo allí dispuesto trata de un asunto diferente a lo que ordena la norma presuntamente violada.

La sentencia debe ser confirmada y en su defecto debe revocarse y proferirse fallo inhibitorio por inepta demanda, debido a que el acto enjuiciado creó un derecho en favor de un tercero, como lo es la Contraloría General y los demandados debieron ser "...el Gobierno Departamental o en su defecto la Honorable Asamblea del Departamento por intermedio de un Procurador Judicial".

Además, al no ser la parte actora la afectada con la Ordenanza, se debió incoar una demanda distinta a la simple acción de nulidad.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que la sentencia apelada debe ser revocada y, en su lugar, accederse a las pretensiones de la demanda, en razón a que el acto impugnado viola flagrantemente el artículo 6° de la Ley 6ª de 1958. Se destaca, igualmente, que el Consejo de Estado en numerosos fallos ha ratificado que las partidas anuales para gastos de las contralorías departamentales debe limitarse estrictamente al 2% del presupuesto del respectivo departamento (fls. 9 a 11 Cdno N°1).

VI. PRUEBAS DE OFICIO

Mediante providencia de 28 de septiembre de 1990, la Sección Primera decretó la práctica oficiosa de la prueba tendiente a la comprobación del monto del presupuesto del Departamento del Quindío para la vigencia fiscal de 1988 y las partidas destinadas para gastos de la Contraloría de dicho Departamento para la misma vigencia, la cual, practicada como fue, obra a folios 18 a 25 del Cdno N° 1.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala considera que no son de recibo las excepciones planteadas en el trámite de esta instancia por una de las partes impugnantes, habida cuenta que su propósito, de acuerdo con los términos del inciso primero del artículo 164 del C.C.A., debió hacerse en la contestación de la demanda o dentro del término de fijación en lista, pues precisamente con esta norma se busca "...que la litis se entrabe desde un principio en todos sus extremos, para evitar sorpresas reñidas con la seriedad, publicidad y lealtad que debe imperar en todo proceso y para que las partes conozcan a cabalidad el objeto de la controversia, no sólo por activa sino por pasiva y puedan así calibrar mejor sus cargas probatorias" (Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, 2ª Edición, 1985, pág 259). Además, cabe observar que los terceros intervinientes no pueden proponer excepciones.

En cuanto al fondo del asunto, éste se contrae a determinar si el acto acusado, esto es, la Ordenanza No. 006 de 24 de noviembre de 1987, proferida por la Asamblea Departamental del Quindío, vulnera o no la norma superior contenida en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, incorporado en el artículo 245 del actual Código de Régimen Departamental (Decreto-Ley 1222 de 1986), que prohibe asignar a las contralorías departamentales partidas anuales para gastos, superiores al 2% de los presupuestos de cada departamento.

Se encuentra plenamente demostrado en el expediente de la segunda instancia (fls. 18 a 25), resultante de la prueba oficiosa decretada por esta Corporación, que el monto total del presupuesto del Departamento del Quindío para la vigencia fiscal de 1988 ascendió a la suma de $3.159.076.000, lo que implica que, de conformidad con el artículo 6o. de la Ley 6a.de 1958, las partidas anuales para los gastos que demandare la Contraloría Departamental no podían exceder de $63.182.000, equivalente al 2% de dicho presupuesto.

También se encuentra probado con la certificación expedida por el señor Gobernador del Departamento del Quindío (fl. 25), que en el período fiscal de 1988 se "... acordó transferir con destino a la Contraloría Departamental..." una suma igual a $73.650.000, guarismo este que por sí sólo desborda el límite máximo que establece el mencionado artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, aspecto que se pone de relieve aun cuando no se encuentra discutido en este proceso, pues en tal suma no se encuentra incluído el auxilio que por $80.000.000 se otorgó mediante el acto demandado.

La Ley 6a. de 1958 en su artículo 6o. establece una limitación a las partidas anuales que deben asignarse para los gastos totales de las contralorías departamentales, esto es, que la limitación a la suma resultante del 2% del respectivo presupuesto no puede entenderse para cubrir gastos parciales del ente fiscalizador, ni mucho menos, como se pretende con el acto acusado, que este porcentaje pueda sobrepasarse con el artífício de que se trata de un " auxilio " para solucionar un problema deficitario.

Por otra parte, esta Corporación ha reiterado en numerosos fallos que la facultad que el artículo 187-8 de la anterior Carta Constitucional otorgaba a las asambleas para organizar las contralorías departamentales, debía ser ejercitada dentro de las provisiones establecidas por el legislador en esta materia, lo cual implica, para el presente caso, la estricta sujeción de tales organismos a lo dispuesto por el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, pues quiérase o no, y llámase como se llame, toda suma que por encima del 2% de los presupuestos departamentales se destine a sus contralorías, se estará asignando con violación de la norma legal citada.

Predicar, así fuera en gracia de discusión, la legalidad del acto enjuiciado, implicaría no sólo el desconocimiento burdo de la ley, sino además, aceptar un indiscriminado e incontrolable aumento de las partidas destinadas a los gastos del ente fiscalizador, en detrimento no sólo del principio de la limitación del gasto público impuesto por el legislador en esta materia, sino también de los exíguos presupuestos departamentales.

La Sala considera también que las contralorías departamentales, como todos los organismos de la administración pública, deben ejecutar sus presupuestos ciñéndose estrictamente a los fondos de que dispongan para la respectiva vigencia fiscal, pues no cabe aceptar, bajo ningún punto de vista, que con el ropaje de un " auxilio " puedan crearse y legalizarse venas abiertas al erario público.

Planteadas así las cosas, resulta evidente y por tanto indiscutible que la Ordenanza acusada viola notoriamente el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, incorporado, como ya quedó dicho, al artículo 245 del Código de Régimen Departamental, pues al ordenarse la transferencia de la suma de $80.000.000, adicional a la aprobada en el presupuesto para la vigencia de 1988, sobrepasó la limitación que para gastos totales contiene la norma en comento, y por tal motivo se procederá a su anulación.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero. REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 7 de septiembre de 1988.

Segundo. Declárase la nulidad de la Ordenanza No. 006 de noviembre 24 de 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío.

Tercero. Reconócese como partes impugnantes a los ciudadanos Fabio Zapata Bustamante y Emma Peláez Fernández.

Cuarto. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Víctor Rojas Serrano.*

Victor M. Villaquirán, Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Presupuesto/ **PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA DEPARTAMENTAL**-Facultades

Cuando la ley ordena que las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrán exceder en ningún caso, y para cada departamento, del 2% de sus respectivos presupuestos, se está refiriendo al que es expedido anualmente por la Asamblea para la entidad Territorial departamental, sin que en tal concepto se incluyan los presupuestos de los municipios, así reciban o no los servicios de auditoría de la Contraloría.
CONFIRMA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso 2o. del artículo de la ordenanza número 024 de 1989 (noviembre 29) de la Asamblea del César

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1728. Actor: Carlos Rodolfo Ortega Montero. Asuntos Departamentales.

Entra la Sala a decidir por medio de este auto, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Contraloría General del Departamento del Cesar, contra la providencia de fecha enero 31 de 1991, emanada del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del mismo Departamento.

Entiende la Sala que el Contralor en el caso de autos obra en su calidad de ciudadano, pues la Contraloría Departamental no tiene personería jurídica.

LA ACCION

Se solicita en la demanda que se declare la nulidad del inciso 2o. del artículo 97 de la Ordenanza número 024 de noviembre 29 de 1989 dictada por la Asamblea Departamental del Cesar " por la cual se expide el estatuto de presupuesto departamental". Pretende igualmente la suspensión provisional del acto acusado alegando para tal efecto que con él se violan los artículos 190 de la Constitución Nacional, 245 del Código de Régimen Departamental y el 6o. de la Ley 6a. de 1958.

El acto acusado dispone:

" Al tenor del artículo 190 de la Constitución Nacional que establece la vigencia fiscal de la Contraloría General del Departamento sobre los municipios con las excepciones establecidas por la Ley, por analogía se aplicará el porcentaje del dos por ciento (2%) del presupuesto de los Municipios como aporte a la Contraloría General del Departamento ".

LA PROVIDENCIA APELADA

El *a-quo,* al comprobar que la demanda reúne los requisitos exigidos por la ley, la admite. Y, en cuanto a la petición de suspensión provisional, así se expresa:

" El artículo 190 establece que la vigilancia fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la ley determine respecto a Contralorías Municipales.

" Esta norma de carácter general no pudo ser violada por el acto acusado, porque ella nada dispone acerca del porcentaje que se establece para gastos totales de las Contralorías Departamentales.

" Lo afirmado en relación con la norma constitucional no puede decirse del artículo 245 del Código de Régimen Departamental cuyo tenor es el siguiente:

" Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos ".

" Salta a la vista que la norma acusada viola el artículo acabado de transcribir, comoquiera que las Contralorías Departamentales, solamente pueden recibir anualmente para gastos totales, el equivalente al dos por ciento (2%) del presupuesto departamental.

" Al señalar la norma acusada, por analogía, el dos por ciento de los presupuestos de los municipios sujetos de vigilancia fiscal por la Contraloría Departamental, ilegalmente se está incrementando el aporte que la ley establece para las Contralorías Departamentales".

Concluye entonces la providencia apelada:

" No es necesario hacer elucubraciones jurídicas para arribar a esta conclusión, porque al comparar la norma acusada con el artículo 245 aludido anteriormente, fluye con claridad meridiana, la grosera violación de esta última norma y en tal virtud se accederá a la suspensión provisional solicitada ".

EL RECURSO

El apoderado judicial del Contralor General del Departamento del Cesar, discrepa de la providencia del Tribunal, al parecer porque el actor no demostró plenamente que el presupuesto de la Contraloría excedió del 2% a que se refiere el artículo 245 del Código de Régimen Departamental y por lo tanto, según él, no existe la certeza por parte de la Corporación acerca de la violación de la norma citada.

La disposición ordenanzal, anota el recurrente " hace referencia a la analogía en cuanto a que se aplicará el porcentaje del 2% del presupuesto de los Municipios como aporte a la Contraloría General del Departamento".

Y, en un párrafo cuya redacción y ortografía dejan mucho que desear, concluye:

" En el inciso descrito con anterioridad, la Asamblea nó nó (sic) hace referencia especial a los Municipios que nó (sic) téngan (sic) Contraloría Municipal, que es a los cuales, la Contraloría Departamental, les presta él (sic) servicio de auditoría Municipal, a los cuales se les cobra hasta él (sic) 2% de su presupuesto, aplicando la analogía, por cuanto los Municipios en donde existén (sic) Contralorías Municipales, el Municipio les cancela él (sic) 2% de su presupuesto por la prestación de esé servicio, que es el mismo que le presta la Contraloria del Departamento a los Municipios por estos servicios ".

Finalmente, el señor apoderado del Contralor se apoya en la costumbre por parte de las administraciones anteriores de efectuar dicho cobro, el cual, según su criterio, ha contribuído en gran parte al buen desempeño de la Contraloría, tanto en los gastos de funcionamiento como en los de inversión.

SE CONSIDERA :

Desenfocado, por decir lo menos, es el libelo presentado por el profesional apoderado de la Contraloría para atacar la providencia del Tribunal de primera instancia.

En primer lugar, hace el apelante una extraña confusión en lo que toca a la muy clara disposición del artículo 245 del Decreto 1222 de 1986 sobre las partidas que los departamentos deben destinar anualmente para el funcionamiento de las Contralorías, las cuales, (partidas), no deben exceder del dos por ciento (2%) de los presupuestos de los mismos departamentos.

En segundo lugar, si bien el demandante alega la violación del artículo 190 de la Constitución Nacional (vigente en ese entonces), el *a-quo* fue nitido en su providencia al afirmar que " esta norma de carácter general no pudo ser violada por el acto acusado, porque ella nada dispone acerca del porcentaje que se establece para gastos totales de las Contralorías Departamentales ".

Entra además, el memorial en cuestión, en una serie de contradicciones sobre los municipios con Contraloría o sin ella, sobre un presunto pago que los municipios le hacen a la Contraloría Departamental por la prestación de servicios y sobre la aplicación de una analogía cuyo piso jurídico no aparece por parte alguna.

Aquí también puede decirse que cuando el artículo 245 del Código de Régimen Departamental ordena que las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales, no podrán exceder en ningún caso, y para cada Departamento, del 2% de sus respectivos presupuestos, se está refiriendo al que es expedido anualmente por la Asamblea para la entidad territorial departamental, sin que en tal concepto se incluyan los presupuestos de los municipios, así reciban o no los servicios de auditoría de la Contraloría.

La apreciación anterior encuentra respaldo en jurisprudencia contenida en la sentencia del 7 de noviembre de 1987, expediente No. 429, Consejero Ponente, Dr. Simón Rodríguez. Allí se dijo:

> " El 2% de apropiación con destino a la Contraloría Departamental debe aplicarse unicamente al presupuesto del departamento y no incluir también como indebidamente se hace en los artículos 3o. inc. 1o. y su parágrafo 2o., y 7o. de la ordenanza, el mismo porcentaje para ' los municipios, las entidades descentralizadas del orden departamental y las entidades que reciban aportes departamentales '. Luego esta intromisión en los presupuestos de estas últimas entidades es ilegal e inconstitucional y por ello habrá de declararse la correspondiente nulidad ".

Por lo anterior, la Sala encuentra conforme a derecho la decisión del Tribunal del Cesar de suspender provisionalmente el acto demandado, pues las dos normas que se confrontan en el caso analizado (el inciso 2o. del artículo 97 de la Ordenanza 024 de noviembre 29 de 1989 proferida por la Asamblea del Cesar y el artículo 245 del Código de Régimen Departamental), aparecen realmente disconformes, pretendiendo ir la subordinada más allá de la letra y el espíritu de la que le es superior y limitante hasta el punto de contradecirla y desacatarla.

Por este breve análisis, el requerido por la ley para decidir sobre la suspensión provisional, se confirmará el auto apelado, (que no sentencia) como pide el recurrente.

Por las razones expuestas, la Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE :

CONFIRMAR la providencia del 31 de enero de 1991 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cesar suspendió provisionalmente el inciso 2o. del artículo 97 de la Ordenanza No. 024 de noviembre 29 de 1989 dictada por la Asamblea de dicho Departamento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 17 de julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

TRATADO INTERNACIONAL/ CADUCIDAD/ PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/ COMPETENCIA/ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES/ COMPETENCIA/ ACTO POLITICO

Si sólo en el Presidente de la República está radicada la competencia constitucional para celebrar tratados y poner término a los mismos mediante los instrumentos regulares previstos en la Constitución, en las normas de derecho internacional y en los propios tratados que se pretende extinguir, igualmente estará radicada en ese funcionario la competencia para reconocer la caducidad, extinción o pérdida de vigencia de cualquier tratado celebrado entre Colombia y otro u otros países. Esa competencia en manera alguna corresponde al Ministro de Relaciones Exteriores.
DECLARA LA NULIDAD de la nota número 747 (marzo 29), dirigida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia a la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Bogotá, D.E., veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1144. Actor: Germán Cavelier. Acción de nulidad en relación con la Nota # 747 de 29 de marzo de 1979, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El ciudadano GERMAN CAVELIER, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la Nota número 747 del 29 de marzo de 1979, dirigida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia a la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, que dice textualmente:

" Bogotá, D.E., marzo 29 de 1979.

" Señor Embajador:

" Tengo el honor de referirme a la nota de Vuestra Excelencia No. 091/79 del 7 de marzo de 1979, la cual dice lo siguiente:

' Tengo el honor de proponer a Vuestra Excelencia en nombre del Gobierno de la República Federal de Alemania el siguiente Acuerdo:

' Dado que existen dudas sobre la vigencia del " Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre el Imperio Alemán y la República de Colombia, el (sic) 21 de julio de 1982 ", se considera práctico considerar el Tratado como caducado con fecha de la entrada en vigor del presente Acuerdo.

' En caso de que el Gobierno de la República de Colombia se declare conforme con lo propuesto, esta Nota y la Nota de respuesta de Vuestra Excelencia en la que conste la conformidad de su Gobierno constituirán un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos que entrará en vigor en la fecha de su Nota de respuesta '.

" Tengo el honor de manifestar a Vuestra Excelencia que el Gobierno de Colombia está de acuerdo con la mencionada propuesta y en considerar que la nota transcrita y la presente respuesta favorable constituyen un Acuerdo entre nuestros dos Gobiernos, el cual entrará en vigor en la fecha de esta nota.

" Aprovecho la ocasión para reiterar a Vuestra Excelencia el testimonio de mi más alta y distinguida consideración. (fdo.) Carlos Borda Mendoza, Ministro de Relaciones Exteriores, Encargado ".

" A su Excelencia

" El señor HANS HEINRICH NOEBEL

Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Federal de Alemania.

La ciudad ".

El tratado a que se refiere la Nota demandada fue aprobado por el Congreso de Colombia por la Ley 37 de 1892 (19 de octubre), y canjeadas las ratificaciones en Bogotá el 12 de abril de 1894, y según el artículo 26 del mismo, entró a regir tres meses después del día del canje de las ratificaciones, o sea, el 12 de julio de 1894.

I. FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Según el accionante, con la expedición del acto acusado se violaron los artículos 2o., 20, 76, ordinal 18, 85, 86 y 120, numeral 20, de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

1a. Se violó el artículo 2o. de la Carta, en concordancia con el 120, numeral 20, ib., por cuanto el Ministro de Relaciones ejerció el poder público en términos distintos de los establecidos por la Constitución, ya que esta dispone que las relaciones exteriores son dirigidas por el Presidente de la República, a quien, igualmente, corresponde la celebración de Tratados.

2a. También se violó el mismo artículo 2o. de la Constitución, en concordancia con el artículo 76, numeral 18, por cuanto el señor Ministro de Relaciones aceptó en el acto acusado que el Tratado que se proponía celebrar entraría en vigencia en la fecha de ese acto, siendo así que la Constitución establece que los Tratados solamente pueden regir cuando han sido aprobados por el congreso y la ley aprobatoria sancionada y promulgada. Usurpó el Ministro Encargado la función del Congreso al aceptar que el Tratado que se proponía celebrar entrara a regir sin aprobación del Congreso, contrariamente a lo dispuesto por la Constitución para el ejercicio de los poderes públicos.

3a. Violó el Ministro Encargado el numeral 20 del artículo 120 de la Constitución, por cuanto se atribuyó la facultad presidencial de celebrar tratados cuando convino con la Embajada de Alemania en Colombia que el Tratado colombo-alemán de 1892 dejara de regir. Tal estipulación es un tratado por cuanto extingue una obligación preexistente de Colombia de cumplir y ejecutar las disposiciones de dicho Tratado; si se acuerda que el Tratado deja de regir, se están modificando las obligaciones internacionales de Colombia, cosa que sólo el Presidente puede hacer, no el Ministro de Relaciones Exteriores.

4a. Violó el Ministro el numeral 18 de artículo 76 de la Constitución, por cuanto convino con la Embajada de Alemania en Bogotá que la modificación del Tratado entraría en vigencia inmediatamente, siendo así que los tratados solamente pueden regir, cumplidas además las ratificaciones y la promulgación, luego de su aprobación por el Congreso. Usurpó el Ministro la atribución del Congreso de aprobar los tratados, pues por el acto acusado se aprobó a sí mismo lo hecho por él y le dio vigencia a la modificación del Tratado en la forma estipulada allí.

5a. Violó el Ministro el numeral 20 del artículo 120 de la Constitución por cuanto ejerció la atribución presidencial de ratificar los Tratados, pues ésta forma parte de su facultad de dirigir las relaciones exteriores, ratificación indispensable para que el acto acusado entrara en vigencia inmediatamente.

6a. Violó el Ministro el mismo numeral 20 del artículo 120 de la Constitución, pues acordó con Alemania que se pusiera término al Tratado de manera diferente a la estipulada en el Tratado en su artículo 26.

7a. El acto acusado viola los artículos 85 y 86 de la Constitución, por cuanto el Ministro de Relaciones no podía ejercer el poder público para dar vigencia inmediata a la terminación del Tratado, ya que tal acuerdo no había sido confirmado por el Presidente de la República, ni sometido al control político del Congreso, ni sancionado y promulgado en la forma prevenida en los indicados artículos para todas las leyes, incluídas las aprobatorias de tratados públicos.

8a. El acto acusado priva de vigencia a un tratado celebrado entre Colombia y Alemania, aprobado por Congreso, ratificado por el Presidente y cuyas ratificaciones fueron canjeadas en debida forma para darle vida jurídica internacional y entrar en el ámbito del derecho internacional, del cual el acto acusado pretende desprenderlo usurpando funciones y violando competencias constitucionales y el propio Tratado.

II. LA ACTUACION

Admitida la demanda mediante providencia de marzo 17 de 1989, se notificó personalmente al señor Ministro de Relaciones Exteriores, quien por medio de apoderado constituído al efecto, solicitó reposición de aquélla por considerar que esta jurisdicción no es competente para juzgar actos jurídicos de carácter internacional.

En proveído de 14 de septiembre de 1989, se niega la revocatoria del acto impugnado, por considerar la Sala Unitaria que, conforme a la sentencia de 15 de noviembre de 1984 proferida por la Corte Suprema de Justicia, por la cual se declaró inexequible la frase " pero sólo por vicios de forma " del inciso segundo del primitivo artículo 82 del C.C.A., los actos políticos o de gobierno, una de cuyas modalidades teóricas es el acto jurídico internacional, son actos administrativos que no se escapan al control de esta jurisdicción.

Al contestar la demanda el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro del término de ley, insiste en sus planteamientos sobre falta " de jurisdicción y competencia " para conocer de la Nota demandada, y, expresa, además, las razones jurídicas que lo llevan a oponerse a las pretensiones de la demanda.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión sólo lo hizo el señor apoderado del precitado Ministerio, y el señor Fiscal rindió su concepto de rigor en los términos que adelante se verá.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA PARTE DEMANDADA

Los argumentos que expone el señor apoderado del Ministerio de Relaciones Exteriores, para oponerse a las pretensiones de la demanda, se sintetizan así:

a) El señor Ministro de Relaciones Exteriores no quebrantó ninguno de los artículos de la Constitución Política indicados en la demanda, por cuanto al firmar la Nota demandada actuó de conformidad con el decreto ley 2017 de 1968, orgánico

del Ministerio de Relaciones Exteriores, que con toda claridad dispone en el Capítulo I, artículo 1o. que el Ministerio tiene a su cargo: "...la negociación y *celebración* de tratados y convenios y la vigilancia de su ejecución...", norma que sólo vino a ser declarada inexequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia # 67 de 28 de septiembre de 1989, en la parte que prescribe "...y celebración ", por ser ésta una atribución exclusiva del Presidente de la República, y que, como bien lo sabe el Consejo de Estado, no tiene efectos retroactivos como la declaratoria de nulidad. En consecuencia, dice el opositor, cuando se firmó la Nota demandada el Ministro estaba respaldado juridicamente por el principio de la legalidad.

b) El artículo 26 del Tratado de 1892 no contemplaba la denuncia como mecanismo para darlo por terminado. La mencionada disposición es muy amplia y permitía a las partes utilizar el instrumento jurídico que estimaran más conveniente para el caso de que desearan hacer cesar los efectos del Tratado. Además, es imperioso recordar que el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la ley 32 de 1985 y vigente para Colombia desde el 10 de mayo de 1985, fecha de depósito del instrumento de ratificación, dispone que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuírse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en Cuenta su objeto y su fin. Por lo tanto, atendiendo a esta norma, no se puede afirmar que las partes no denunciaron el Convenio como lo ordenaba su artículo 26, por la sencilla razón de que esa figura no aparece en el texto del instrumento internacional y tampoco se puede inferir su consagración, porque la interpretación debe ceñirse al patrón antes descrito, o sea, al " sentido corriente de los términos " que en el convenio era muy claro: autorizaba y concedía libertad a las partes para escoger el sistema idóneo para dar por terminado el tratado.

c) Si lo anterior no es suficiente para desvirtuar el cargo, es necesario tener presentes los antecedentes históricos de los hechos planteados en los puntos 2.6 y 2.7 de la demanda, para comprender su verdadero alcance y comprobar que no hubo ninguna violación en el presente caso.

En efecto, el 23 de junio de 1892 se firmó el Tratado entre el entonces Imperio Alemán y la República de Colombia, que entró en vigencia el 12 de julio de 1894, tres meses después del canje de los instrumentos de ratificación, de conformidad con el artículo 26 del mismo.

En 1919, al terminar la Primera Guerra Mundial, y con la abdicación del Emperador Guillermo II, se instaura la *República de Veimar.*

En 1933, Adolfo Hitler fue nombrado Canciller del Reich, y al morir el Presidente Hindemburg (1934) asume la jefatura del Estado, acto inconstitucional que dio fin al régimen democrático.

El 1o. de septiembre de 1939, Inglaterra declaró el estado de beligerancia a Alemania y se inició la Segunda Guerra Mundial. Colombia rompió relaciones diplomáticas con el Reich Alemán, en cumplimiento de la ley 20 de 1941,

aprobatoria de la declaración sobre asistencia recíproca y cooperación defensiva de las naciones americanas, emanada de la Segunda Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores Americanos celebrada en la Habana, en el año de 1940. Más tarde, en la Tercera Reunión de Cancilleres efectuada en Rio de Janeiro, Colombia, México y Venezuela patrocinaron la ruptura de relaciones con los países del Eje (Alemania, Italia, Japón), y en dicha Conferencia se aprobó la resolución No. 1 en la que se recomendó a los gobiernos de América la ruptura de relaciones comerciales y financieras con las naciones del Eje.

También conviene recordar que Colombia adhirió el 17 de enero de 1943 a la declaración de las Naciones Unidas de 1o. de enero de 1942, declaración que comprometía a los Estados signatarios de ella a usar todos sus recursos militares y económicos contra las naciones integrantes del Pacto Tripartito y sus adherentes a él. Esta adhesión se firmó en Washington por el Presidente Alfonso López Pumarejo, en presencia del Presidente de los Estados Unidos de América, señor Roosevelt.

Como consecuencia inmediata de la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares entre Colombia y Alemania se afectaron las relaciones jurídicas establecidas entre los dos Estados en virtud del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación.

Incluso la misma convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 63 reconoce y acepta que la ruptura de relaciones diplomáticas y consulares sí afecta las relaciones establecidas por el Tratado cuando la existencia de esas relaciones es indispensable para la aplicación del Tratado, como sin dudas sucedió en este caso. Aconteció aquí, como lo denomina la comisión de Derecho Internacional, "una desaparición de los medios indispensables para la ejecución de un tratado ". De este modo es claro que el Tratado dejó de regir entre las partes.

Sin embargo, al terminar la Segunda Guerra Mundial pudieron surgir dudas sobre una nueva entrada en vigor del Tratado. Para aclarar este punto definitivamente, ya que no había certeza sobre el vigor o continuación del Tratado, las partes intercambiaron las notas de marzo de 1979, que confirmaron la no vigencia del instrumento internacional que había perdido eficacia años atrás, por el hecho histórico ya descrito, y en consecuencia manifestaron su conformidad por conducto de las notas mencionadas que no se pueden considerar una denuncia irregular como se indica en la demanda, porque éstas constituyen una decisión de las partes frente a una situación imprevista no contemplada por el Tratado.

Aquí es importante resaltar que la duda siempre se refirió a si el Tratado había entrado nuevamente en vigor después de su terminación debido a la segunda guerra mundial, o si había continuado en vigor; pero jamás se aseveró que se había producido un acuerdo para mantenerlo vigente. Al respecto conviene remitirse a las Notas No. 105/78 del 13 de marzo de 1978, No. 217/78 del 9 de mayo de 1978 y la No. 479/78 del 5 de octubre de 1978 todas de la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá.

A todo lo anterior cabe agregar otro acontecimiento de mayor trascendencia, con mayores implicaciones que el anterior y que viene a reforzarlo: la declaración de beligerancia con Alemania el 26 de noviembre de 1943, hecha por el gobierno colombiano con la aquiescencia del Congreso de la República, a causa de varios actos de agresión consumados contra Colombia por el Reich.

Una guerra entre naciones produce la caducidad y no la suspensión de un Tratado de Amistad, Comercio y Navegación que hayan celebrado entre ellos los beligerantes, porque la guerra es la antítesis de la amistad y el comercio normal, ya que ella hace imposible jurídica y hasta físicamente la ejecución de los tratados de esa naturaleza, y porque los pactos de amistad, de comercio y de navegación llevan implícita la condición de resolverse cuando cesa el estado de paz. En otras palabras, el conflicto no sólo suspende sino que anula tales estipulaciones, como lo sostienen la mayoría de los expositores modernos del Derecho Internacional, y sólo no interrumpe la vigencia de otros como, por ejemplo, los tratados de límites o los de cesión de territorios.

En síntesis; no cabe duda que el tratado de 1892, y por supuesto su artículo 26, deben estudiarse bajo unas referencias históricas más amplias. La declaración de beligerancia produjo juridicamente la caducidad o terminación de las estipulaciones contractuales sobre amistad, comercio y navegación, y por tanto, no es posible invocar en favor de la vigencia del Tratado una cláusula que dejó de obligar a las partes contratantes. Para que el Tratado de 1892 hubiera vuelto a regir, habría sido necesario un acuerdo entre las partes y una declaración bilateral sobre su nueva vigencia, la cula nunca existió, como con acierto lo confirman las notas de la Embajada de la República Federal Alemana.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, en su concepto de rigor, llega a la conclusión de que ni constitucional ni legalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores era competente para expedir el acto demandado y propone que, en salvaguardia del orden constitucional y legal que obliga imperativamente a todo funcionario público colombiano, el Consejo de Estado declare la nulidad del acto acusado.

V. LA DECISION

No encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención , previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

1a. *La excepción de falta de jurisdicción y competencia.*

En cuanto a ésta, la Sección reitera lo dicho por la Sala Unitaria al resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la Nación-Ministerio de

Relaciones Exteriores- contra el auto por medio del cual se admitió la demanda, por estar de acuerdo con los planteamientos que en ese entonces se hicieron. Dijo así la Sala Unitaria en su proveído de 14 de septiembre de 1989:

" a) Como respuesta histórica al ejercicio arbitrario e incontrolado del poder que negaba la paz y la seguridad jurídica de los asociados, se consolida modernamente el estado constitucional o de derecho. El poder institucionalizado. El ejercicio reglado de la actividad pública. El reconocimiento a una legalidad preestablecida. En líneas generales se estructuran principios encaminados a impedir la expansión de totalitarismo. El estado juridicamente organizado procura mediante la interrelación de sus elementos, la libertad individual y la restricción al abuso del poder. Dentro de este contexto y como fundamental garantía para el logro de estas finalidades, el mismo sistema propone la limitación del poder mediante el derecho. El estado, sus organismos, al igual que sus funcionarios, se encuentran sometidos al derecho. Deben actuar conforme a la legalidad. En este orden de ideas, compete a la jurisdicción asumir el conocimiento de sus presuntas violaciones.

" b) Colombia no es ajena al anterior contexto ideológico. Nuestro régimen constitucional sitúa al estado precisamente en esta esfera prescriptiva. Instrumenta un amplio control jurisdiccional sobre los actos de la administración. Funda este control, en la naturaleza reglada de la totalidad de la administración pública. Precisamente, el artículo 20 constitucional, impide la posibilidad de que la voluntad individual de los servidores públicos se imponga sobre la general de la ley. Igualmente, la regla del artículo 216 constitucional, le otorga a la jurisdicción contenciosa control de constitucionalidad sobre la generalidad de los actos administrativos. Asímismo, el artículo 82 del decreto 01 de 1984, le atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de controversias originadas en actos de las entidades públicas y de las privadas cuando cumplan funciones públicas, incluso reitera esta norma, podrá juzgar las que se originen en los denominados actos políticos o de gobierno. Esta aclaración legislativa rompe con las especulaciones doctrinarias y jurisprudenciales que negaban a los actos políticos o de gobierno su control jurisdiccional. Se reconoce por lo tanto, que la teoría del no control para estos actos administrativos, carecía de valor jurídico y de base constitucional.

" c) La única nota característica de esta clasificación era la de excluir por razones diferentes a las jurídicas, a estos actos, del control jurisdiccional. Permitía por lo tanto sustraer importantes actos administrativos de las premisas básicas del estado constitucional moderno. Del control garante de la legalidad. La aceptación de esta teoría implicaba admitir en la práctica, que el régimen constitucional no obligaba a los funcionarios públicos que se ocupasen de aquellos asuntos calificados como políticos o de gobierno. Inadmisible quiebre a la legalidad. Paso indubitable a la arbitrariedad.

" d) La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de noviembre de 1984, con ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano, al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 82 del decreto 01 de 1984, acogió la anterior tesis. Expresó la Corporación en dicha oportunidad que: '...frecuentemente la doctrina

y ocasionalmente la jurisprudencia han tratado de otorgarle una entidad autónoma a determinados actos de gobierno o de la administración, que singularizados por ciertas circunstancias, pero mayormente por los móviles que los inspira, se califican como actos políticos o de gobierno. Se trata empero de una distinción teórica que inclusive puede llegar a tener en ciertos casos alguna utilidad conceptual, pero que dentro del sistema constitucional colombiano carecen de apoyo normativo, como quiera que ninguna cláusula de aquélla permite hacer dicha diferenciación que por mayor que sea el refinamiento a que se llegue, a lo sumo permitiría concluir que dichos actos de gobierno constituyen apenas una modalidad de los actos administrativos. La Constitución pues, no establece diferencia alguna entre los actos políticos o de gobierno, y menos aún para excluir tales actos del control jurisdiccional. Basta mencionar lo dispuesto por el artículo 193 de aquélla, según el cual: ' la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los actos de la administración por los motivos y con los requisitos que establezca la ley '...'

"e) En este orden de ideas, los actos jurídicos internacionales de la administración pública, que invoca el recurrente, no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno, que como se expuso, la misma ley colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo. Por otra parte, formal y materialmente la nota No. 747 del 9 de marzo de 1979, constituye un acto administrativo, el cual por razones extrajurídicas se pretende sustraer del control jurisdiccional. El acto en cuestión fue proferido por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de la época y mediante el mismo se están creando situaciones jurídicas. No encuentra pues, razones valederas el Despacho para descartar su juzgamiento con el fin de determinar si se ha violado nuestro reglamento jurídico.

"f) En lo que se refiere a la jurisprudencia del Consejo de Estado que aceptaba el no control de los actos políticos, es digno destacar que la misma en razón a los fundamentos antes invocados ha variado. En su época ya contaban con serios de tractores. En providencia del 28 de enero de 1976, de la que fue ponente el doctor Carlos Galindo Pinilla (Sección Primera), el entonces Consejero de dicha Sección doctor Humberto Mora Osejo, produjo importante salvamento de voto en el que demuestra cómo esta clasificación de actos políticos, "...ha sido paulatinamente desechada por la doctrina y la jurisprudencia con el fin de someter los mismos al control jurisdiccional...'. Agregó el disidente en aquella oportunidad lo siguiente: (Invocando al tratadista Sayaguez Lasso) '...de lo expuesto se deduce que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan el calificativo de actos de gobierno. Pero esta circunstancia no excluye su calidad de actos administrativos, con todas las consecuencias que derivan en cuanto a la posibilidad de impugnarlos mediante recursos administrativos o jurisdiccionales, o de reclamar la reparación patrimonial si fuesen legales y lesionen derechos subjetivos conforme a las normas generales...'

g) En reciente providencia de Magistrado de esta misma Sección, doctor Simón Rodríguez, al resolver sobre la demanda de nulidad propuesta contra la Nota GM-542 de noviembre 22 de 1952, del mismo Ministerio de Relaciones Exteriores,

admitió el control jurisdiccional de este acto ' político ' y dio curso legal a la misma (auto del 25 de marzo de 1988)".

Por consiguiente, no prospera la excepción propuesta por la parte demandada.

2a. *El aspecto de fondo de la controversia.*

a) *La competencia constitucional para la celebración de Tratados o convenios.* No existe duda alguna, por cuanto las normas constitucionales son expresas, sobre que la competencia constitucional para la celebración de tratados o convenios con otros Estados y entidades de derecho internacional, está radicada exclusivamente en el Presidente de la República como Jefe de Estado (art. 120-20 C.N.), los cuales deben ser aprobados por el Congreso de la República (art. 76-18 de la Constitución, en concordancia con el 120-20 ib.).

Por ello, como se ha visto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia # 67 dictada con fecha 28 de septiembre de 1989, declaró la inexequibilidad de la frase " Y CELEBRACION " del artículo 1o. del decreto ley 2017 de julio 17 de 1968, orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, que le otorgaba a éste competencia para " la negociación y *celebración* de tratados y convenios, y la vigilancia de su ejecución ". Al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, en este aspecto, tan sólo le corresponde, por delegación de funciones presidenciales, negociarlos.

b) *El caso concreto.* Sentada la anterior premisa, debe, en primer término, la Sala dilucidar si mediante la Nota demandada de la Cancillería Colombiana se celebró un Tratado entre la República de Colombia y la República Federal de Alemania, o si por medio de aquélla se puso término a uno *existente y vigente,* pues es claro, igualmente, que en uno u otro caso, si bien la negociación correspondía a la competencia del Ministro de Relaciones Exteriores, teniendo en cuenta las directrices del Presidente de la República, es indubitable que ello era y es de la competencia constitucional exclusiva del Jefe del Estado.

La Nota demandada en este proceso, respuesta a la No. 091/79 del 7 de marzo de 1979 dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por el señor Embajador Extraordinario y Plenipotenciario de la República Federal de Alemania, transcrita al comienzo de esta sentencia, teniendo en cuenta sus términos, conduce a la Sala a la conclusión de que no se está en presencia de un Tratado celebrado entre Colombia y la República Federal de Alemania, que regule relaciones jurídicas entre ellos sobre determinados aspectos. Por consiguiente, no se encuentra el quebrantamiento de los artículos 2, 20, 76-18, 85, 86 y 120-20 de la Carta Política.

En cuanto a lo segundo, es decir, si por medio de la Nota demandada, por funcionario público incompetente, se puso término a un Tratado existente y vigente, el celebrado entre la República de Colombia y el entonces Imperio Alemán en el año de 1892, las Notas Nos. 105/78 del 13 de marzo de 1978, 217/78 del 9 de mayo del mismo año y 479 del 5 de octubre de 1978, dirigidas todas ellas al Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia por la Embajada de la República

Federal de Alemania en Bogotá, allegadas al expediente en fotocopias autenticadas, en donde se le pregunta al Gobierno colombiano si, según su criterio, el precitado Tratado está " aún en vigor ", " si entró nuevamente en vigor despues de la II Guerra Mundial ", si ante la circunstancia de que " no existen constancias algunas que permitan la conclusión que el Tratado en mención nuevamente haya sido declarado válido por las partes contratantes, *después de su terminación* debido a la Segunda Guerra Mundial ", en virtud de lo cual " el Gobierno Federal se permite proponer al Gobierno de la República de Colombia que el Tratado en mención oficialmente *sea declarado vencido* " (subrayados fuera del texto), y la Nota final, la No. 091/ 79 a la cual se refirió el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia en la Nota demandada, en donde el Gobierno de la República Federal de Alemania le propone al gobierno colombiano, que es " práctico considerar el Tratado *como caducado* con fecha de la entrada en vigor del presente Acuerdo " (subrayado fuera del texto), y la Nota que constituye el acto acusado, así como los antecedentes históricos que le recuerda a la Corporación el señor apoderado especial de la Nación-Ministerio de Relaciones Exteriores, a los cuales la Corporación agrega el concerniente a la ocupación de Alemania por las potencias triunfadoras de la Segunda Guerra Mundial y la división de aquélla en las dos Alemanias que sólo vinieron a reunificarse recientemente, tanto al contestar la demanda, como al alegar de conclusión, debe llevar a la Sala a la conclusión de que, en manera alguna, se puso término por el Ministerio de Relaciones Exteriores, sin competencia para ello, a un Tratado existente y vigente. Simplemente, se reconoció el hecho de que, por virtud de la declaración de beligerancia con Alemania hecha por el gobierno colombiano, con la aquiescencia del Congreso de la República, el día 26 de noviembre de 1943, originada en varios actos de agresión consumados contra Colombia por el Reich, se produjo la caducidad del Tratado de 1892, pues la guerra entre naciones produce, por lo general, la caducidad de ellos y no la suspensión y su reanudación cuando ella termine, cuando por razón de los efectos de la guerra el Tratado o Tratados hacen imposible su ejecución, celébrese o no un tratado de paz, salvo que se trate de Tratados de límites o los de cesión de territorios, como lo expresan la mayoría de los tratadistas de Derecho Internacional, que recuerda el señor apoderado de la demandada.

El tratadista de derecho internacional L. OPPENHEIM en su obra de Derecho Internacional, Tomo II-2, Controversias, Guerra, Neutralidad, Casa Bosh, dice al respecto que " la cuestión de cómo un tratado de paz- que puede asistir o no, pues dicho autor recuerda que Alemania después de la segunda guerra mundial no celebró ninguno (págs. 158 y ss.)- renueva los tratados concluídos entre las partes antes del comienzo de la guerra es muy controvertida. Su solución depende de la respuesta a la cuestión del efecto del comienzo de la guerra sobre los tratados en vigor entre los beligerantes, que ya se ha discutido. En ausencia de disposición contraria en el tratado de paz no puede haber ninguna duda de que los tratados que han sido cancelados por el comienzo de la guerra no se renuevan; por otra parte, tampoco hay duda igualmente de que los tratados que solamente se han suspendido con tal comienzo se reanudan. En la práctica es corriente que las partes hagan estipulaciones especiales en el tratado de paz ".

Empero, si bien es cierto, como se ha visto, que ni mediante la Nota de la Cancillería colombiana, demandada en este proceso, se celebró por dicho funcionario, en representación del gobierno nacional, un tratado internacional con representante de la República Federal de Alemania, ni se puso término a uno *existente y vigente,* si se tiene en cuenta que simplemente se reconoció el hecho de la caducidad del Tratado de 1892 celebrado entre la República y el entonces imperio alemán, no es menos cierto que ese reconocimiento no podía provenir del señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, así este funcionario tenga la competencia para negociar tratados y convenios que obligan a la República y vigilar su ejecución, y en la época de elaboración y envío de la nota demandada el señor Embajador de la República Federal de Alemania en Bogotá, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1o. del decreto-ley 2017 de 1968, después declarado inexequible parcialmente por la Corte Suprema de Justicia, tuviera también, en contradicción u oposición al ordenamiento constitucional entonces vigente, la de " celebrar " esos tratados y convenios.

En efecto, para la Sala es claro que si sólo en el Presidente de la República está radicada la competencia constitucional para celebrar tratados y poner término a los mismos mediante los instrumentos regulares previstos en la Constitución, en las normas positivas de derecho internacional y en los propios Tratados que se pretende extinguir, igualmente estará radicada en este funcionario la competencia para reconocer la caducidad, extinción o pérdida de vigencia de cualquier Tratado celebrado entre Colombia y otro u otros países. Esa competencia, en manera alguna, correspondía, ni corresponde actualmente (art. 189-2 de la C.P. de 1991), al señor Ministro de Relaciones Exteriores, sin que tenga fundamento constitucional el argumento de que, en la época en que se produjo el acto administrativo acusado, regía una disposición legal que se la concedía expresamente, que sólo vino a desaparecer para el futuro en razón de su declaratoria de inexequibilidad, pues a todo funcionario público colombiano le estaba, y está, impuesta la obligación de aplicar de manera preferencial, en todo caso sometido a su consideración, la norma constitucional, desechando la de la norma legal o de otra categoría inferior que sea incompatible con cualquiera del ordenamiento constitucional, principio reiterado hoy en el art. 4o. de la actual Constitución Política del país.

Por estas consideraciones, la Sala considera 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,

F A L L A :

DECLARASE la nulidad de la Nota número 747 de 29 de marzo de 1979, dirigida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia a la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, transcrita al comienzo de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Relaciones Exteriores, y archívese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

REVISION DE CONTRATOS/ CONTRATO DE EMERGENCIA/ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/ COMPETENCIA

Todos los contratos que celebra la administración distrital -hoy Distrito Capital- de Bogotá, sin excepción alguna, como lo pretende la recurrente distinguiendo entre ordinarios y aquéllos producto de la declaratoria de emergencia, deben someterse a la revisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca teniendo en cuenta las reglas de cuantía señaladas en la ley. *CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del inciso 4 del art. 229 del Acuerdo 6 de 1985 del Concejo Distrital de Bogotá (Código Fiscal).*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1513. Actor: Gabriel de Vega Pinzón. Recurso de apelación contra la providencia de 21 de septiembre de 1989, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la suspensión provisional del inciso cuarto del art. 229 del Acuerdo 6 de 1985 del Concejo Distrital de Bogotá (Código Fiscal).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada de la Personería Distrital de Bogotá, contra la providencia de la referencia.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

El *a-quo* accedió al decreto de suspensión provisional con base en las siguientes consideraciones:

El Código Fiscal de Bogotá, al señalar en el inciso cuarto de su artículo 229 que " para poder iniciar la ejecución de los contratos de que trata este artículo -los de

emergencia- bastará con las firmas de las partes contratantes " y que " los demás requisitos podrán cumplirse durante la ejecución del contrato ", desatendió el precepto de estirpe superior que es el artículo 255 del C.C.A. que determina, entre otros, que TODOS LOS CONTRATOS QUE CELEBRE, EL DISTRITO ESPECIAL DE BOGOTA, no podrán ejecutarse sino DESPUES DE HABER SIDO REVISADOS POR esta jurisdicción, DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO

La apoderada de la Personería Distrital de Bogotá sustenta el recurso de apelación en los siguientes razonamientos:

1o. El artículo 229 del Código Fiscal del Distrito, sobre celebración de contratos en casos de emergencia, señala:

" En caso de emergencia que genere grave alteración del orden público, calamidad pública, peligro social o económico, reconocidos por Decreto del Alcalde Mayor, la Administración Distrital podrá celebrar, con el carácter de urgente contratos sin la autorización del Concejo de Bogotá y sin el requisito de la licitación.

" El objeto del contrato deberá tener una relación de causalidad directa e inequívoca con la situación de calamidad reconocida por Decreto del Alcalde Mayor. Este tendrá una vigencia máxima de noventa (90) días prorrogables por una sola vez y hasta por el mismo término a juicio del Concejo, si estuviere reunido, o en su defecto por la Comisión de Presupuesto.

" La autorización para celebrar el contrato la dará la Junta Asesora y de Contratos de la Junta Directiva respectiva luego de conocer el Decreto que declara la situación de anormalidad y los argumentos que presente el Alcalde Mayor. La autorización otorgada por la Junta debe contar con el voto favorable de la mayoría de los representantes del Concejo, presentes en dicha Junta.

" Para poder iniciar la ejecución de los contratos de que trata este artículo bastará con la firma de las partes contratantes. Los demás requisitos podrán cumplirse durante la ejecución del contrato.

"Los contratos que, mediante declaratoria de urgencia, celebre la Administración Distrital, serán sometidos posteriormente a la revisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando su cuantía así lo requiera, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo...".

2o. Como se puede apreciar claramente el inciso 4o. de la norma demandada se refiere a una circunstancia totalmente diferente a la señalada en el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo: que no podrán ejecutarse contratos que celebre el D.E. de Bogotá, sino después de haber sido revisados por la jurisdicción

en lo Contencioso Administrativo, siempre que la cuantía del contrato exceda del cinco por ciento del presupuesto de la respectiva entidad, y en todo caso cuando exceda de $50.000.000.oo, como lo precisa el art, 263 del mismo Código, pues la norma acusada se está refiriendo expresamente a los que celebra la Administración Distrital diferentes a los que requieren para su perfeccionamiento la revisión del Tribunal.

3o. La afirmación anterior es plenamente válida si se tiene en cuenta que el inciso 5o. de la misma norma, dice: " Los contratos que, mediante declaratoria de emergencia, celebre la Administración Distrital, serán sometidos posteriormente a la revisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando su cuantía así lo requiere, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 263 del Código Contencioso Administrativo ".

En otras palabras, el inciso suspendido por el *a-quo* se refiere a los contratos celebrados por la Administración Distrital, que dada su cuantía, no requiere de la revisión por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4o. Por otra parte, el Cabildo Distrital está facultado por el numeral 16 del artículo 13 del Decreto Ley 3133 de 1968 (Estatuto Orgánico del D.E. de Bogotá) para dictar el Código Fiscal, y en concordancia con el art. 5o. de la Ley 19 de 1982, que establece que en desarrollo de la autonomía de los entes territoriales, sus normas fiscales podrán establecer la formación y adjudicación de los contratos que celebren y señalen las cláusulas de los mismos, conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio, se dictó el artículo 229 que regula la formación y trámite de los contratos en caso de emergencia, en la que es impostergable la actividad de la administración en aras al bienestar general, señalándose, por ende, que solamente se requiere para empezar a ejecutarse el contrato, la firma de las partes contratantes.

5o. Por lo demás, es del caso aclarar que cuando la disposición acusada señala que " los demás requisitos *podrán* cumplirse durante la ejecución del contrato " (subrayado fuera del texto), " se refiere a que es potestativo de las partes contratantes si cumplen los requisitos antes de la firma del contrato o durante la ejecución de éste y no como lo manifiesta el doctor GABRIEL DE VEGA PINZON, que se deja a potestad de la Administración Distrital el legalizar o no el contrato " (sic).

III. LA DECISION

Para resolver, *se considera:*

La ley, que prevalece en su aplicación sobre ordenamientos que se encuentren en plano inferior dentro de la escala de las normas positivas de derecho y que dispongan en contrario, siempre que, por otra parte, no sea contraria al ordenamiento constitucional vigente, es clara en preceptuar en el artículo 255 del Código Contencioso Administrativo, que " *Todos* los contratos que celebren la Nación, los departamentos, intendencias, comisarías, el Distrito Especial de Bogotá, y sus

entidades descentralizadas *que requieran de revisión de acuerdo con las normas vigentes,* no podrán ejecutarse sino después de haber sido Revisados por la jurisdicción en lo contencioso administrativo y encontrados conforme con la ley " (subrayados fuera del texto).

Y, asímismo, en el artículo 263 ib., se ha precisado que los contratos, excluídos los de empréstito externo e interno, que celebren los departamentos, los distritos especiales, las intendencias, comisarías, municipios y sus entidades descentralizadas, que requieren la revisión por los tribunales administrativos, son aquéllos cuya cuantía exceda del cinco por ciento (5%) del presupuesto de la respectiva entidad, y en todo caso cuando exceda de cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo), cuantía que ha sido actualizada posteriormente en obedecimiento de lo dispuesto en el art. 267 del mismo Estatuto.

Entonces, para la Sala es claro que " *todos* " los contratos que celebre la administración distrital -hoy Distrito Capital- de Bogotá, sin excepción alguna, como lo pretende la recurrente distinguiendo entre " ordinarios " y aquéllos productos de la declaratoria de emergencia, deben someterse a la revisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca cuando su cuantía exceda del cinco por ciento del presupuesto de la respectiva entidad, y en todo caso cuando la cuantía exceda de $105.210.000.oo, más el cuarenta por ciento (art. 4o. del decreto ley 597 de 1988), cuando se trate de contratos celebrados a partir del 1o. de enero de 1990, a menos que, como parece insinuarlo la recurrente, las disposiciones legales sean contrarias a la Constitución por haberse regulado aspectos que son de la competencia constitucional del Concejo Distrital de Bogotá.

Empero, acontece que, en los términos del art. 5o. de la ley 19 de 1982, las normas fiscales de los departamentos y municipios sólo pueden disponer " sobre formación-licitación, pública o privada, concurso de méritos, contratación directa, etc., observa la Sala- y adjudicación de contratos que celebren y cláusulas de los mismos conforme a sus intereses y a las necesidades del servicio ", siendo, por consiguiente, las demás normas que regulen otros aspectos, como, por ejemplo, sobre tipo de contratos, clasificación de ellos -administrativos, interadministrativos o de derecho privado de la Administración-, efectos, responsabilidad, terminación, inhabilidades e incompatibilidades, revisión de sus contratos, etc. de la competencia exclusiva del Congreso de la República, por lo cual no se encuentra que, en ese aspecto, el legislador se hubiere ocupado de materia propia del Concejo Distrital de Bogotá.

Por consiguiente, la Sala encuentra la decisión del *a-quo* de suspender provisionalmente los efectos del acto acusado, ajustada a derecho y por ello habrá de confirmarla.

No obstante la Sala, se permite observar que la ejecución del contrato administrativo o de derecho privado de la Administración, con la sola firma de las partes contratantes, pudiendo cumplirse los demás requisitos, tales como la constitución de las garantías y su aprobación por parte de la entidad contratante y

la revisión por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, posteriormente, no sólo puede conducir a que, en un momento dado, la entidad contratante se quede sin esas garantías, es decir, sin que exista acto jurídico que responda por las obligaciones del contratista, como las pólizas de garantía por el buen manejo del antícipo, para responder por las multas y el valor de la cláusula penal pecuniaria que se debe pactar, la estabilidad de la obra o la buena calidad de los servicios, etc., sino igualmente a que se ejecute un contrato que posteriormente el juez administrativo declare no ajustado a la ley, con las consecuencias derivadas de ello.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo,

RESUELVE :

CONFIRMASE la providencia de septiembre 21 de 1989, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la suspensión provisional de la norma acusada.

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 veinticinco de julio de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA-Trámite/ **SECCION DEL CONSEJO DE ESTADO/ COMPETENCIA**

La Sección del Consejo de Estado que profirió la sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica, tiene competencia para analizar si, al interponerse el precitado recurso, se cumplen los requisitos de forma para la viabilidad o procedencia del mismo. Empero, no tiene competencia para rechazar el recurso extraordinario de súplica por aspectos de fondo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 417. Actor: Creaciones Zeppelin Ltda.

El señor apoderado especial de la parte demandada (adhesiva), interpone recurso de reposición contra la providencia de la Sala de junio 27 del presente año, por medio de la cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 23 de mayo de 1991, con fundamento en el hecho o circunstancia de que el recurrente, o sea, la parte actora dentro del proceso de la referencia, no indicó como jurisprudencia contrariada la contenida en una sentencia o providencia proveniente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, limitándose a invocar jurisprudencia de la misma Sección Primera y alguna de la Corte Suprema de Justicia, razón por la cual solicita la revocatoria de la decisión recurrida, para que, en su lugar, se proceda a rechazar el recurso extraordinario interpuesto.

Por su parte, el señor apoderado de la parte demandante, dentro del término concedido por la ley para ello, solicita la confirmación de la providencia recurrida, alegando que el recurrente se está refiriendo a " los requisitos de fondo para que prospere el recurso extraordinario de súplica ", cuestión que corresponde dilucidar

a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación, mas no a la Sección, quien por norma de procedimiento o de reglamento de la Corporación, sólo debe examinar si el recurso es viable, vale decir, si se debe o nò conceder.

Para decidir, *se considera :*

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha considerado que la Sección de ella, que profirió la sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica consagrado en el artículo 130 del C.C.A., tiene competencia para analizar si, al interponerse el precitado recurso, se cumplen los requisitos de forma para la viabilidad o procedencia del mismo, a saber: a) que hubiere sido interpuesto por parte interesada en la actuación; b) que se hubiere ejercitado dentro de la oportunidad señalada por la ley (cinco días siguientes a la notificación de la sentencia o providencia); c) que la sentencia o providencia dictada por la Sección correspondiente sea susceptible del recurso; y d) que se invoque jurisprudencia de la Corporación, supuestamente contrariada por la sentencia o providencia de la Sección. Ha dicho, igualmente, que contra la decisión de la Sección, por medio de la cual se deniega el otorgamiento o concesión del recurso extraordinario de súplica, procede el recurso de queja ante la Sala Plena de la Corporación. Con ese pronunciamiento puso término a la costumbre o prática judicial, que existió desde la creación del recurso extraordinario de súplica por la ley 11 de 1975, hasta el mes de enero de 1990, de que interpuesto el recurso indicado el consejero ponente de la respectiva Sección en donde se produjo la sentencia o la providencia recurrida, se limitaba, sin ejercer control alguno sobre la interposición del recurso, a disponer que se remitiera el proceso a la Secretaría General del Consejo de Estado.

Empero, la Sección que profirió la sentencia o providencia recurrida no tiene competencia para rechazar el recurso extraordinario de súplica por aspectos de fondo, como es el de si la jurisprudencia en que se fundamenta el recurso es o debe ser la contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de las antiguas Salas de lo Contencioso Administrativo y de Negocios Generales, o puede ser la que se encuentre en sentencia o providencia de una de las Secciones que integran la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sobre lo cual no hay un criterio unánime, ni lo ha habido, en la Corporación, como fácil es constatarlo, pues es de claridad meridiana que ello no toca con los requisitos de forma del recurso, sino con uno de fondo, talvez el único, sobre el cual debe decidir la Sala Plena llamada a conocer de recurso, a quien en definitiva le corresponde la competencia para decidir si la jurisprudencia contrariada debe encontrarse en sentencia o providencia de Sala Plena, de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, de la extinguida Sala de Negocios Generales, de una de las Secciones, o de la misma que dicta la sentencia o providencia recurrida, como siempre se ha hecho.

Por esas 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 :

Confírmase la providencia de 27 de junio del presente año, por la cual se concedió el recurso extraordinario de súplica interpuesto dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONTRALORIA MUNICIPAL-Creación/ **PRESUPUESTO MUNICIPAL**

Descontando del presupuesto municipal los valores correspondientes a la participación en el impuesto a las ventas, los auxilios nacionales y el debido cobrar de vigencias anteriores por concepto de participaciones, arroja un guarismo inferior al requerido para que el concejo municipal hubiese podido crear legalmente su propia contraloría. Los denominados por el actor impuestos sobre el oro y el platino, son recursos presupuestales originados en bienes de propiedad de la Nación, sobre los cuales la legislación ha previsto cesiones o participaciones a los municipios en cuyo territorio se encuentren situados.
CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo Municipal No. 004/88 (junio 10) expedido por el Concejo Municipal de Istmina (Chocó).

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES

Es requisito *sine qua non* para que se considere procedente la acumulación de pretensiones el que " todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento", y lo cierto es que la acción pública de nulidad se tramita por el procedimiento ordinario, mientras que la acción pública electoral se tramita por el procedimiento electoral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1548. Actores: Elacio Murillo Mosquera, Edgar Mosquera Largacha, Edgar Eulices Torres Murillo, Federico Barrios Ferrer y Alcides Guerrero Díaz. Procesos acumulados Nos.1006, 1004, 1002 y 1009.

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 Chocó, de fecha 11 de julio de 1990.

I. ANTECEDENTES

a. *Los actores, el tipo de acción incoada y las pretensiones de las demandas*

Los ciudadanos Edgar Mosquera Largacha (Expediente No. 1004), Elacio Murillo Mosquera (Expediente No. 1006), Federico Barrios Ferrer y Alcides Guerrero Díaz, como persona natural y en su condición de Contralor General del Departamento (Expediente No. 1009) y Edgar Eulices Torres Murillo (Expediente No. 1002), en ejercicio de la acción de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo del Chocó la nulidad del Acuerdo No. 004 de 10 de junio de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Istmina y, adicionalmente, el último de los mencionados también solicitó la nulidad del '... acto administrativo... atraves (sic) del cual se elige al Contralor Municipal " (sic).

Igualmente, los actores en los expedientes Nos. 1004 y 1006 solicitaron que además de la declaratoria de nulidad se declare lo siguiente:

a) " Que como consecuencia natural y lógica..." el control fiscal del Municipio de Istmina debe seguir siendo ejercido por la Contraloría General del Departamento, por conducto de la respectiva Auditoría Fiscal.

b) Que se condene a los " implicados " o " promotores " del acto administrativo, es decir, al Presidente, Vice-Presidente y segundo Vice-Presidente, a pagar las obligaciones económicas que se hayan originado con motivo de la aplicación del Acuerdo acusado, de conformidad con lo preceptuado en el C.C.A.

b. *Los actos acusados*

Mediante el Acuerdo No. 004 de 1988 (junio 10) se dispuso crear la Contraloría Municipal de Istmina y se determinó su planta de personal (art. 1o.), se fijaron sueldos y se asignaron funciones a sus empleados (arts.2o. y 3o.) y se expresó que tal Acuerdo regiría a partir de la fecha de su aprobación y derogaba las disposiciones que le fueran contrarias (art. 4o.).

En el Acta sin número de la sesión ordinaria del 22 de junio de 1988, del Concejo Municipal de Itsmina consta que se eligió al señor Santiago Peña Cañada como Contralor Municipal, para el período comprendido entre el 1o. de julio al 31 de diciembre de 1988.

c. *Los hechos de las demandas*

Los hechos que los actores citan como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así:

1o. Expediente No. 1004. Además de darse cuenta de la expedición del acto acusado y de su motivación, el demandante expresa que los proponentes de la creación de la Contraloría señalaron que para proceder a ello no se debía ser demasiado exegéticos, es decir, que se podía crear la entidad sin el lleno de los requisitos legales.

2o. Expediente No. 1006. Al igual que en el expediente anteriormente citado, se da cuenta de la expedición del acto y se hace énfasis en que el presupuesto del Municipio de Istmina no reunía los requisitos que exige la ley para la creación de su propia Contraloría, como se demuestra con documentos anexos.

3o. Expediente No. 1009. En términos generales los hechos expresados en la demanda corresponden a los expresados en el expediente No. 1006.

4o. Expediente No. 1002. Los hechos de esta demanda se refieren igualmente a los expresados en el expediente No. 1006.

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

Los actores consideran que con la expedición del Acuerdo No. 004 de 1988 por parte del Concejo Municipal de Istmina se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación, las cuales, para efecto de su posterior análisis se presentarán metodológicamente individualizadas por cargos.

Expediente No. 1004 (fl. 3).

Primer Cargo. Violación del artículo 190, inciso 2o. de la-hoy derogada-Constitución Nacional, por cuanto si bien es cierto que los Concejos Municipales están habilitados por la ley para crear sus propias contralorías, también lo es que la misma ley establece unos requisitos mínimos que en este caso no se cumplieron.

Segundo Cargo. Violación del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que el proyecto de creación de la Contraloría Municipal debió sustentarse con certificaciones expedidas por la Tesorería de Istmina y por la Contraloría del Departamento, de las cuales constara que los ingresos propios de ese municipio eran superiores a $50.000.000.oo, como lo determina la ley.

Expediente No. 1006 (fls. 2 y 3)

Primer Cargo. Violación del artículo 190, inciso 2o. de la -hoy derogada-Constitución Nacional, pues para que opere la facultad de los Concejos Municipales para crear sus propias contralorías, deben estar sometidos a los que establece la misma Constitución y la ley.

Segundo Cargo. Violación del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que al expedir el acto acusado no se tuvo en cuenta el presupuesto de la vigencia anterior, es decir, de 1987, donde se indica que los ingresos propios del Municipio de Istmina fueron de $10.133.722.68.

Expediente No. 1009 (fls. 2 y 3)

Primer Cargo. Violación de los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del Decreto 1333 del mismo año, por cuanto de acuerdo con el certificado que se acompaña los ingresos directos y ordinarios del Municipio tan sólo ascendieron a $10.133.722.68 "... y los ingresos comprendidos entre el primero de enero a treinta de abril del presente año fue (sic) de $11.156.938.68, en cuatro meses, que al multiplicarlo por tres (3) no daría con mucho lo que exige la norma que cito como violada, es decir, $50.000.000.oo ".

Segundo Cargo. Violación de los artículos 193 y 194 de la -hoy derogada- Constitución Nacional y 158 del C.C.A., toda vez que " En los archivos de esa Corporación, existen copias de fallos que suspenden tales organismos de control ya anulados por el Tribunal (sic) por lo cual pido que se saquen copias y se tengan y consideren como pruebas...".

Expediente No. 1002 (fls. 3 a 5)

Cargo Unico. Violación del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986, por cuanto al presupuesto municipal de Istmina, aforado en $178.099.158.oo, se ha debido descontar lo calculado a recibir por concepto de I.V.A., auxilios nacionales, participación nacional por las ventas de oro y platino y lo debido por cobrar en vigencias anteriores, que suman un total de $149.274.568.oo.

Por otra parte, en el presupuesto para la vigencia de 1988 se ha calculado recibir por ingresos tributarios la suma de $17.890.004.oo y si bien se está produciendo un proceso de descentralización, ello no implica que para cumplir con ese cometido se tenga que violar la Constitución y la ley.

Como se expresó al comienzo de esta providencia, el ciudadano actor en el proceso No. 1002 considera, igualmente, que con la elección de Contralor Municipal se violaron las siguientes normas (fls. 4 y 5).

Primer Cargo. Violación de los artículos 100 y 306 del Decreto 1333 de 1986, pues la elección de Contralor recaída en persona que no llena los requisitos legales, se realizó en sesión extraordinaria y a petición del Alcalde Municipal y, además, porque el período del cargo es de dos años y no cabe argumentarse que su elección obedeció a falta absoluta de su titular.

Segundo Cargo. Violación del Reglamento Interno del Concejo Municipal de Istmina, pues para la elección de este funcionario no se citó con tres días de

anticipación y el candidato no fue propuesto por ninguno de los Concejales asistentes a la reunión.

e. *Las razones de la defensa*

En la contestación de las demandas, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos:

Expediente No. 1004 (fls. 16 a 18)

El Concejo Municipal carece de personería jurídica y por tanto no puede ser demandado.

" La certificación expedida por la Contraloría es falsa y debe ser investigada penalmente ya que en el Informe Financiero rendido por el mismo Contralor a la Asamblea Departamental del Chocó, dijo que el Municipio de Istmina, en el primer semestre de 1987, solamente obtuvo por recaudos $74.710.030.67 ".

Además, son ingresos corrientes del municipio los derivados de la producción de metales y el Impuesto de Valor Agregado.

Expediente No.1006 (fl.16 a 18) y 1009 (fls. 35 a 37)

A excepción de la referencia hecha en el expediente No. 1004 a la falta de personería del Concejo Municipal de Istmina, los demás argumentos son iguales a la contestación de la demanda contenida en el citado expediente. Igual situación se presenta en la contestación de la demanda en el expediente No.1009.

Expediente No. 1002 (fls. 65 a 72)

En el auto de suspensión provisional del acto acusado el Tribunal confundió "...el establecimiento o creación de un rubro con un crédito o deuda ", pues en el presupuesto aportado como prueba (pág.5 Cap.II, núms. 0301 y 0302) se observa que se abrieron los rubros de rentas e ingresos de capital con un valor de un peso ($1.oo), por cuanto al elaborar el presupuesto se desconoce la cuantía que por dichos conceptos habrá de ingresar.

El Tribunal excluye del presupuesto un total de $149.873.942.oo, sin tener en cuenta que el Impuesto al Valor Agregado y la participación por explotación de metales preciosos, son impuestos que constituyen ingresos corrientes no tributarios. Lo mismo sucede con el impuesto indirecto del debido cobrar, consagrado en la Ley 97 de 1913.

De acuerdo con el Informe Financiero rendido a la Asamblea por la Contraloría Departamental del Chocó en 1987, se observa que tanto en 1986, como en 1987, el Municipio de Istmina alcanzó un superávit de $8.000.000.oo y $25.000.000.oo, respectivamente, y que sus recaudos por ingresos corrientes superan los $50.000.000.oo.

En cuanto a la elección del Contralor Municipal se refiere, el actor "...desconoce que el Concejo y la Administración Municipal constituyen un solo cuerpo administrativo y que en ambos cundía el repudio por las fechorías del ente fiscalizador ".

Sobre la presunta violación del artículo 100 del Decreto 1333 de 1986 se tiene que esta norma permite hacer la elección después de principiado un período, la cual se entiende hecha por el tiempo que falta del mismo. Además, la falta absoluta se predica también, cuando creada la entidad no haya quien la dirija.

De la fecha de citación para la elección de Contralor Municipal y del día en que ésta se realizó, se colige que ella se llevó a cabo conforme al Reglamento del Concejo. Asimismo, el actor no probó que el elegido careciera de los requisitos para desempeñar el cargo sino, por el contrario, éste "...no solamente es más que un tecnólogo, sino que ha sido profesor universitario en economía y un destacado profesor de contabilidad en varias entidades ".

f. La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el Código Contencioso Administrativo, a los procesos se les dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacar las siguientes actuaciones:

En los expedientes Nos. 1004 y 1006 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 004 de 1988, mediante providencias del 28 de julio del mismo año.

Por autos de 25 de julio y 19 de septiembre de 1988, recaídos en los expedientes Nos. 1002 y 1009, se dispuso la admisión de la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 004 de 1988.

Como se quiera que contra la providencia que decretó la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo acusado en el expediente No. 1002 se interpuso recurso de apelación, esta Corporación, mediante auto de 1o. de noviembre de 1988 (fls. 138 a 144), resolvió revocar dicha medida.

Por auto de mayo 10 de 1989, recaído en el expediente No. 1006 (fls. 24 a 25) se dispuso acumular a éste los expedientes radicados bajo los números 1002, 1004 y 1009.

Mediante providencia de 30 de junio de 1989 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (Expediente No. 1006, fl.26).

Por auto de 27 de marzo de 1990, recaído en el expediente No. 1006 (fl.63) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, no habiendo hecho uso de este derecho ninguna de ellas.

A folios 66 a 69 del expediente No. 1006 aparece el concepto del señor Fiscal del Tribunal, en el cual solicita no acceder a las peticiones de los demandantes.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal del primera instancia accedió a las pretensiones de las demandas, en el sentido de decretar la nulidad del Acuerdo acusado, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (Expediente No.1006, fls. 70 a 74):

De las pruebas allegadas al proceso se tiene que el Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de Istmina para la vigencia de 1988 fue de $178.099.158.oo, cantidad a la cual habrá de deducírsele la suma de $149.273.942.oo que corresponde a participaciones y auxilios nacionales y por tanto queda un saldo de $24.825.216.oo, suma esta inferior a $62.005.000.oo que en virtud del incremento ordenado por el artículo 305 del decreto 1333 de 1986, quedó establecida como Presupuesto para que los municipios puedan crear sus propias contralorías.

De acuerdo con lo antedicho, se evidencia la violación del artículo 305 del Decreto 1333 de 1986.

" Sobre la demanda instaurada por EDGAR EULICES TORRES MURILLO, radicada bajo el número 1.002, la decisión será la misma, ya que la nulidad que aquí se decreta, conlleva la nulidad de la elección de Contralor, que realizara el 22 de junio de 1988, el Concejo Municipal de Istmina ".

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (Expediente No. 1006, fls. 75 a 76):

La acumulación oficiosa de las cuatro demandas contra la creación de la Contraloría del Municipio de Istmina y la elección de Contralor "... es irregular ya que la única permitida en nuestro ordenamiento jurídico es la consagrada en el artículo 237 del C.C.A. para las demandas electorales y no para las de nulidad de la creación de una institución como lo es la Contraloría y el nombramiento o elección de un Contralor, que aun cuando (sic) se pueden demandar por la acción pública de nulidad, conlleva un interés personal, muy particular y que por esta naturaleza tiene incidencia en los términos previos a la dictada de la sentencia " (sic).

Las demandas no contenían los requisitos formales contemplados en el artículo 137 del C.C.A., por cuanto no se explicó concretamente las normas violadas y el concepto de la violación. Además, las pruebas aportadas al proceso no constan en copias auténticas y en tal virtud el Tribunal no ha debido darles validez. Así, la decisión debió ser inhibitoria.

En la sentencia no se tuvieron en cuenta los recuros recibidos por el Municipio sobre oro y platino, consagrados en los artículos 1 a 4 del Decreto 1245 de 1974, que no constituyen transferencias ni regalías de la Nación, sino impuestos.

Istmina es un Municipio próspero que hoy en día cuenta con un presupuesto cercano a los $400.000.000.oo.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

Ninguna de las partes actoras se presentó en el curso de esta instancia a impugnar el recurso interpuesto.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto el señor Fiscal Primero de la Corporación manifiesta que comparte en su integridad el fallo apelado, pues el presupuesto del Municipio de Istmina no reunió los requisitos exigidos por la ley para la creación de la Contraloría.

Considera también la Agencia del Ministerio Público que la acumulación decretada era procedente, " Por tratarse de asuntos idénticos, donde lo único que cambia es el nombre de la parte actora...".

Por último se expresa que " Las breves consideraciones anteriores llevan a la Fiscalía a la convicción de que las pretensiones de la demanda no deben prosperar, y como a similares consideraciones se llega en el fallo apelado, se solicita al H. Consejero Ponente le imparta su confirmación " (sic).

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En atención a que son varios los aspectos a que habrá de refirse la Sala en esta sentencia, tres de ellos planteados por la parte demandada en su escrito de apelación y uno que necesariamente deberá ser tratado, por razones de orden metodológico ellos serán desarrollados en el siguiente orden:

1o. *La acumulación de los procesos*

Mediante providencia de 10 de mayo de 1989, recaída en el expediente No.1006 (fls. 24 y 25), el Tribunal de origen, a solicitud de la parte demandada, decretó la acumulación de los procesos radicados bajo los números 1002, 1004, 1006 y 1009, atendiendo esencialmente al hecho consistente en que ésta "... es procedente de conformidad con el artículo 149 del C. de P. Civil ".

Analizados los expedientes acumulados se encuentra que los radicados bajo los números 1004, 1006 y 1009, sí eran susceptibles de ser acumulados, en atención a que sus demandas tienden a la nulidad del mismo acto administrativo, el Acuerdo No. 004 de 1988 y se tramitan por el procedimiento ordinario señalado en el Título

XXIV del C.C.A. Pero en cuanto se refiere al expediente No.1002 no sólo era improcedente dicha acumulación pues además de la nulidad del mencionado Acuerdo se solicita la declaratoria de nulidad de la elección del Contralor Municipal, sino que la demanda es inepta por contener una indebida acumulación de pretensiones.

En efecto, el artículo 82 del C. de P.C., vigente al tiempo de admitirse la demanda radicada bajo el No.1002, y aplicable al caso por remisión del artículo 267 del C.C.A., señala que constituye requisito *sine qua non* para que se considere procedente la acumulación de pretensiones el que "...todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento ", y lo cierto es que la acción pública de nulidad se tramita por el procedimiento ordinario, mientras que la acción pública electoral se tramita por el procedimiento electoral, señalado en el Capítulo IV del Título XXVI del C.C.A.

Así las cosas, en virtud de la facultad reconocida al Juez Administrativo por el artículo 164 del C.C.A., en esta sentencia habrá de declararse la excepción de inepta demanda y, en consecuencia, se procederá a dictar fallo inhibitorio en relación con el proceso No. 1002.

2o. *La legitimación en la causa*

Al realizar la Sala el estudio del expediente radicado bajo el número 1009, constata y observa lo siguiente:

El ciudadano Alcides Guerrero Díaz otorgó poder al doctor Federico Barrios Ferrer, para que en su nombre y en el de la Contraloría General del Departamento del Chocó, demandara la nulidad del Acuerdo No. 004 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de Istmina (fl.5).

La correspondiente demanda fue instaurada por el doctor Federico Barrios Ferrer, quien manifestó actuar en su propio nombre y en el del doctor Alcides Guerrero Díaz, en su calidad de Contralor General del mencionado Departamento (fls. 1 a 4). A la demanda no se acompañó prueba de que el poderdante ostentara tal calidad.

En el numeral 4o. del auto admisorio de la demanda se reconoce al doctor Federico Barrios Ferrer "... como apoderado judicial del demandante", infiriéndose de la referencia del proceso, colocada en el encabezamiento de la providencia, que se trata del ciudadano Alcides Guerrero Díaz. Se omitió entonces, reconocer al mencionado profesional del derecho como parte actora.

De otra parte, de manera inexplicable, pues jamás se le reconoció como parte actora, en la sentencia se afirma que el doctor Federico Barrios Ferrer actuó "...como apoderado de la Contraloría General del Departamento " (Exp. No.1006, fl.70).

Aun cuando de conformidad con los artículos 140 y 141 del C. de P.C. los hechos narrados no constituyen causales para declarar la nulidad de lo actuado, la Sala observa con preocupación que en un Tribunal Administrativo se presenten este tipo de incoherencias en el desarrollo de los procesos, lo cual, por el rango que ostentan sus Magistrados, parece obedecer más a una falta de atención que a la ignorancia de las normas procesales.

No obstante lo expresado, y atendiendo al hecho de que con la acción instaurada tan solo se persigue el restablecimiento del orden jurídico, la Sala considera que ella se ejerció por los ciudadanos Federico Barrios Ferrer y Alcides Guerrero Díaz, mas no por la Contraloría General del Departamento pues, como quedó visto, a más de no acreditarse la calidad que de Contralor ostentaba el poderdante, ese organismo carece de aptitud legal para comparecer en juicio, por no tener personería jurídica. Aún en el evento que se hubiere acompañado la aludida prueba, y como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Corporación, en este caso habría de entenderse que la acción es incoada, como simple ciudadano, por la persona que desempeñe tal cargo oficial.

3o. *Las excepciones propuestas*

En su escrito de apelación, la parte demandada expresa que las demandas adolecen de falta de los requisitos formales, por cuanto "...no se explicó concretamente las normas violadas y el concepto de la violación", y que las pruebas aportadas no lo fueron en copia auténtica, razones por las cuales la sentencia ha debido ser inhibitoria.

En relación con las excepciones que, como en el presente caso, son propuestas en el curso de la segunda instancia, en reciente sentencia esta Sala se pronunció de la siguiente manera:

> "... la Sala considera que no son de recibo las excepciones planteadas en el trámite de esta instancia... habida cuenta que su proposición, de acuerdo con los términos del inciso primero del artículo 164 del C.C.A., debió hacerse en la contestación de la demanda o dentro del término de fijación en lista, pues precisamente con esta norma se busca "... que la litis se entrabe desde un principio en todos sus extremos, para evitar sorpresas reñidas con la seriedad, publicidad y lealtad que debe imperar en todo proceso y para que las partes conozcan a cabalidad el objeto de la controversia, no sólo por activa sino por pasiva y puedan así calibrar mejor sus cargas probatorias" (Betancur Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora, 2a. Edición, 1985, pág. 259)...". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de 18 de julio de 1991, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez. Actor: José Jesús Laverde Ospina. Expediente No.1032).

No obstante lo anterior, la Sala hace notar que las excepciones planteadas no corresponden a la realidad procesal por cuanto sí se indicaron las normas violadas

y el concepto de violación, como aparece a folios 3 del proceso No.1.004, 3 a 5 del proceso No.1.002, 2 a 3 del proceso No.1.009 y 2 a 3 del proceso No.1.006. Además las pruebas necesarias para resolver el litigio sí se encuentran aportadas en copia auténtica, como se indicará en el punto siguiente.

No prosperan, entonces las excepciones propuestas.

4o. *El fondo del asunto*

Procede la Sala a examinar la cuestión de fondo planteada por la parte demandada, en orden a resolver de acuerdo con las deducciones que se obtengan.

El ataque contra la sentencia de primera instancia se reduce a indicar que los ingresos que percibe el Municipio de Istmina por concepto de participaciones por la venta de oro y platino no constituyen "... transferencias ni regalías de la Nación o el Departamento, sino *impuestos*" (subraya el apelante) y por tal motivo, se infiere del escrito, ellos debieron ser computados para obtener el *quantum* que como presupuesto municipal exige el artículo 305 del Decreto1333 de 1986 para que los municipios puedan crear sus propias contralorías.

El artículo 305 del Decreto 1333 de 1986 -Código de Régimen Municipal- 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 $50.000.000.oo, sin incluir el valor de los recursos del crédito ni de las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, valor que se reajustará anual y acumulativamente en un porcentaje igual al de la variación del índice nacional promedio de precios al consumidor que elabora el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

De la expresada norma se deduce que la base presupuestal requerida para que el Municipio de Istmina pudiera crear su propia contraloría, al momento de expedir su presupuesto para la vigencia fiscal de 1988, se obtiene sumándole a los $50.000.000.oo iniciales señalados en la citada disposición, el 24.01% de este mismo guarismo, porcentaje que corresponde al índice nacional promedio de precios al consumidor certificado por el DANE para 1987, como se observa a folio 58 del expediente No.1.006, prueba legalmente allegada al proceso como se desprende de los autos. De tal manera que para proceder el Municipio de Istmina a la creación de su contraloría, el presupuesto debía arrojar un total de $62.005.000.oo., descontados los valores correspondientes a los recursos del crédito y las transferencias calculadas para el año fiscal correspondiente y que figuren en el respectivo presupuesto.

Al examinar el presupuesto de Istmina, cuyos aspectos que interesan al proceso se encuentran a folios 11 a 14 del expediente No. 1009 en copias debidamente autenticadas, se observa que arroja un total de $174.099.158, al cual, en cumplimiento de la regla señalada, habrá de descontarse, de una parte, los valores correspondientes

a la participación en el impuesto a las ventas, IVA, los auxilios nacionales y el debido cobrar de vigencias anteriores por concepto de participaciones, sumas estas que arrojan un total de $109.273.942.oo y que fueron descontadas por el *a-quo,* sin que el apelante haya hecho reparo alguno sobre este aspecto.

Como se dijo al comienzo de estas consideracione, el único reproche a la sentencia de primera instancia consiste "... en lo que tiene que ver con la suma de los ingresos municipales; puesto que se echa de menos los recursos recibidos por el Municipio por concepto del impuesto sobre el oro y el platino, consagrado en los artículos 1o. 2o. 3o. y 4o. del Decreto 1245 del 28 de junio de 1974, que no son ni transferencias ni regalías de la Nación o el Departamento, *sino impuestos* " (subraya el actor).

En relación con este argumento del apelante, la Sala observa lo siguiente:

De una parte, el artículo 2o. del Decreto 1245 de 1974 señala que "... Los municipios, en cuyos territorios se adelanten explotaciones de metales preciosos de aluvión, continuarán recibiendo los porcentajes que las disposiciones vigentes les otorgan sobre la respectiva *participación nacional.* Así mismo, recibirán la totalidad de los impuestos sobre oro y platino de que tratan los artículos 3o. y 4o. de este Decreto ". (Subraya la Sala).

A su vez, el artículo 3o. del mencionado Decreto determina el porcentaje del impuesto de oro de que tratan las Leyes 22 de 1960 y 9a. de 1969, y el artículo 4o. crea un *impuesto nacional* del 4% sobre el valor de la producción de platino crudo (Subraya la Sala).

El artículo 1o. del citado decreto no guarda relación con el caso controvertido, pues trata de las regalías pagadas al Estado por explotaciones de minas distintas de las de metales preciosos.

Lo anterior no quiere significar, de ninguna manera, que los municipios sean los titulares originarios de las participaciones y de los impuestos de que tratan las citadas normas, pues para llegar a esa conclusión habría que partir de la base errada de que tales minas son de propiedad de los mencionados entes territoriales, lo cual se contradice no sólo con el texto del numeral 3o.. del artículo 202 de la -hoy derogada- Constitución Nacional, en donde se expresa que ellas pertenecen a la República de Colombia, sino con otras normas en las que claramente se determina que todos los recursos naturales no renovables y del subsuelo pertenecen a la Nación, en forma inalienable e imprescriptible (Decreto-Ley 2655 de 1988).

Lo que sí cabe deducir de las normas invocadas por el apelante y de las que en ellas se hace referencia, es que se trata de recursos presupuestales originados en bienes de propiedad de la Nación, sobre los cuales la Legislación ha previsto cesiones o participaciones a los municipios en cuyo territorio se encuentren situados.

De lo expresado se concluye que los argumentos del actor no desvirtúan la sentencia apelada.

En tales condiciones, a la suma de $109.273.942.oo habrá que adicionarle, tal como lo hizo el Tribunal, los $40.000.000.oo que por concepto de " Participación Nacional en venta de oro y platino " aparecen en el presupuesto del Istmina.

De lo anterior se tiene que el valor total a descontar al presupuesto de Istmina arroja un guarismo de $149.273.942.oo, hecho lo cual se obtiene una diferencia de $24.825.216.oo, valor manifiestamente inferior al requerido en 1988 para que el Concejo Municipal hubiese podido crear legalmente su propia contraloría.

Como consecuencia de lo anterior, se confirmará la sentencia apelada.

En mérito de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A :

MODIFICASE la sentencia de primera instancia, dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó de fecha 11 de julio de 1990, así:

Primero. Declárase la excepción de inepta demanda dentro del proceso No.1002 y , en consecuencia, la Sala se inhibe de dictar pronunciamiento de fondo en relación con el mismo.

Segundo. Confírmase la citada sentencia en cuanto declaró la nulidad del Acuerdo No. 004 de 1988, del Concejo Municipal de Istmina, como resultado de los procesos Nos. 1004, 1006 y 1009.

En firme esta sentencia, vuelvan los expedientes al Tribunal de origen previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SOCIEDAD COMERCIAL/ JUNTA DE SOCIOS/ ASAMBLEA DE ACCIONISTAS-Reuniones.

Mientras la norma legal mercantil contempla dos términos de duración de las deliberaciones de la Asamblea: uno, no mayor de tres días, y el otro, que puede prolongarse más de tres días, el acto demandado consagra solamente uno: La Asamblea o Junta de Socios pueden suspender y reanudar las reuniones cuantas veces sea necesario dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles. De otra parte, la circular demandada en lo concerniente a las sociedades limitadas reduce el *quórum* decisorio con desconocimiento evidente de normas mercantiles.
CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los apartes 9 y 10 de la Circular Externa PD-003 de la Superintendencia de Sociedades decretada en auto de septiembre 27/90 de la Sección Primera.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1467. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverry.

Procede la Sala a decidir el recurso de reposición interpuesto por la Superintendencia de Sociedades, a través de apoderado, contra el proveído del 27 de Septiembre de 1990 (fls. 19 a 29), mediante el cual se decretó la suspensión provisional de dos de los apartes 9- y 10- de la Circular Externa PD-003, expedida por aquella entidad el 26 de Enero de 1990.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Al resolver la solicitud de suspensión provisional, la Sala encontró viable despachar favorablemente la petición en lo concerniente a los apartes 9- y 10- de la Circular acusada, así:

" 9 SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES

De conformidad con el artículo 430 del Código de Comercio, las reuniones de la asamblea o junta de socios pueden ser suspendidas para reanudarse luego, cuantas veces sea necesario, dentro de un lapso que no exceda de tres días hábiles ".

" 10 ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS

...Siempre y cuando dicha mayoría no sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social..."

1.1. La Sala en el auto recurrido confrontó, por el sistema de doble columna, el texto correspondiente al aparte " 9- SUSPENSION Y REANUDACION DE LAS REUNIONES " de la Circular demandada con el del primer inciso del artículo 430 del Código de Comercio y advirtió su discordancia manifiesta pues el parte, excluyó la posibilidad contemplada en la disposición legal mercantil de seguir deliberando más allá de los tres días si están representadas en su totalidad las acciones suscritas, razón que la condujo a suspenderlo.

1.2. La Sala al comparar, por el mismo sistema, el aparte " 10- ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS ", en la parte transcrita, con el artículo 425 del Código del Comercio, observó también su clara discordancia. Por ello consignó en el auto impugnado que si bien en la primera parte del párrafo 10- de la Circular acusada se dispone de igual manera a como lo hace el artículo 425, que se refiere a la sociedad anónima, en la parte transcrita alude a la sociedad limitada estableciendo para ésta un *quórum* diferente e introduciendo así una distinción que la Ley no hace, en abierta contradicción con el mencionado artículo 425 del Código Mercantil, que debe aplicarse con criterio analógico en virtud de los estatuído en el artículo 372 ibídem, es decir, utilizarse el porcentaje de votación de las sociedades anónimas (70%) a las sociedades de responsabilidad limitada, y no el 51% de las cuotas en que se divide el capital social de éstas, como lo adoptó la Superintendencia de Sociedades en el aparte antes mencionado.

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

II.1. La inconformidad del recurrente con la suspensión provisional del aparte 9- de la Circular la expresa diciendo que al haberse omitido señalar en forma expresa que estando representada la totalidad de las acciones suscritas se pueden prolongar las deliberaciones por más de tres días, no se está desconociendo esta última posibilidad, ya que el texto del artículo 430 del Código de Comercio es claro en permitirlo cuando se da dicho supuesto, sólo que tal posibilidad no se fundamenta en la misma norma sino en el principio general contenido en el artículo 182 ibídem, según el cual " La junta de socios o la asamblea se reunirá validamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocación, cuando se hallare respresentada la totalidad de los asociados ".

II.2. Respecto de la suspensión provisional parcial del aparte " 10- ASAMBLEAS EXTRAORDINARIAS ", la impugnación discurre en prolongados y amplios análisis que obran a folios 39 a 42, donde se detiene a estudiar el carácter absoluto o relativo con que se debe aplicar la remisión genérica prevista en el artículo 372 del Código de Comercio, trayendo a colación diversas disposiciones de este estatuto que examina para tratar de ejemplarizar la manera de como debe interpretarse aquella norma para su correcta aplicación, concluyendo que con sus comentarios sólo pretende señalar que lo que existe es una simple disparidad de criterios " que habrán (sic) de desatarse al momento de que esa Corporación entre a decidir en forma definitiva sobre las pretensiones de la demanda ", pero que desde ya permite admitir que con la Circular demandada no se ha violado la ley, ni mucho menos en forma manifiesta como para dar lugar a la medida de suspensión provisional de que fue objeto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

III.1. Respecto de la primera censura, la Sala considera que las razones que la llevaron a suspender provisionalmente el aparte 9- de la Circular, por violar en forma manifiesta el artículo 430 del Código de Comercio, no han sido desvirtuadas por el recurrente.

En efecto, mientras la norma legal mercantil contempla dos términos de duración de las deliberaciones de la Asamblea: uno, " no mayor de tres días " cuando lo decida cualquier número plural de asistentes que representen el cincuenta y uno por ciento (51%) de las acciones representadas en la reunión, y el otro, que " puede prolongarse más de tres días " si están representadas en la reunión la totalidad de las acciones suscritas; el aparte 9-, por su parte consagra solamente uno: la Asamblea o Junta de Socios pueden suspender y reanudar las reuniones cuantas veces sea necesario dentro de un lapso " que no exceda de tres días hábiles ".

Como se acaba de ver el choque entre la norma legal y el aparte 9- es claro y lo estableció la Sala sin esfuerzo mental alguno. No constituye una simple omisión, como lo afirma el recurrente en su escrito de impugnación.

Ahora, la circunstancia de que otra norma del Código de Comercio, el inciso 2o. del artículo 182, contemple la segunda modalidad prevista en el artículo 430, en manera alguna descarta la transgresión de éste.

III.2. En lo tocante a la censura referente a la suspensión parcial del aparte 10- de la Circular, la Sala estima que el recurrente tampoco ha logrado desvirtuar los fundamentos de su decisión, pues la discordancia de aquél con el artículo 425 del Código del Comercio, en concordancia con el 372 ibídem, es también ostensible.

El artículo 425 del expresado Código, que es aplicable a las sociedades limitadas por mandato del artículo 372, establece que una vez agotado el orden del día en las Asambleas Extraordinarias podrán tratarse otros temas si así lo deciden el setenta por ciento (70%) de las acciones representadas.

El aparte 10- de la Circular, por su parte, contempla idéntica regulación en relación con las Asambleas Extraordinarias de las sociedades anónimas, pero en lo concerniente a las sociedades limitadas reduce el *quórum* decisorio, pues subordina que se traten otros temas, una vez se ha agotado el orden del día, a que la decisión la adopte por una mayoría que " *no sea inferior a la mitad más uno de las cuotas en que se divida el capital social, salvo que otra cosa se hubiera previsto en los estatutos* ".

Aparece en forma clara y evidente que el aparte 10-, en la parte antes subrayada, desconoció la preceptiva de los artículos del estatuto mercantil antes enunciados.

La Sala considera oportuno resaltar, en relación con las disquisiciones que hace el recurrente en torno de la interpretación y el alcance del artículo 372 del Código de Comercio, que sólo procede su estudio en la oportunidad procesal de dictar sentencia y no en esta etapa inicial del proceso.

Debe pues, mantenerse en firme el auto impugnado.

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

RESUELVE :

Se confirma el auto recurrido.

Reconócese al doctor Jaime Arturo Salazar Herrera como procurador judicial de la Superintendencia de Sociedades, conforme al mandato que obra a folio 30 de Vto. del expediente.

En firme este auto, vuelva el expediente al despacho del Consejero conductor del proceso para que prosiga su trámite.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 25 de Julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA-Régimen aplicable/ **SUSPENSION PROVISIONAL**

Pretender mediante un decreto del alcalde, consagrar la organización y régimen del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, resulta a todas luces abierta y ostensiblemente inconstitucional, porque es a la ley y no a otro acto jurídico que ha sido deferido el mencionado encargo. Del simple cotejo del decreto acusado con el Acto Legislativo 3/ 89 invocado, emerge, *prima facie,* su quebrantamiento.
CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 342 de 1990 (julio 10) expedido por el Alcalde de Santa Marta.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1637. Actor: César Rolando Marcucci Vera.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, en su condición de Alcalde Mayor del "DISTRITO TURISTICO, CULTURAL E HISTORICO DE SANTA MARTA", contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 21 de Septiembre de 1990, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto número 342 de 10 de Julio de 1990 " POR EL CUAL SE CREAN UNAS ALCALDIAS MENORES, SE REGLAMENTA SU FUNCIONAMIENTO Y SE DELEGAN UNAS FUNCIONES ", expedido por el expresado funcionario.

I. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Consigna el Tribunal que el Decreto 342 de 10 de Julio de 1990 fue proferido por el Alcalde Mayor de Santa Marta con base en las autorizaciones que le fueron conferidas por el Concejo Municipal de dicha ciudad en el Acuerdo No. 005 de 19 de Junio del mismo año, que a su vez se fundamentó en el artículo 92 del Decreto-Ley 1333 de 1986 y en el Acto Legislativo No. 03 de 1989, habiendo previsto este último que Santa Marta "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 ".

Como aún no se ha dictado la ley que fije las condiciones de su organización ni el estatuto especial, también de carácter legal, que señale su régimen fiscal y administrativo, el Decreto 342 de 1990, así como el Acuerdo Municipal No. 005 del mismo año, resultan violando en forma manifiesta el Acto Legislativo No. 03 de 1989.

II. SUSTENTACION DEL RECURSO

Se sintetiza de la siguiente manera:

Destaca el apelante que al estimar el Tribunal que el Decreto 342 de 1990 es contrario a las ordenaciones del Acto Legislativo 03 de 1989, por utilizar éste la inflexión verbal " será ", que es futuro, lo cual indica que Santa Marta no es todavía Distrito, sino que lo será cuando se dicte la ley, a que el Acto Legislativo se refiera, este argumento está en abierta contradicción con el título del Acto mencionado que dice " Por el cual se erige a la ciudad de Santa Marta... en Distrito...", pues no dijo que se erigierá, lo que indica que desde la promulgación del Acto Legislativo citado, la ciudad de Santa Marta quedó erigida en entidad distrital, sin haberse condicionado su creación a una posterior ley reglamentaria que aún no ha sido proferida.

Agrega, que habiéndose erigido a Santa Marta por el Acto Legislativo No. 03 de 1989 sin sujeción al régimen municipal ordinario y debiendo organizarse dentro de las condiciones que fije la ley, el Tribunal no atendió correctamente estas expresiones al creer que Santa Marta no es aún Distrito ni dejó de ser municipio ordinario, lo que significaría considerar vigente el Acto Legislativo para el aspecto de que Santa Marta dejaría de regirse por el régimen municipal ordinario y no considerarlo vigente para que sea, como lo es, desde el día 29 de Diciembre de 1989 un Distrito Turístico, Cultural e Histórico.

Discurre el apelante en extensas acotaciones, innecesarias y extrañas a la naturaleza del Instituto provisorio, que sólo pueden ser objeto de consideración y análisis en la sentencia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es cierto que el epígrafe del Acto Legislativo 03 de 1989 estatuye que erige a Santa Marta en Distrito Turístico, Cultural e Histórico. Sin embargo, desconoce y olvida el apelante que él debe interpretarse en concordancia con el contenido del Acto Legislativo. El, se limita a señalar la temática que desarrolla en su articulado.

Bien puede darse el caso de que al enunciarse la materia sobre que trata el Acto Legislativo se utilice una expresión o giro que no la refleje adecuadamente, pero esto no quiere decir que validamente se pueda acudir a ese defecto para pretender sustentar en él un criterio que va en contrapelo de lo que el contenido normativo dispone, como es lo que se evidencia en el recurso interpuesto.

La suspensión provisional decretada por el Tribunal se centra basicamente en la simple pero acertada observación de que el Acto Legislativo 03 de 1989, señalado por el actor como manifiestamente infringido por el Decreto acusado y el Acuerdo que le sirvió de fundamento, defirió a la ley la organización de la ciudad de Santa Marta como Distrito con el carácter en él indicado, -Turístico, Cultural e Histórico-, la cual igualmente dictará un estatuto especial sobre su régimen administrativo, fiscal y su fomento económico, social, cultural, turístico e histórico. Por tal razón, resultó al Tribunal *a quo* notoriamente ilegal que el Alcalde se abrogara esa atribución para ejercerla mediante el Decreto 342 de 1990, en el cual invocó como sustento no sólo las facultades conferidas por el Acuerdo Municipal No. 005 de 19 de Junio de 1990, sino también constitucionales y legales que no han existido.

La Sala advierte que mientras el legislador no ejerza esta competencia atribuída por el constituyente en el Acto Legislativo 03 de 1989, el mandato queda en suspenso, como una simple proposición jurídica incompleta, que requiere para su operancia práctica la existencia de la ley que lo desarrolle.

Pretender, entonces, con actos de naturaleza diferente como lo es el Decreto 342 de 1990, consagrar la organización y régimen de Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta, resulta a todas luces abierta y ostensiblemente inconstitucional porque, hay que repetirlo, es a la ley y no a otro acto jurídico que ha sido deferido el mencionado encargo. De ahí que acierta el *a quo* cuando considera inaplicable el Acuerdo 005 de 1990, del Concejo Municipal de Santa Marta, que le sirvió de fundamento, con apoyo en el artículo 215 de la Constitución Nacional de 1886 (hoy el artículo 4o. de la de 1991).

No cabe duda, por consiguiente, que del simple cotejo del Decreto acusado con el Acto Legislativo invocado, emerge, *prima facie,* su quebrantamiento. Por dicha virtud, habrá de confirmarse la decisión del *a quo.*

En mérito de lo expuesto, el Consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

Se confirma el auto apelado.
Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de Julio de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO/INS/ESTATUTO BASICO/ESTATUTO INTERNO

La atribución de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos está radicada exclusivamente en el legislador, mientras que la de expedir los estatutos internos constituye una función netamente administrativa radicada en cabeza de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos. Del contenido del acto demandado, se advierte que la materia tratada en ellos es propia de los estatutos básicos, es decir, se está invadiendo la órbita reservada por la Carta al legislador. *DECLARA LA NULIDAD del Decreto 1714 de 1978 (agosto 4) " por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Salud ", expedido por el Gobierno Nacional.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto primero (1) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No.297. Actor: Ricardo Aníbal Godoy Suárez.

RICARDO ANIBAL GODOY SUAREZ, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta jurisdicción para que, previos los trámites del procedimiento ordinario, se declara la nulidad del Decreto Reglamentario 1714 de 4 de Agosto de 1978 " por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Salud ", expedido por el señor Presidente de la República y el señor Ministro de Salud.

I. CAUSA PETENDI

1.1. Hechos

Se pueden resumir así:

1.1.1. Según el numeral 10o. del artículo 76 de la Constitución Nacional de 1886, corresponde al Congreso expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos del orden nacional.

1.1.2. El artículo 26 literal b) del Decreto-Ley 1050 de 1968 señaló como función de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos del orden nacional la de " Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlo a la aprobación del gobierno ".

1.1.3. El artículo 24 del Decreto-Ley 3130 de 1968 indica que " La estructura interna de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del estado será determinado por su respectiva junta o consejo directivo..."

1.1.4. En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Gobierno por la Ley 9a. de 1973, éste profirió el Decreto-Ley 671 de 1975, el cual en su artículo 9o. literal b) estableció como función de la Junta Directiva del Instituto Nacional de la Salud, la de " Expedir y modificar los estatutos de la entidad y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional ".

1.1.5. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de Septiembre de 1973 declaró exequible el literal b) del artículo 26 del Decreto Ley 1050 de 1968 y al precisar su alcance dijo que la norma consagra como función de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos la de adoptar los estatutos internos, pues los estatutos básicos u orgánicos incumben por mandato constitucional al Congreso.

1.1.6. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de Septiembre de 1984 declaró exequible el literal b) del Decreto-Ley 671 de 1975, por considerar que la facultad otorgada en dicho precepto a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud es la de expedir los estatutos internos de la entidad, y no los básicos, cuya expedición compete por ministerio de la Carta, el órgano legislativo.

1.1.7. Con invocación de los Decretos 470, 1050 y 3130 de 1968 y 671 de 1975, el Gobierno Nacional expidió el Decreto-Reglamentario 1714 de 1978, contentivo de los estatutos básicos del Instituto Nacional de Salud, con flagrante violación de las disposiciones legales invocadas, de preceptos constitucionales, así como de los efectos de la cosa juzgada y *erga omnes* que emanan de la sentencia de constitucionalidad de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho referencia.

1.2. Fundamentos de Derecho

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 1o, 2o, 55, 57, 62, 76 numerales 1o, 2o, 9o, 10o, y 12; 118 numeral 8o, 120 numerales 3o. y 21 de la Constitución Nacional; el 26 literal b) del Decreto-Ley 1050 de 1968; el 24 del Decreto-Ley 3130 de 1968 y 9o. literal b) del Decreto-Ley 671 de 1975.

El concepto de la violación aparece consignado a folios 13 a 33 de la demanda, del cual se extrae, a manera de resumen, lo siguiente:

1.2.1. Según el artículo 76 numeral 10o. de la Constitución Nacional corresponde al legislador expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos del orden nacional.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de Septiembre de 1973 expresó que por estatuto básico de los establecimientos públicos se entiende el " Conjunto de reglas que determina su denominación, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio inicial y demás haberes presentes o futuros, los órganos a través de los cuales tienen que actuar, la manera de constituírlos y sus atribuciones respecto a terceros, los representantes legales, manera de designarlos, los poderes que pueden ejercer, las formalidades y requisitos a que está sometida la validez de sus actos ". Es decir, que ellos son inherentes a la constitución de dichas entidades.

1.2.2. El artículo 26 literal b) del Decreto-Ley 1050 de 1968 faculta a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos para adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional. Tal atribución, según la sentencia de la Corte antes mencionada, tiene por objeto expedir la reglamentación del funcionamiento interno de los establecimientos públicos y a ello corresponde la de determinar la "nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grados de dependencia de unos con otros, distribución de labores y demás disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas y dependencias ". Dicha reglamentación debe denominarse reglamentos internos, estatutos internos o de organización interna.

1.2.3. Los estatutos o reglamentos internos de los establecimientos públicos tienen que amoldarse a las disposiciones señaladas en los estatutos básicos de los mismos, pero en ningún caso comprenden aspectos o materias propias de éstos, tal como lo manifiesta la Corte.

1.2.4. El Decreto acusado que se apoya en normas que autorizan a la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud para expedir los estatutos internos de dicha entidad contiene inequivocamente normas estatutarias básicas u orgánicas. Este aserto se comprueba con la simple lectura de los artículos 2o, 23 numeral 2o, 45 y 47 del acto acusado.

1.2.5. Al examinar el Decreto acusado se observa que trata las siguientes materias: Capítulo I: Naturaleza Jurídica, domicilio, objeto y funciones. Capítulo II: Organos de dirección, Administración y Control; Capítulo III: Patrimonio; Capítulo IV: Organización Interna; Capítulo V: Régimen Jurídico de los actos y contratos; Capítulo VI: Personal; y Capítulo VII: Disposiciones Generales.

De la simple lectura del encabezamiento de cada uno de los Capítulos antes mencionados se advierte que son indudablemente básicos y orgánicos y distan de ser internos.

1.2.6. El Decreto acusado infringió las normas de superior jerarquía a los cuales debía sujetarse para su expedición, está falsamente motivado y usurpó el poder que le compete al legislador.

III. TRAMITE DE LA ACCION

Como el proceso se incineró en los hechos acaecidos en la toma del Palacio de Justicia, se decretó su reconstrucción por auto de 3 de Octubre de 1986. Ejecutoriado este proveído se surtieron las etapas de admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

La entidad demandada: La Nación -Ministerio de Salud-, se hizo parte en el proceso por medio de apoderada, pero no contestó la demanda, ni tuvo actuación alguna dentro del proceso.

III.1. Concepto Fiscal

El señor Fiscal Primero de la Corporación emitió su concepto en el cual se muestra partidiario de que no se acceda a las peticiones de la demanda. Para ello sostiene, que verificado el contenido del Decreto demandado se constata que el mismo no es más que el desarrollo o desenvolvimiento de la normatividad invocada a lo largo de su contexto; que son solamente medidas de naturaleza interna referentes al funcionamiento de oficinas y dependencias de la entidad y determinaciones similares.

En cuanto a la afirmación del actor de que el decreto demandado es repetición de normas de las consagradas en el Decreto-Ley que reglamenta, estima que por no constituir violación de norma superior no consagra nulidad alguna, puesto que la mera transferencia de normas no la constituye.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto demandado es el Decreto Reglamentario 1714 de 4 de Agosto de 1978 " por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Salud ".

En orden a establecer si le asiste razón al demandante en sus cargos de violación, procede la Sala a hacer el siguiente análisis:

Según el artículo 76 ordinal 10o, de la Constitución Nacional de 1886 (que corresponde al artículo 150 numeral 7o. de la actual), es atribución del Congreso la de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos.

Sobre el alcance de la expresión " estatutos básicos " la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 20 de Septiembre de 1973, con ponencia del magistrado doctor JOSE GABRIEL DE LA VEGA, dijo lo siguiente:

"... Y se tiene por estatuto básico de los mismos y de las empresas industriales y comerciales del Estado el conjunto de reglas que determinan su denominación, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio inicial y demás haberes presente o futuros, los órganos a tráves de los cuales tienen que actuar, la manera de constituirlos y sus atribuciones respecto a terceros, los representantes legales, manera de designarlos, los poderes que pueden ejercer, las formalidades y requisitos a que esté sometida la validez de sus actos, etc. Naturalmente, es indicado hacer esta descripción en el mismo acto legal que los crea, para certeza de quienes traten con estos entes jurídicos. Las normas básicas son inherentes a la constitución de las personas administrativas.

A estas normas que de manera primordial gobiernan actuaciones frente a terceros, ha de sujetarse también indudablemente, la reglamentación del funcionamiento interno de las entidades descentralizadas, esto es, la nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grados de dependencia de unos con otros, disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas y dependencias. Tales reglamentaciones suelen llamarse con propiedad poca " estatutos ", expresión que así empleada resulta equívoca, susceptible de originar confusiones. Mejor sería llamar a estos documentos " reglamentos internos " o como concesión al uso referido, " estatutos internos ", o de " organización interna ", los cuales pueden adoptarse por la junta directiva y otros órganos o funcionarios, con arreglo a la ley o a los " estatutos básicos ", cuando éstos no los consignen..."

Según el artículo 26 literal b) del Decreto-Ley 1050 de 1968, son funciones de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos, las de " Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del gobierno ". La Corte Suprema de Justicia en el fallo antes mencionado que declaró exequible este precepto, precisó que cuando se habla de estatutos, deben entenderse " los reglamentos internos " o " los estatutos internos " o " de organización interna". Expresó, al efecto, la Corte Suprema de Justicia:

" La Corte en recientes fallos ha fijado el alcance de los numerales 9 y 10 del artículo 76 de la Carta en relación con ciertos acuerdos y decisiones que pueden adoptar las juntas directivas de las entidades descentralizadas de la administración (V. Sentencias de diciembre 13 de 1972 y 27 de agosto de 1973).

De acuerdo con esa jurisprudencia, corresponde a la ley crear los establecimientos públicos y expedir los estatutos básicos que rijan sus actividades esenciales... Las normas básicas son inherentes a la constitución de las personas administrativas.

A estas normas que de manera primordial gobiernan actuaciones frente a terceros, ha de sujetarse también indudablemente, la reglamentación del funcionamiento interno de las entidades descentralizadas, esto es, la nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grados de dependencia de unos

con otros, distribución de labores y demás disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas y dependencias. Tales reglamentaciones suelen llamarse con propiedad poca " estatutos ", expresión que así empleada resulta equívoca, susceptible de originar confusiones. Mejor sería llamar a esos documentos " reglamentos internos " o como concesión al uso referido, " estatutos internos " o de "organización interna ", los cuales pueden adoptarse por la junta directiva u otros órganos o funcionarios, con arreglo a la ley o a los "estatutos básicos ", cuando éstos no lo consignen. Pero debe recalcarse que esos estatutos meramente internos, en ningún caso han de contener reglas de creación, capacidad, representación, formación de patrimonio y atribuciones esenciales de ciertas entidades, que la Constitución tiene atribuidas a la ley con el nombre varias veces mencionado de " estatutos básicos " (Art.76-10).

Se distingue entre las ordenaciones consignadas en los "estatutos básicos" de las entidades descentralizadas que es menester insertar en leyes (Art. 76-10 C.N.) y los reglamentos internos.

Sería aberrante que las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas comerciales e industriales del Estado, según sus conveniencias y criterios, pudiesen por sí y ante sí darse sus propias reglas de conducta y modificarlas en todo momento, aún con aprobación del Gobierno. Si así fuere, el artículo 76 de la Carta sería letra muerta ". (G.J.T CXLIX-CL Nos. 2390-2391, p.184)."

De lo anterior, de desprende lo siguiente:

1o. Que la atribución de expedir los estatutos básicos de los establecimientos públicos está radicada exclusivamente en el legislador, mientras que la de expedir los estatutos internos constituye una función netamente administrativa radicada en cabeza de las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos.

2o. Según lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, por estatuto básico de los establecimientos públicos, se entiende el conjunto de reglas que determinan su denominación, naturaleza jurídica, su sede, las actividades que han de desarrollar, el patrimonio, los órganos a través de los cuales ejerce su objeto, forma de constituírlos y sus atribuciones, sus representantes legales, manera de designarlos, y régimen jurídico de sus actos.

3o. En cambio, por reglamentos internos deben entenderse las normas que, sujetas a los estatutos básicos, determinan su funcionamiento interno, o sea, la nomenclatura de sus funcionarios y empleados, grados de dependencia de unos con otros, distribución de labores y demás disposiciones atinentes al manejo de sus oficinas. Y como lo afirma la Corte en la sentencia aludida dichos estatutos " en ningún caso han de contener reglas de creación, capacidad, representación, formación del patrimonio y atribuciones esenciales de ciertas entidades, que la Constitución tiene atribuidas con el nombre, varias veces mencionado de " estatutos básicos ".

Al analizar el Decreto acusado se observa que consta de siete capítulos, que versan:

Capítulo I: Naturaleza jurídica, domicilio, objeto y funciones; Capítulo II: Organos de dirección, administración y control; Capítulo III: Patrimonio; Capítulo IV: Organización Interna; Capítulo V: Régimen jurídico de los actos y contratos; Capítulo VI: Personal; y Capítulo VII: Disposiciones generales. Dado su contenido, se advierte que la materia tratada en ellos es propia de los estatutos básicos, es decir, se está invadiendo la órbita reservada por la Carta al legislador.

Es cierto que su disposiciones (artículos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10o, 11o, 12o, 13o, 15o, 16o, 17o, y 20o), reproducen las del Decreto-Ley 671 de 1975 que dice reglamentar (artículos 4o, 5o, 6o, 11o, 12o, 23o, 24o, 25o, 26o, 30o, 31o, 32o, 33o y 38o), pero ello lo que hace es tornar más ostensible la transgresión constitucional dado que siendo la materia objeto de regulación legislativa no cabe que se la abrogue el Gobierno en función reglamentaria. Tan evidente es este aserto que el artículo 23 del Decreto acusado en su numeral 2o, señala como función de la junta directiva del Instituto Nacional de Salud la de de " Adoptar los estatutos orgánicos y cualquier reforma que de ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional ". Este precepto demuestra, por sí solo, que a través del acto demandado el Gobierno Nacional no reglamentó el Decreto-Ley 671 de 1975, sino que se atribuyó facultades propias del Congreso.

Las consideraciones precedentes justifican que la Sala acceda a las súplicas de la demanda.

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

F A L L A :

Se declara la nulidad del Decreto 1714 de 4 de Agosto de 1978 " por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Salud ", expedido por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 1 de Agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente, Con Salvamento de Voto; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO/ ESTATUTO BASICO/ ESTATUTO INTERNO/ INS (Salvamento de voto)

La simple reproducción de las normas legales por una autoridad sin facultad legislativa, no vicia de ilegalidad el acto que contiene la reproducción. No puede afirmarse que la Junta Directiva del INS y el gobierno hayan ejercido una atribución que corresponde a la ley. El hecho de que los capítulos del estatuto interno se refieran a temas que corresponden al estatuto básico no quiere decir por sí mismo que aquél sea ilegal, pues la intervención general de la Junta y del Gobierno no es la de atribuirse la función del legislador sino, por el contrario, la de adoptar las normas legales que les son aplicables en señal de reconocimiento de la existencia y vigencia de ese estatuto de mayor jerarquía, adicionándole las normas de reglamentación necesarias para el cabal cumplimiento y eficacia de aquéllas de carácter legal.

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez a la Sentencia del 1o. de Agosto de 1991.

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 297. Actor: Ricardo Aníbal Godoy Suárez.

Con el debido respeto el suscrito Consejero no comparte la decisión mayoritaria de sus compañeros de Sala, contenida en la sentencia de la referencia, por las siguientes razones:

1a. Tanto la demanda como la sentencia se fundamentan basicamente en la circunstancia de que el contenido de los estatutos expedidos por la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud y aprobados por el decreto demandado se refiere a materias que son propias de los estatutos básicos u orgánicos, con lo cual se está invadiendo la órbita reservada por la Carta al legislador, de acuerdo con la

diferencia entre estatutos básicos u orgánicos de una parte, y estatutos internos, de otra, que ha hecho la Corte Suprema de Justicia en las jurisprudencias citadas en el fallo.

2a. Sin embargo, de esas mismas jurisprudencias de la Corte se desprende que los estatutos internos, en relación con cuya competencia para expedirlos por parte de las juntas directivas de los establecimientos públicos, con la aprobación del Gobierno, no existe duda, constituyen el desarrollo de los estatutos básicos u orgánicos a fin de dar operatividad a las citadas entidades. Es decir, que se trata de una facultad de reglamentación de la ley orgánica por parte del organismo máximo de administración interna, sujeta a la ya mencionada aprobación del Gobierno a través de un decreto.

3a. En ejercicio de esa atribución, las juntas directivas de las entidades descentralizadas han venido utilizando como técnica para ese desarrollo interno de las normas orgánicas, el reproducir muchas de estas normas, agregándoles los aspectos de detalle a fin de hacerlas más operativas y prácticas, con el fin de contar con un estatuto interno que contenga de manera coherente, sistemática y lo más completa posible, toda la normatividad reguladora de la actividad de la correspondiente institución. Se trata de una técnica similar a la utilizada muchas veces por el Presidente de la República al ejercer su potestad reglamentaria respecto de las leyes, consistente en incluir en el respectivo decreto reglamentario no sólo los aspectos de detalle que desarrollan o precisan las normas legales reglamentadas, sino también estas últimas, reproduciéndolas en todo o en parte, a fin de incluir en un sólo cuerpo la totalidad de la regulación correspondiente. O, de manera semejante, a lo que sucede cuando un órgano de carácter local, habilitado para regular ciertos aspectos de una materia respecto de la cual existe distribución de competencias entre la ley y dicho órgano local, no sólo dicta las normas sobre las cuales tiene competencia directa sino que reproduce las legales, en señal de acatamiento y con el fin de incorporarlas a un estatuto que regula en su totalidad el tema correspondiente.

4a. La jurisprudencia ha considerado que la simple reproducción de las normas legales por una autoridad sin facultad legislativa, como en los casos mencionados anteriormente, no vicia de ilegalidad el acto que contiene la reproducción, ya que precisamente a través de esa reproducción se está reconociendo la vigencia de la ley.

Así, en sentencia del 7 de noviembre de 1990, dijo esta misma Sección:

> " Reproducir una norma que tiene eficacia por su carácter legal y que deberá ser aplicada en el caso de los contratos regionales no encierra ilegalidad alguna; a lo sumo, habrá el cargo de inocuidad porque la vigencia de la norma no la recibe del acto administrativo que la reproduce o que la menciona sino de su propio carácter. Y el cargo de inocuidad podrá ser cualquiera otra cosa, menos un argumento de ilegalidad ". (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 7 de noviembre

de 1990. Consejero Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 1008. Actor: Juan Carlos Hincapié Mejía).

Igualmente, en sentencia del doce de julio de 1991, también la Sección Primera dijo:

" Si bien es cierto que la necesidad es uno de los elementos que la doctrina y la jurisprudencia exigen para que proceda la reglamentación de una norma legal, también lo es que la misma jurisprudencia ha considerado que la simple transcripción de una norma legal por una reglamentaria no constituye por sí misma una ilegalidad que justifique su declaratoria de nulidad, ya que ésta, además de que sería simplemente formal, sería inocua en cuanto el contenido de la norma reglamentaria quedaría clara y plenamente vigente a través de la norma legal reproducida ". (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 12 de julio de 1991. Consejero Ponente: Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente No. 1069. Actor: Guillermo Salamanca Molano).

5a. En el presente caso, la Junta Directiva del Instituto Nacional de Salud expidió el Acuerdo No. 015 de 1978, por el cual se adoptan los estatutos de esa entidad, los cuales fueron sometidos a la aprobación por parte del Gobierno Nacional de acuerdo con lo exigido por las normas legales sobre la materia.

Pero no es cierto, en mi criterio, como se expresa en la sentencia, que lo que la Junta Directiva del Instituto expidió y el Gobierno aprobó fue el estatuto orgánico o básico y no el estatuto interno. En efecto, me parece que lo anterior se evidencia por la sencilla razón de que el estatuto orgánico o básico ya existía, expedido por una norma de categoría legal como lo es el Decreto-Ley 671 de 1975, sin que la Junta Directiva ni el Gobierno hayan pretendido desconocerlo ni reemplazarlo, ni modificarlo a través del acto demandado pues, por el contrario, el Acuerdo expedido por la Junta Directiva hace referencia expresa en su artículo 2o. a dicho decreto-ley contentivo del estatuto orgánico, junto con las demás normas que contienen el régimen básico de las entidades descentralizadas, como los Decretos 1050 y 3130 de 1968, referencia que se hace precisamente para indicar como principio rector que el Instituto " se reorganiza conforme a las disposiciones establecidas " en los citados decretos-leyes.

6a. En consecuencia, no puede afirmarse, como resulta de la sentencia, que la Junta Directiva del Instituto y el Gobierno hayan ejercido una atribución que corresponde a la ley. El hecho de que los capítulos del estatuto interno se refieran a temas que corresponden al estatuto básico no quiere decir por sí mismo que aquel sea ilegal, pues la intención general de la Junta Directiva y del Gobierno no es la de atribuirse la función del legislador sino, por el contrario, la de adoptar las normas legales que les son aplicables, en señal de reconocimiento de la existencia y vigencia de ese estatuto de mayor jerarquía, adicionándole las normas de reglamentación necesarias para el cabal cumplimiento y eficacia de aquellas de

carácter legal, como lo expresa el señor Agente del Ministerio Público en su concepto.

Logicamente, es posible que al pretender desarrollar el estatuto básico, la Junta Directiva de la institución al dictar el estatuto interno y el Gobierno al aprobarlo, se extralimiten en el ejercicio de su facultad al ir más allá de las normas legales y constitucionales a las cuales están sometidos. En ese caso, es obvio que las normas así expedidas serán ilegales o inconstitucionales y así habrá de declararlas el juez administrativo si son demandadas.

En el caso de autos, así podría suceder con el ejemplo citado en la sentencia, referente al numeral 2o. del artículo 23 del Acuerdo de la Junta aprobado por el decreto acusado, en cuanto señala como función de la Junta Directiva del Instituto la de " Adoptar los estatutos *orgánicos* y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno Nacional " (Subrayado fuera del texto), pues es claro, de conformidad con la interpretación de la Corte Suprema de Justicia contenida en las jurisprudencias citadas en la sentencia, que a las juntas directivas corresponde dictar los " estatutos ", entendidos como " estatutos internos ", pero no tienen la atribución de expedir los " estatutos orgánicos ", pues estos últimos corresponden a la ley. Es decir, que el adjetivo " orgánicos ", contenido en el citado numeral 2o. del artículo 23 del Acuerdo aprobado por el decreto demandado debería ser declarado nulo, siempre y cuando hubiera sido objeto del cargo correspondiente en la demanda.

Es posible que así pudiera suceder con otras normas de las contenidas en los cuarenta y ocho artículos que hacen parte de los estatutos controvertidos, pero para su declaratoria de nulidad hubiera sido necesario que la demanda incluyera cargos específicos contra ellos y que se hubiera hecho la confrontación correspondiente para establecer si efectivamente violaban alguna norma de superior jerarquía.

Pero en el caso de autos así no se hizo, por cuanto la acusación de la demanda sólo se refería a la presunta ilegalidad de todo el estatuto por considerar equivocadamente, a mi juicio, que era orgánico y no interno, lo cual llevó a decretar la nulidad no sólo de normas que eran reproducción de otras de carácter legal y que por tratarse de simples reproducciones no las contradecían, sino de muchas otras que pretendían ser desarrollo de las primeras, sin que se hubiera analizado si las contrariaban o no.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., seis de agosto de mil novecientos noventa y uno.

DECAIMIENTO DEL ACTO-Improcedencia/ **SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD**-Efectos

Salvo norma expresa en contrario, todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico. Cuando se produce una declaratoria de inexequibilidad por la Corte Suprema de Justicia -hoy, a partir de su instalación por la Corte Constitucional-, esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no sólo por la consideración de que antes de la sentencia de inexequibilidad el precepto podía ejecutarse porque en abstracto, debía considerársele acorde con la Constitución, salvo la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, sino por cuanto por razones de seguridad jurídica, la declaratoria de inexequibilidad, a diferencia de la declaratoria de nulidad, no tiene retroactivos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 949. Actor: Joseph Henry Miglietta. Acción de nulidad con restablecimiento del derecho promovida en relación con las resoluciones 204 de 1987 y 06 de 1988, proferidas por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia.

El señor JOSEPH HENRY MIGLIETTA, extranjero residenciado en Colombia, por conducto de apoderado especial constituido al efecto, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

Primera. Que son nulas las resoluciones números 204 de noviembre 6 de 1987 y 06 de enero 29 de 1988, proferidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, mediante las cuales se negó la petición para que se declarara sin efecto alguno la Resolución # 73 de abril 9 de 1985, dictada por los mismos funcionarios, que ordenan la extradición del señor Joseph Henry Miglietta.

Segunda. Que, como consecuencia de la declaratoria de nulidad, se declare que la Resolución # 73 de abril 9 de 1985, mediante la cual se concedió la referida extradición solicitada por el gobierno de los Estados Unidos de América, no puede cumplirse por haber perdido ejecutoriedad, en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de la ley 27 de 1980 que aprobaba el tratado de extradicción celebrado entre Colombia y dicho país, que le sirvió de fundamento legal.

Tercera. Que se comunique la sentencia al señor Presidente de la República, al señor Ministro de Justicia, así como a la Embajada de los Estados Unidos de América, y a las autoridades respectivas del DAS.

I. FUNDAMENTOS FACTICOS DE LA ACCION

El actor fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos, en síntesis:

1o. Que el ciudadano norteamericano demandante, quien no es narcotraficante, se estableció en Colombia desde el año de 1948, donde contrajo matrimonio con ciudadana colombiana y tiene dos hijos de la misma nacionalidad. Que acá continúa viviendo.

2o. Que la Embajada de los Estados Unidos de Norteamérica, mediante nota verbal de octubre de 1984, solicitó al gobierno colombiano la extradición del ciudadano estadounidense demandante, para que terminara de cumplir la pena de 1.304 días de prisión que le faltaba de la pena de cuatro años a que había sido condenado por corte Distrital de dicho país, en razón de la violación al título 21, sección 841 (a) (2), del Código de los Estados Unidos, consistente en poseer ilegalmente una sustancia falsificada, con la intención de distribuirla, que en Colombia equivale a falsificación de marca, con una sanción de seis (6) meses a dos (2) años de prisión, según lo establecía el art. 285 del anterior Código Penal.

3o. El gobierno colombiano, mediante resolución 73 de abril 9 de 1985, concedió la extradicción del actor con fundamento en las normas pertinentes del Tratado de Extradición celebrado entre la República y los Estados Unidos de Norteamérica, y previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia.

4o. El señor Presidente de la República, ante la declaratoria de inexequibilidad de la Ley aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado entre este país y los Estados Unidos de América, procedió a dejar sin vigencia todas las resoluciones de extradición y a ordenar la libertad de todos los afectados, incluyendo a ciudadanos extranjeros, como el caso del señor Tymoty Grawford, cuya detención con fines de extradición que sobre él pesaba, fue revocada mediante auto de fecha agosto 31 de

1987. Sin embargo, guardó silencio con respecto al ciudadano estadounidense acá demandante, razón por la cual éste solicitó al señor Presidente de la República que declarara sin efecto la resolución 73 de 1985 que concedía la extradición y en su lugar revocara el auto de detención, ordenando su libertad.

5o. El Gobierno Nacional, mediante las resoluciones acusadas, consideró que " no es procedente dar aplicación a la pérdida de fuerza ejecutoria de la Resolución No. 73 del 9 de abril de 1985, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, ya que a pesar de la declaratoria de inexequibilidad del Tratado celebrado entre Estados Unidos y Colombia, el Código de Procedimiento Penal permite la extradición de Extranjeros ".

II. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera la parte actora que con la expedición de los actos administrativos acusados, se han violado las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

a) El artículo 11 de la Constitución Política de 1886, en concordancia con el art. 74 del Código Civil y los artículos 7o. de la " Declaración Universal de los Derechos Humanos ", 26 del " Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos" 24 de la " Convención Americana de Derechos Humanos de San José" y 11 de la " Declaración Americana de Derechos de Bogotá, a todas las cuales se ha adherido la República de Colombia, por cuanto no se reconocieron al actor los mismos derechos reconocidos a otros que estaban en las mismas condiciones.

b) El art. 66 del C.C.A., en cuanto consagra en su numeral 2o. la figura del Decaimiento del acto Administrativo -desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho-, por cuanto habiéndose dictado el acto de extradicción con fundamento jurídico en el Tratado de Extradición referido, el cual posteriormente perdió su vigencia o aplicación en razón de la declaratoria de inexequibilidad proferida por la Corte Suprema de Justicia en relación a la ley que lo aprobó, es claro que se ha presentado, en lo que atañe al acto administrativo de extradición, el fenómeno del " Decaimiento ".

c) El artículo 17 del Código Penal, por aplicación indebida, porque a dicha norma sólo es posible darle aplicación ante la ausencia total de tratados internacionales, y en este caso existe el Tratado, sólo que no puede aplicarse por faltarle la ley aprobatoria, como lo explicó el H. Consejo de Estado en su providencia de marzo 23 de 1988, confirmada en el auto de mayo 10 del mismo año, expediente 830, a la cual se remite.

Además, considera que con la aplicación indebida de dicha norma del Código Penal, se quebrantó el artículo 26 de la Carta entonces vigente, sobre el debido proceso.

III. LA ACTUACION

Mediante proveído de 12 de diciembre de 1988, la Sección, al decidir el recurso de súplica interpuesto contra auto inadmisorio de la demanda dictado por el señor consejero ponente de entonces, admitió la demanda y dispuso que el ponente se pronunciara sobre la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados.

El señor consejero ponente, en providencia de 27 de marzo de 1989, negó el decreto de suspensión provisional solicitado, la cual fue revocada por la Sala de Decisión en auto de 7 de julio del mismo año, ponencia del señor consejero Guillermo Benavides Melo, en el sentido de acceder a dicho decreto, por considerar que efectivamente se había producido el decaimiento de la resolución de extradición, según lo dispuesto en el numeral 2o. del art. 66 del C.C.A., razón por la cual no puede tener operancia el artículo 17 del Código Penal.

Notificado el auto admisorio de la demanda al señor Ministro de Justicia, por conducto de apoderada especial constituída al efecto, dio contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la demanda con el simple argumento de que la resolución mediante la cual se extraditaba al actor, reúne todos los requisitos de ley, por cuanto se agotó el procedimiento establecido, y como la resolución quedó ejecutoriada antes del fallo de inexequibilidad del Tratado de Extradición, conserva su vigencia, ya que la declaratoria dicha hecha por la Corte no produce efectos retroactivos.

Se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y, vencido el término probatorio, se corrió traslado a ellas para alegar de conclusión, sin que ninguna hiciera uso del término de ley.

Por su parte, el señor Agente del Ministerio Público rindió su concepto de rigor.

IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Fiscal Primero de la Corporación, solicita se profiera fallo inhibitorio, por considerar que debió haberse demandado, no sólo las resoluciones que resolvieron sobre la revocatoria de la principal -la que resolvió conceder la extradición del actor-, sino igualmente ésta. Pero que, por otra parte, así la demanda hubiese cobijado la resolución que concedió la extradición, tampoco estaría llamada a prosperar, pues se presentaría el fenómeno de caducidad de la acción, ya que el acto que dispuso tal cosa quedó debidamente ejecutoriado y para la fecha de presentación de la demanda, ella estaría fuera de término.

V. LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir la contención, previas las siguientes consideraciones:

1a. *La excepción de inepta demanda por no haber comprendido la acusación la resolución que concedió la extradición.*

La excepción propuesta por el señor Fiscal no está llamada a prosperar, por cuanto no se está en presencia de un acto administrativo de aquéllos calificados por la jurisprudencia y la doctrina como " complejos ", respecto de los cuales la acción contencioso-administrativa debe estar dirigida a obtener la declaratoria de nulidad de todas las manifestaciones de voluntad administrativa que contribuyen a su formación, que de no hacerse así conducen a la inepta demanda y a la declaratoria de inhibición para resolver.

En efecto, como bien se expresó por la Sala en sentencia de septiembre 12 de 1987, ponente Samuel Buitrago Hurtado, expediente 330, actor Andrés Calle López, reiterado ello en providencia de 12 de diciembre de 1988, dictada por la Sala de Decisión en este proceso, se está en presencia de actos administrativos por medio de los cuales se negó la declaratoria de decaimiento del acto que concedió la extradición, fenómeno jurídico que se presentó después de su expedición como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de la ley aprobatoria del Tratado de Extradición celebrado entre Colombia y los Estados Unidos de América, hecho nuevo, y no de pronunciamientos administrativos producidos para decidir recurso o recursos gubernativos ordinarios, caso en el cual la acusación debía comprender tanto el acto inicial como los resultantes de la vía gubernativa.

Por esas consideraciones, la Sala de Decisión, en la providencia de 12 de diciembre de 1988 dictada en este proceso, llegó a la conclusión de que no era preciso demandar el acto que concedió la extradición, ni viene al caso aplicar el art. 72 del C.C.A. sobre consecuencias y caducidad de la acción, cuando de revocación directa se trata.

Además, observa ahora la Sala, la parte actora en este proceso no ha discutido ante la Administración, ni en este juicio, la legalidad del acto por medio del cual se accedió a la solicitud de extradición formulada por el gobierno de los Estados Unidos de América; está es discutiendo la legalidad de los actos por medio de los se negó a reconocer el hecho del decaimiento del acto de extradición, en razón de la desaparición de un presupuesto de derecho indispensable para que conserve su vigencia y su fuerza obligatoria.

2a. *La caducidad de la acción.* No siendo obligatorio y necesario que la demanda comprenda la acusación del acto inicial de extradición, como se ha visto, es claro que tampoco procedería la excepción de caducidad de la acción, ya que ésta se promovió dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto por medio del cual se agotó la vía gubernativa. Por consiguiente, se rechaza la excepción propuesta por la agencia del Ministerio Público.

3a. *El aspecto de fondo de la contención: la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de extradición por desaparición de un presupuesto de derecho* (decaimiento).

El aspecto central de la contención gira, como se ha visto anteriormente, en torno a las consecuencias o efectos que genera en relación con la resolución No. 73

de abril 9 de 1985, proferida por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, por la cual se concedió la extradición del actor solicitada por la Embajada de los Estados Unidos de América, la declaratoria de inexequibilidad pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de las leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, mediante sentencias de 12 de diciembre de 1986 y 25 de junio de 1987, respectivamente, en cuanto por esas leyes se aprobó el Tratado de Extradición de 1979 celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América.

La doctrina administrativa foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervivientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensables para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla es condición indispensable para su vigencia; b) declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países en donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta.

De acuerdo con lo anterior, el legislador colombiano ha establecido expresamente: primero, que el acto administrativo -sin hacer distinción entre el general y el particular o concreto-, *salvo norma expresa en contrario,* pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos, " cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho " (art. 66-2 del C.C.A.); y, segundo, "Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente *los decretos reglamentarios* " (inciso final del art. 175 del C.C.A.) - subrayas fuera de texto-.

Corresponde, entonces, a la Sala, para determinar la procedencia o improcedencia de las pretensiones de la demanda, dilucidar los siguientes interrogantes:

1o. Todos los actos administrativos que profieran las diferentes autoridades colombianas que ejercen función administrativa, se extinguen y pierden su fuerza ejecutoria por el fenómeno jurídico del decaimiento reconocido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina nacional ?

2o. Cuando se produce la declaratoria de inexequibilidad de la norma constitucional o legal en que se funda un acto administrativo creador de situación jurídica individual o concreta, se produce la extinción y pérdida de fuerza ejecutoria de ese acto administrativo ?

En cuanto a lo primero, considera la Sala que, *salvo norma expresa en contrario,* todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico (art. 66 C.C.A.), pues es claro que, por ejemplo, un decreto reglamentario dictado por un gobernador, intendente -ya no los habrá-, comisario -tampoco existirán- o alcalde, con fundamento en Ordenanza o acuerdo, no puede subsistir, seguir surtiendo sus efectos, ante la declaratoria de nulidad de aquélla o de éste realizada por sentencia ejecutoriada proferida por el juez contencioso-administrativo, en razón de desaparecer el objeto de la reglamentación; que el nombramiento de un funcionario, que requiere necesariamente la calidad de ciudadano, se vuelva ineficaz si posteriormente el interesado pierde la ciudadanía, caso en el cual la Administración se limita a constatar que se ha operado la desinvestidura, como lo sostiene E. Sayagues Laso (Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, 1959, Tomo I, pág. 527); y, que el acto administrativo por medio del cual se ha reconocido y ordenado pagar una pensión de invalidez a un empleado público, pierda esa fuerza obligatoria y se extinga ante la circunstancia fáctica de que, con posterioridad, el empleado recupere totalmente su capacidad laboral, o al menos, en un porcentaje que coloque esa pérdida de la capacidad laboral en menos de su setenta y cinco por ciento.

En cuanto a lo segundo, para la Sala también es claro que cuando se produce una declaratoria de inexequibilidad -reconocimiento y declaración hechos por el juez que ejerce el control de constitucionalidad de lo que no se puede hacer, conseguir o llevar a efecto, ni cumplir ni ejecutar, en razón de haberse comprobado una contradicción con la norma fundamental, según su significado etimológico - por la Corte Suprema de Justicia- hoy, a partir de su instalación por la Corte Constitucional-, esa declaratoria no afecta la existencia o vigencia del acto administrativo -como tampoco la existencia y validez de los actos jurídicos celebrados durante la vigencia de la ley o decreto ley posteriormente declarado inexequible, es decir, que no se puede seguir ejecutando- creador de situación jurídica individual, particular o concreta, no sólo por la consideración de que antes de la sentencia de inexequibilidad el precepto podía ejecutarse porque, en abstracto, debía considerársele acorde con la Constitución, no obstante que, en casos concretos y dentro del proceso de aplicación de las normas, el órgano público correspondiente puede declarar su inaplicabilidad, por la vía de la llamada excepción de inconstitucionalidad (art. 215 de la Constitución de 1886, hoy art. 4 del nuevo ordenamiento constitucional), declaración con efectos limitados al caso, por lo cual subsiste la presunción de constitucionalidad (sentencia de 22 de mayo de 1974 de la Sección Primera de esta Corporación, expediente 2013, consejero ponente Carlos Galindo Pinilla), sino por cuanto, por razones de seguridad jurídica para los integrantes de una sociedad, la declaratoria de inexequibilidad, a diferencia de la declaratoria de nulidad que hace el juez administrativo, no tiene efectos retroactivos: "El que la Constitución quiera también la validez de la llamada *ley inconstitucional* surge del hecho de que ella prescribe, no solamente que las leyes deben ser producidas en una forma determinada *sino también que, en caso de ser producida una ley en otra forma que la prescrita o tener otro contenido que el prescrito, de*

ningún modo ha de considerarse nula, sino que ha de valer hasta tanto sea anulada por una instancia para ello, acaso por un tribunal constitucional, en un procedimiento regulado por la Constitución " (Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, págs. 120 a 121).

Dicho lo anterior, entonces, se tiene que la resolución No. 73 de abril 9 de 1985, proferida por el Presidente de la República y su Ministro de Justicia, no se ha extinguido, ni perdido por consiguiente su fuerza ejecutoria, por el fenómeno decaimiento del acto administrativo, resultante de la supuesta desaparición de un presupuesto de derecho, o sea, por la declaratoria de inexequibilidad de las leyes 27 de 1980 y 68 de 1986, aprobatorias del Tratado de Extradición que sirvió de fundamento a la concesión de la extradición del demandante.

Consecuencia de ello, es que tampoco se encuentra el quebrantamiento del artículo 17 del Código Penal invocado por el actor, ya que la ley 27 de 1980, aprobatoria del Tratado de Extradición, se encontraba vigente en el momento en que el acto administrativo contenido en la resolución 73 de 1985 se expidió y quedó ejecutoriado, así su ejecución se hubiere aplazado, inicialmente por razón de lo dispuesto en el mismo, y, posteriormente, al parecer, por la declaratoria de suspensión provisional por parte de esta Sección, que así lo dispuso oficiosamente de manera antiprocesal si se tiene en cuenta que ella no había sido solicitada.

Finalmente, la Sala tampoco encuentra el quebrantamiento del art. 11 de la constitución de 1886, en concordancia con el art. 74 del C.C., 7o. 26, 24 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Convención Americana de Derechos Humanos de San José y Declaración Americana de Derechos de Bogotá, respectivamente, por cuanto la circunstancia de que el gobierno nacional, en otro u otros actos administrativos, erróneamente, haya revocado el auto de detención provisional con fines de extradición de otro u otros ciudadanos extranjeros, no constituye un desconocimiento del principio de igualdad de *derechos civiles* para nacionales colombianos y extranjeros, ni del de goce por los extranjeros de las mismas garantías concedidas a los nacionales, reiterados hoy en el artículo 100 de la Constitución de 1991.

Por lo dicho, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar y deberá levantarse el decreto de suspensión provisional proferido por la Sección.

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 agente del Ministerio Público,

F A L L A :

1o. DENIEGANSE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA promovida por el señor JOSEPH HENRY MIGLIETTA, en orden a obtener la declaratoria de

nulidad de las resoluciones 204 de 1987 y 06 de 1988, proferidas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia.

2o. LEVANTASE la suspensión provisional de las resoluciones 73 de 1985, 204 de 1987 y 06 de 1988, suscritas por el señor Presidente de la República y su Ministro de Justicia, decretada mediante proveído de 7 de julio de 1989 dictado por la Sala de Decisión.

3o. Sin costas por no aparecer que se hubieren causado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Justicia y archívese el expediente.

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

Pedro Alejo Gómez Vila, Conjuez; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

DESISTIMIENTO/ ACCION CONTRAVENCIONAL ESPECIAL

Cuando la norma demandada ordena que o verbalmente se podrá desistir de la acción contravencional especial, caso en el cual, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado, contraría abiertamente la ley reglamentada, concretamente en el procedimiento adoptado del C.P.P. (art. 29), según el cual el querellante podrá desistir de la acción mediante manifestación escrita presentada ante el juez.
DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 10 del D.R. No. 800/91 (marzo 21), en la parte que dice o verbalmente del inciso primero; y si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado, del inciso segundo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1771. Actor: César Augusto Otálvaro Sánchez. Decretos del Gobierno.

El ciudadano César Augusto Otálvaro Sánchez, obrando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el Artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, solicita de esta Corporación que se declare la nulidad del Artículo 10 del Decreto Reglamentario Número 800 de marzo 21 de 1991, por el cual se reglamenta la Ley 23 de 1991.

En la demanda se solicita igualmente que se decrete la suspensión provisional del acto demandado. Al satisfacer la demanda los requisitos de ley, su admisión se decidirá conjuntamente con dicha petición previas las siguientes,

CONSIDERACIONES :

En el capítulo correspondiente a la suspensión provisional dice el actor que solicita la medida cautelar " por cuanto como se desprende de lo anterior la valoración de la normatividad que cité vulnerada es ostensible y se puede establecer mediante simple confrontación del articulado correspondiente ". Agrega que para resaltar claramente la manifiesta violación acude a la comparación mediante doble columna a lo cual procede transcribiendo la norma que considera infringida y en frente de ésta, la disposición acusada.

La norma cuestionada es el artículo 10o. del Decreto número 800 de 1991, reglamentario de la Ley 23 de 1991 y del siguiente tenor:

> " En cualquier estado del proceso y antes de la sentencia de segunda instancia, el querellante, el ofendido o su apoderado debidamente facultado, mediante escrito o verbalmente, podrán desistir de la acción contravencional especial, dando así lugar a la cesación de procedimiento, siempre que el desistimiento sea aceptado por el presunto infractor.
>
> " Cuando el desistimiento sea presentado por escrito, el querellante, el ofendido o su apoderado debidamente facultado y el procesado deberán identificarse en debida forma ante la Secretaría del Despacho. Si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado.
>
> " Si el ofendido fuere incapaz do se tratare de persona jurídica, el desistimiento deberá presentarse por su representante legal, conforme con el artículo 28 del presente Decreto.
>
> " El desistimiento presentado en favor de un procesado comprenderá a los demás que lo acepten ".

Por su parte el artículo 9o. de la Ley 23 de 1991 considerado como violado en la demanda, expresa:

> " La acción contravencional es desistible en los términos y con las características señaladas en el Código de Procedimiento Penal.
>
> " Es obligación del funcionario que conoce el asunto informar a las partes sobre este aspecto ".

Como quiera que mediante la norma pretranscrita se hace extensiva a la acción contravencional, para efectos del desistimiento, " los términos y las características"

señaladas en el Código de Procedimiento Penal, se hace necesario conocer lo que al respecto ordena tal estatuto.

En este sentido tenemos que el artículo 29 del Código Procedimiento Penal, establece:

> " El querellante podrá desistir de la acción penal con el consentimiento del procesado mediante manifestación escrita presentada ante el Juez. Si se tratare de un incapaz, el desistimiento deberá ser autorizado por su representante legal o por el defensor de menores o el Agente del Ministerio Público que hubiere coadyuvado la querella.
>
> " El desistimiento presentado en favor de un procesado, comprenderá a los demás que lo acepten ".

En principio podría decirse que el decreto en lo pertinente contraría la ley, ya que consagra como persona legitimada para proponer el desistimiento, no solamente al querellante, sino también " al ofendido o su apoderado debidamente facultado ".

Se dice que en principio, porque los términos " querellante " y " ofendido ", empleados en el decreto y dado el papel que desempeñan dentro del contexto de la disposición, ameritan algunas reflexiones a fin de dilucidar sus respectivos significados en el campo del derecho penal y contravencional para después llegar a la conclusión de si son desiguales, o pueden, en determinadas circunstancias, llegar a ser equivalentes; si por otra parte se tiene en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del mismo Código de Procedimiento Penal, salvo los casos especialmente previstos en el Código Penal, la querella puede ser presentada unicamente por el sujeto pasivo del hecho punible.

Ahora, en lo que respecta a la facultad que para proponer el desistimiento tiene el apoderado debidamente facultado, habría necesidad de hacer, a la luz de las disposiciones legales correspondientes, un pronunciamiento sobre las atribuciones inherentes al poder y respecto de las facultades que la ley expresamente exige que sean conferidas en el poder, entre las que pudiera contarse el desistimiento, si es que se considera como un acto que implique disposición del derecho en litigio.

Se advierten entonces algunos interrogantes que deberán ser resueltos, previo un estudio ya de fondo, en otra oportunidad procesal, y no ahora cuando de lo que se trata es de suspender provisionalmente un acto administrativo en el caso de que viole de manera ostensible y flagrante la ley, circunstancia que tal como se deduce de lo expuesto, no se da a primera vista en este paso inicial del proceso.

No ocurre lo mismo en relación con la otra forma que para desistir establece la norma acusada cuando ordena que " o verbalmente " se podrá desistir de la acción contravencional, caso en el cual, " la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado "; ya que tales disposiciones contenidas en el decreto reglamentario,

sí contrarían abiertamente la ley reglamentada, concretamente en el procedimiento adoptado del Código de Procedimiento Penal (art. 29), según el cual el querellante podrá desistir de la acción mediante manifestación escrita presentada ante el juez. En este aspecto la violación se observa en forma clara y evidente por cuanto la norma acusada crea situaciones y establece procedimientos no previstos en la ley que dice reglamentar; al establecer el desistimiento de la acción contravencional en forma verbal y la manera de proponerlo.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE :

1o. *ADMITIR* la demanda de nulidad contra el artículo 10o. del Decreto Reglamentario No. 800 de marzo 21 de 1991 expedido por el señor Presidente de la República. En consecuencia,

a) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Justicia en conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo.

b) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

c) El actor debe depositar en el término de diez (10) días la suma de DOS MIL PESOS ($2.000.oo) M/cte, para los efectos del numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A.

d) Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días.

e) Por Secretaría, solicítese a la Oficina correspondiente del Ministerio de Justicia los antecedentes administrativos del acto demandado, los cuales se deben remitir en el término de diez (10) días.

2o. *DECRETAR LA SUSPENSION PROVISIONAL* del artículo 10o. del Decreto Reglamentario No. 800 de fecha 21 de marzo de 1991, en la parte que dice " o verbalmente " del inciso primero; y " si fuere verbal, la manifestación se hará constar en acta suscrita por los comparecientes y el funcionario competente de primera o segunda instancia o su delegado ", del inciso segundo.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1o. de agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/ **ACTO ADMINISTRATIVO**-Características/ **FALLO INHIBITORIO**

El oficio demandado no constituye un acto administrativo, pues se limita a indicar una situación ya creada, citando la normatividad jurídica que la reestructura y reglamenta, sin que se reflexione o se elija acerca de los derechos reclamados. No basta para la configuración del acto administrativo, la voluntad y la inteligencia, la conducta o la abstención de la Administración; es el elemento esencial el carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Por no hallarse el acto cuestionado sujeto a control jurisdiccional, lo apropiado es declararse inhibido para conocer.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1588. Actor: Flota Rionegro Ltda. Autoridades Nacionales.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la Flota Rionegro Ltda., mediante apoderado, contra la sentencia de fecha 3 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por la cual se negaron las súplicas de la demanda, dentro de la acción de restablecimiento del derecho instaurada por el actor contra el oficio SJ-241 de mayo 31 de 1988 emanado del Instituto Nacional del Transporte (INTRA), Regional de Antioquia-Chocó.

I. ANTECEDENTES

A) En memorial de 18 de abril de 1988 la Empresa Transportadora FLOTA RIONEGRO LTDA., en ejercicio del derecho de petición y a través de apoderado, solicita a la Regional del Intra " que se permita el libre paso o el libre tránsito por y hasta el aeropuerto José María Córdoba de los vehículos tipo bus afiliados a la empresa de mi poderdante, para dar así CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución 006879 de junio 27 de 1985..." (folio 22, cuaderno del Tribunal).

El artículo 3o. de la Resolución 006879, en el cual el actor fundamenta su petición, expresa:

> " El Aeropuerto JOSE MARIA CORDOBA será un punto de tránsito hacia el Municipio de Rionegro tanto por la vía AUTOPISTA CAUCHOPE como por la VIA SANTA HELENA; para tal efecto la Inspección de Tránsito de Rionegro fijará los paraderos necesarios " (folio 26).

B) Atendiendo a la petición formulada, la Directora Regional del Intra en oficio SJ-241 de mayo 31 de 1988, acto acusado, le dice a la Empresa:

> "...me permito indicarle que el acto administrativo No. 006879 de junio 27 de 1985, alude a la reestructuración en la ruta Medellín-Rionegro y viceversa. La ruta Medellín-aeropuerto José María Córdoba, está autorizada mediante resoluciones 1731 de julio 30 de 1985 y 1438 del 27 de agosto de 1985 y en los tipos de vehículos buseta, microbús y taxi colectivo. Como usted observará son dos actos administrativos bien diferentes no sólo en cuanto a la ruta sino en cuanto a los tipos de vehículos permitidos...". (folio 13).

C) La Empresa entonces, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho solicita del Tribunal Administrativo de Antioquia la nulidad del oficio pretranscrito y como consecuencia de ella pretende que se le permita el libre acceso de sus buses hasta las aceras del aeropuerto y que se le reconozcan, en cuantía de $428.724.790.oo, perjuicios causados desde la expedición de la Resolución 006879 de junio 27 de 1985, por no habérsele permitido el acceso de sus vehículos tipo bus al mencionado aeropuerto.

Considera la actora que el oficio acusado es violatorio del artículo 3o. de la Resolución 006879 de junio 27 de 1985 proferida por el en ese entonces Director del Intra Regional de Antioquía-Chocó, y del artículo 84 del Decreto 01 de 1984.

Y, en el concepto de la violación anota que si bien la resolución en su parte motiva considera los límites del aeropuerto como un lugar en tránsito, no lo resuelve así dicho acto en la parte resolutiva, donde simple y claramente se dice que " El Aeropuerto José María Córdoba será UN PUNTO EN TRANSITO hacia el Municipio de Rionegro...", lo que debe entenderse como que " SE PASA POR ALLI", es decir, que se convierte al Aeropuerto en un punto obligado de tránsito de los buses aplicados a la Empresa.

Se queja entonces la demandante de que la Regional del Intra en el acto atacado, no está dando aplicación en forma correcta al artículo 3o. de la Resolución 006879, ocasionándole con ello significativo perjuicio patrimonial y económico.

En relación con el artículo 84 del Decreto 01 de 1984, considera la parte actora que la Regional del Intra al proferir el acto acusado incurrió en abuso o desviación de poder y falsa motivación, causales que también hacen procedente la acción de nulidad.

d) El Instituto Nacional del Transporte, mediante apoderado se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que la Resolución 006879, no autorizó una nueva ruta (Medellín-Aeropuerto), sino que conforme al numeral 4o. de sus consideraciones y al estudio 008, reestructuró los horarios de la ruta Medellín-Rionegro y viceversa, aceptable, tal reestructuración, " en el sentido de considerar los *límites* del aeropuerto como un lugar en tránsito hacia el destino final original en el Municipio de Rionegro ".

Fundamentada en lo anterior, llega la demandada a dos conclusiones:

" 1. Que el aeropuerto como lugar de llegada es una nueva ruta y por lo tanto no cabe el concepto de reestructuración.

" 2. Por tal motivo sólo se pueden considerar los límites del Aeropuerto como un lugar en tránsito hacia su destino final original Rionegro. Lugar en tránsito significa ni más ni menos paso rápido y momentáneo por determinado lugar ". (folio 101, cuaderno del Tribunal).

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Al proferir sentencia el *a-quo* considera que " el oficio impugnado, no contiene ninguna decisión, ni produce efectos jurídicos, por sí mismo. Simplemente se limita a informar la situación jurídica de las rutas Medellín-Aeropuerto, Medellín-Rionegro.

" El que se cumpla o no la Resolución 006879, no permite afirmar que de esa omisión nazca un acto administrativo. Se trata dentro del marco conceptual que trae la demanda, de una posible o eventual omisión ".

Remitiéndose a lo decidido en los procesos instaurados por las sociedades Transportes Chachafruto y Cía. S.C.A. y Echeverry Cuervo Rápido Medellín Rionegro y Cía S.C.A., considera que el presente es un problema de ejecución, "porque los efectos jurídicos, propios del acto administrativo dimanan de la Resolución 06879 y no del oficio impugnado que no es un acto administrativo, por lo que la pretensión no podía ser la de nulidad y restablecimiento del derecho, sino una vía distinta, ya que " si la ejecución del acto, se hace en forma diferente a lo previsto en el acto mismo, como lo dicen los demandantes, lo que representa es una omisión de la Administración o el incumplimiento de un deber legal...".

Por las consideraciones anteriores el Tribunal Administrativo de Antioquia, niega las súplicas de la demanda y condena en costas a la parte actora.

III. EL RECURSO DE APELACION

Estima el recurrente que las dos actuaciones de la Administración (la Resolución 006879 de junio 27 de 1985 y el oficio atacado SJ-241 de mayo 31 de 1988) son consecuencia uno de otro, ya que en la demanda aportada y en la descripción de los hechos, el uno, forzosamente tiene que ver con el otro.

Que " lo que dice el oficio debe estar destinado indudablemente a producir efectos jurídicos. Si así no fuera, no se hubiera ejercido el derecho de petición que se ejerció ante la instancia administrativa y menos ésta hubiera producido el oficio aquí susceptible de nulidad, y más aún se desvirtuaría en nuestro derecho público el derecho de petición " (folio 155, cuaderno del Tribunal).

IV. EL CONCEPTO DEL FISCAL

Conceptúa el Ministerio Público que la sentencia de primer grado debe confirmarse, después de considerar que si bien es cierto, que el artículo 3o. de la Resolución 006879 expresa que el Aeropuerto José María Córdoba será un punto de tránsito hacia el Municipio de Rionegro tanto por la vía Autopista Cauchope como por la vía Santa Helena, también expresa el mismo artículo que, para tal efecto, la Inspección de Rionegro fijará los paraderos necesarios; que el artículo en cita dice que el aeropuerto será un punto de tránsito pero no dice que en la ruta fijada Medellín-Rionegro y viceversa esté comprendido el paso de los buses por las aceras del aeropuerto.

V. DECISION

El acto impugnado, esto es, el oficio SJ-241 de mayo 31 de 1988, tuvo su origen en una solicitud que, en ejercicio del derecho de petición formulara ante el Instituto Nacional del Transporte -INTRA- Regional de Antioquia y Chocó, el Dr. Eduardo Gallo Marín como apoderado de la Empresa Transportadora FLOTA RIONEGRO LTDA., con el fin de " que se permita el libre paso o el libre tránsito por y hasta el Aeropuerto José María Córdoba de vehículos tipo buses afiliados a la empresa de mi poderdante para dar así CUMPLIMIENTO a lo dispuesto en el Artículo Tercero de la Resolución 006879 de junio 27 de 1985, y sea así la misma Administración la que cumpla por los medios eficaces que posee, los propios Actos Administrativos que expide, en nuestro caso el INTRA Regional de Antioquia y Chocó. (Folio 22 cuaderno del Tribunal).

El INTRA, mediante el oficio SJ-241 del 31 de mayo de 1988, acto acusado, da respuesta, indicándole al solicitante " que el acto administrativo No. 006879 de junio 27 de 1985, alude a la reestructuración de la ruta Medellín-Rionegro y viceversa. La ruta Medellín-Aeropuerto José María Córdoba, está autorizada mediante Resoluciones 1731 de julio 30 de 1985 y 1438 del 27 de agosto de 1985

y en los tipos de vehículos buseta, microbuses y taxi colectivo. Como usted observará son dos actos administrativos bien diferentes no sólo en cuanto a la ruta sino en cuanto a los tipos de vehículos permitidos ". (folio 13, cuaderno del Tribunal).

Observa la Sala, en primer término, que lo pretendido por el actor, según los términos de su petición es el cumplimiento, a través de la Regional, del artículo 3o. de la Resolución No. 006879 de junio 27 de 1985, según el cual " El Aeropuerto José María Córdoba será un punto de tránsito hacia el Municipio de Rionegro, tanto por la vía Autopista-Cauchope, como por la vía Santa Helena; para tal efecto, la Inspección de Tránsito de Rionegro fijará los paraderos necesarios ". (folio 21 cuaderno del Tribunal).

Como puede verse el acto se originó en el ejercicio del derecho de petición ejercido por la Empresa, por el cual pretende que se dé cumplimiento a la Resolución No. 006879 del 27 de junio de 1985. Frente a dicha solicitud el INTRA responde que el acto cuyo cumplimiento se solicita " alude a la reestructuración en la ruta Medellín-Rionegro y viceversa, diferente a la de Medellín-Aeropuerto José María Córdoba ", autorizada ésta mediante actos administrativos diferentes (Resoluciones 1731 y 1438 de julio 30 y agosto 27 de 1985), y para otra clase de vehículos (buseta, microbuses y taxi colectivo).

De conformidad con las circunstancias anotadas no puede decirse con propiedad que la respuesta del INTRA, contenida en el Oficio No. SJ-241, constituye un acto administrativo.

Las razones son las siguientes:

El oficio acusado no contiene una decisión capaz de producir efectos jurídicos: Se limita a indicar la situación, ya creada, respecto de las rutas Medellín-Rionegro y viceversa y Medellín-Aeropuerto José María Córdoba, citando la normatividad jurídica que las reestructura y reglamenta, sin que dentro de la citada respuesta se reflexione o se elija acerca de los derechos que le pudieran asistir a la reclamante. La decisión ya la había tomado la Administración y los efectos jurídicos ya se habían producido, cuando se expidió la resolución 006879 de junio 27 de 1985, cuyo cumplimiento se solicita.

> " El acto en la doctrina general, en forma simple, es una manifestación de voluntad de un ente de derecho. Es una decisión que produce efectos jurídicos.
>
> " La noción de decisión es entonces un concepto central dentro de esta materia, y por ello el artículo 44 del D.L. 01 de 1984 dispuso que " las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente ", y que en el texto de toda notificación o publicación se indicarán los recursos que legalmente proceden contra las decisiones de que se trata (art. 47) y que los actos administrativos quedan en firme cuando contra ellos no proceden recursos, o éstos se ha decidido. (Art. 62 ib.).

" Pero de la estructura general, se infiere que para que la jurisdicción intervenga a modo de control se requiere que el objeto sobre el cual actúa constituye en materia de manifestación intencional de la voluntad de una decisión, que en el lenguaje de derecho comparado se denomina a veces providencia, resolución, decreto, pero cuyo elemento central, al lado de otros que integran su esencia es la virtualidad de producir efectos de derecho, bien porque los produzca por sí mismo, o porque del acto administrativo se desprende -por su aplicación- otros determinados o determinables.

" Así las cosas, el acto administrativo, a la luz de la ley colombiana es una manifestación de voluntad, mejor se diría de la intención ya que ésta supone aquella, en virtud de la cual se dispone, se decide, se resuelve una situación o una cuestión jurídica, para como consecuencia, crear, modificar o extinguir una relación de derecho...". (Sentencia de enero 22 de 1987. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Consejero Ponente, Dr. Hernán Guillermo Aldana Duque. Expediente No. 0549).

No basta entonces para la configuración del acto administrativo, la voluntad y la inteligencia, la conducta o la abstención de la Administración. Es elemento esencial al carácter decisorio que lo haga capaz de producir efectos jurídicos; de crear, modificar o extinguir una situación jurídica. Sólo entonces, dicho acto, se coloca en condiciones de ser susceptible del control jurisdiccional.

De otro lado, la falta de carácter decisorio y de los efectos jurídicos del oficio que aquí se impugna, se hace más notoria si se analiza el asunto desde el punto de vista de la acción propuesta, en este caso la de restablecimiento del derecho, mediante la cual la jurisdicción contencioso administrativa restablece al particular agraviado, en los derechos que se deduzcan en su favor directa e inmediatamente de la anulación del acto que se demanda.

En el caso planteado de la pretendida nulidad de la comunicación SJ-241 no se derivaría ningún restablecimiento directo e inmediato en favor de la Empresa demandante, pues como ya se anotó, los efectos jurídicos no dimanan del oficio impugnado, sino de la resolución No.006879, que no es precisamente la impugnada mediante la acción propuesta. En palabras más sencillas la precitada resolución no rige o deja de regir porque así lo consigne la comunicación del funcionario del INTRA, ni menos porque se deje vigente o se anule esa comunicación.

Obró bien el Tribunal al negarle el carácter administrativo al acto impugnado en la parte motiva de su providencia, más no en la resolutiva cuando falla en el sentido de negar las súplicas de la demanda, pues dada la imposibilidad de entrar a conocer de las pretensiones, por no hallarse el acto cuestionado sujeto al control jurisdiccional, hubiera resultado más apropiado declararse inhibido para conocer. En este sentido modificará la Sala la parte resolutiva de la providencia apelada.

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, en desacuerdo, en cuanto a la parte motiva se refiere, con la señora Fiscal,

FALLA :

1o. *MODIFICASE* la parte resolutiva de la sentencia del 3 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto niega las súplicas de la demanda, y en su lugar *DECLARASE INHIBIDO* para resolver sobre las pretensiones del libelo.

2o. *CONFIRMASE* en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 1o. de agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.

MUNICIPIO-Creación/ PURGA DE ILEGALIDAD

El Constituyente en ejercicio de su poder soberano, le imprimió sello de validez a todos los actos mediante los cuales se crearon municipios con anterioridad a dic. 31/90, independientemente de que ellos hubieran sido creados o no de conformidad con los requisitos por las normas jurídicas vigentes en ese momento de su creación y de que los actos de creación hubieran sido o no objeto de acciones por la vía contencioso-administrativa; obviamente siempre y cuando en el primer evento la posible decisión anulatoria no se haya ejecutoriado, pues en tal caso el acto de creación habrá desaparecido de la vida jurídica, debido a los efectos de la cosa juzgada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 795. Actor: Municipio del Líbano.

Procede la Sección Primera de la Corporación a resolver sobre los escritos presentados el 15 y el 30 de julio de 1991 por el apoderado del Municipio de Murillo, Departamento del Tolima (fls. 178 y 184), en los cuales se solicita a esta Corporación se dé por terminado el proceso de la referencia, en razón de haberse producido el fenómeno jurídico denominado " purga de legalidad ", de conformidad con lo dispuesto en el Artículo Transitorio No. 40 de la actual Constitución Política de la República de Colombia.

ANTECEDENTES

El Municipio del Líbano, a través de su Alcalde, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada con el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el

Tribunal Administrativo del Tolima la declaratoria de nulidad de la Ordenanza No. 83 de 5 de diciembre de 1985, mediante la cual fue creado el Municipio de Murillo, e igualmente el concepto favorable a su creación, emitido por el Departamento Nacional de Planeación (fls. 53 a 61, Cdno. No. 1).

El Tribunal de primera instancia, mediante sentencia de 7 de octubre de 1987, entre otros aspectos, denegó las pretensiones de la demanda (fls. 245 a 252, Cdno. No. 1).

Apelada como fue la decisión del Tribunal, esta Corporación en sentencia de 12 de diciembre de 1988, declaró la nulidad de la Ordenanza demandada (fls. 74 a 79, Cdno. No. 2).

Dentro del término de notificación de la sentencia de segunda instancia, se hicieron presentes en el proceso el Municipio de Murillo y los ciudadanos Marcel Tangarife Torres y Alvaro González Romero, quienes solicitaron la nulidad de todo lo actuado, la aclaración de la sentencia e interpusieron recurso extraordinario de súplica, respectivamente (fls. 114 a 118, 121 a 123 y 124 a 132, Cdno. No.2).

Mediante providencia de 28 de julio de 1989 se rechazó la aclaración de la sentencia y se ordenó tramitar el incidente de nulidad formulado (fls. 154 a 156, Cdno. No. 2).

Por auto de 13 de septiembre de 1990 se rechazó, por improcedente, el incidente de nulidad propuesto y se resolvió que en firme tal decisión se dispondría lo pertinente sobre la solicitud del recurso extraordinario de súplica interpuesto, decisión esta que recurrida como fue, se confirmó mediante providencia de 18 de julio de 1991 (fls. 179 a 183, Cdno. No. 2).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, doce de diciembre de 1988, era indiscutible la vigencia de la Ley 14 de 1969 y, en virtud de haberse constatado la violación de sus artículos 1o., ordinal 4. y 6o., se declaró la nulidad de la Ordenanza demandada.

También resulta cierto que tanto la sentencia de primera instancia, como la proferida por esta Corporación no se encuentran ejecutoriadas y, por ende, no han quedado consolidados sus efectos.

Precisados los aspectos anteriores, se procede a resolver sobre la viabilidad de las solicitudes formuladas por el apoderado del Municipio de Murillo así:

Señala el Artículo Transitorio No. 40 de la Constitución Política:

" Son válidas las creaciones de municipios hechas por las Asambleas Departamentales antes del 31 de diciembre de 1990 ".

De la norma transcrita fluye la consecuencia de que el Constituyente, " en ejercicio de su poder soberano ", como lo señala el preámbulo de la Constitución, le imprimió sello de validez a todos los actos mediante los cuales se crearon municipios con anterioridad al 31 de diciembre de 1990, independientemente de que ellos hubieran sido creados o no de conformidad con los requisitos exigidos por las normas jurídicas vigentes en ese momento de su creación y de que los actos de creación hubieran sido o no objeto de acciones por la vía contencioso administrativa; obviamente, siempre y cuando en el primer evento la posible decisión anulatoria no se haya ejecutoriada, pues en tal caso el acto de creación habrá desaparecido de la vida jurídica, debido a los efectos de la cosa juzgada.

La Sala estima que en el presente caso no cabe predicarse de manera irrestricta la ocurrencia del fenómeno jurídico denominado " purga de ilegalidad " (y no " de legalidad ", como lo expresa el peticionario). Tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 29 de mayo de 1933, según la cual se considera no viciado de nulidad un acto administrativo que fue ilegal en el momento de su nacimiento, si la norma señalada como quebrantada ha desaparecido de la vida jurídica en el momento de proferirse el fallo por el juez administrativo, por derogatoria, subrogación, o por haber sido declarado inexequible o nula, o porque haya recibido sustento legal con posterioridad a su expedición.

En efecto, como quedó visto, la Ordenanza demandada fue declarada nula por esta Corporación, por considerarse violatoria de los artículos 1o., ordinal 4. y 6o. de la Ley 14 de 1969 y la norma de rango constitucional que se impone aplicar no ha hecho desaparecer aquella ley de la vida jurídica, sino que el Constituyente Primario ha saneado, por vía general y abstracta, los vicios en que hubieren podido incurrir los actos de creación de municipios anteriores al 31 de diciembre de 1990, entre los cuales se encuentra el de creación del Municipio de Murillo, por estimar, muy seguramente, conveniente su existencia.

Es decir, frente al caso controvertido no procede afirmarse que el acto demandado no haya quebrantado la ley, pues es indiscutible la existencia del fallo que así lo declara, sino que, en primer término, las violaciones en que se incurrió por parte del mismo fueron subsanadas con posterioridad a la sentencia en virtud de la tan citada norma constitucional y, en segundo lugar, por efecto de tal validación la justicia administrativa ha perdido jurisdicción sobre el acto objeto del proceso y, por consiguiente, ha de predicarse la imposibilidad de continuar con su trámite.

En este mismo orden de ideas se tiene que al haber perdido jurisdicción esta Corporación para seguir conociendo del proceso deberá decretar su terminación y declararse inhibida para pronunciarse sobre el recurso extraordinario de súplica interpuesto.

En razón de las anteriores consideraciones, la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE :

Primero. Dar por terminado el proceso de la referencia.

Segundo. Como consecuencia de lo anterior, declárase inhibido para conceder el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 12 de diciembre de 1988.

Tercero. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA/ IFI-Facultades/ **PROMOATLANTICO-**Naturaleza jurídica/ **VENTA DE ACCIONES/ DERECHO DE PREFERENCIA**

El IFI es una sociedad de economía mixta del orden nacional y está facultado para crear sociedades de economía mixta dado que se le permite que pueda suscribir acciones hasta el 51% de su capital en sociedades con cierto tipo de objeto. Por tal razón, al estar Promoatlántico conformado su capital con aportes estatales y de capital privado, tenía derecho éste a que se le reconociera el derecho de preferencia en la negociación de acciones particulares.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1095. Actor: Promotora de Proyectos de Inversión del Atlántico S.A. " Promoatlántico ".

La sociedad Promotora de Proyectos de Inversión del Atlántico S.A. "PROMOATLANTICO" S.A., por medio de procurador judicial, ha ocurrido ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., para que previos los trámites del procedimiento ordinario se hagan mediante sentencia las siguientes declaraciones:

I. PETITUM

1o. Se declara la nulidad de la Resolución BQ-AN-000011 de 22 de Febrero de 1988, expedida por la Jefe Seccional de la Superintendencia de Sociedades de la ciudad de Barranquilla; de la Resolución AN-BQ-09186 de 26 de Julio de 1988, expedida por la Superintendencia de Sociedades; de los Oficios Números BQ-AN-000050 de 20 de Enero de 1988 y BQ-AN-0000146 de 22 de Febrero de 1988,

expedidos por la Jefe de la Oficina Seccional de la Superintendencia de Sociedades de la ciudad de Barranquilla.

2o. Que a manera de restablecimiento del derecho se ordene elevar a Escritura Pública la reforma estatutaria hecha por la Asamblea General de Accionistas de la sociedad, en su reunión de 29 de Marzo de 1988.

II. CAUSA PETENDI

II.1. Hechos:

Pueden resumirse así:

II.1.1. Mediante la Escritura Pública Número 1.120 de 5 de Octubre de 1987 de la Notaría 6a. de Barranquilla se constituyó la sociedad comercial PROMOTORA DE PROYECTOS DE INVERSION DEL ATLANTICO S.A. " PROMOATLANTICO S.A. ".

II.1.2. A la constitución de la mencionada sociedad concurrió, junto con inversionistas privados de la ciudad de Barranquilla, el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, sin que mediara norma expresa del Congreso de la República o del Gobierno Nacional que lo autorizara para la creación de la mencionada sociedad.

II.1.3. Como consecuencia de lo anterior y no obstante la participación del ente público mencionado, la sociedad en referencia se constituyó como una entidad de carácter privado.

II.1.4. Por tratarse de una sociedad sometida a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades, se solicitó el permiso de funcionamiento, el cual fue concedido por la mencionada entidad pública mediante Resolución 405 de 13 de Octubre de 1987.

II.1.5. El 9 de Noviembre de 1987 la Asamblea General de Accionistas de la sociedad aprobó una reforma de varios artículos de los estatutos sociales, entre los cuales se encuentra el 45, que tiene el siguiente texto:

" Artículo 45. NEGOCIACION DE ACCIONES. Las acciones serán libremente negociables por parte de sus titulares ".

II.1.6. La Jefatura Seccional de la Superintendencia de Sociedades de Barranquilla mediante Oficio Número BQ-AN-000050 de 20 de Enero de 1988 le comunicó a PROMOATLANTICO S.A., que no se accedía a autorizar la reforma y mediante Resolución BQ-AN-000011 de 22 de Febrero de 1988 consideró que la decisión adoptada por la Asamblea General de Accionistas, relacionada con la libre negociabilidad de las acciones por sus titulares, no se ajustaba a derecho por la razón de que " PROMOATLANTICO S.A. ", según el concepto de la Superintendencia, es una sociedad de economía mixta por participar en su capital el Instituto de Fomento Industrial -IFI-.

II.1.7. Contra la mencionada providencia la sociedad interpuso el recurso de reposición en escrito de 14 de Abril de 1988.

II.1.8. El 22 de Febrero de 1988 la Superintendencia comunicó a la sociedad, con el Oficio Número BQ-AN-000146, que la consideraba como una sociedad de economía mixta y condicionó el otorgamiento del permiso definitivo de funcionamiento a que los estatutos se adecuaran a las normas que reglamentan dichas personas jurídicas.

II.1.9. Mediante Resolución AN-BQ-09186 de 26 de Julio de 1988 la Superintendencia de Sociedades negó el recurso interpuesto y así quedó agotada la vía gubernativa. Esta Resolución fue notificada al representante legal de la sociedad el día 5 de Septiembre de 1988.

II.2. Fundamentos de Derecho

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 32, 76 numerales 10o. y 11 y 79 de la Constitución Nacional, 21 del Decreto Ley 130 de 1976, 8o. del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 462 del Código de Comercio.

Para sustentar la violación arguyó, en resumen, lo siguiente:

La vigilancia administrativa que por mandato legal desarrolla la Superintendencia de Sociedades en los organismos de carácter privado se efectúa en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 32 de la Carta; el mandato legal establece los límites de la competencia de los organismos estatales en esta labor de intervención, de dirección y de vigilancia. Por ello, cualquier extralimitación de los organismos encargados por la ley de la vigilancia de las sociedades, significa la violación de la ley que reglamenta tal vigilancia y del artículo 32 en mención.

Los actos administrativos acusados al negar a la sociedad la posibilidad de reformar sus estatutos violaron la norma constitucional por abuso de poder en en el ejercicio de sus atribuciones legales.

De la lectura de los artículos 76 numerales 10o. y 11, 79 numeral 2o, 21 del Decreto-Ley 130 de 1976, 8o. del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 462 del Código de Comercio se desprende que, como lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia, la constitución de las sociedades de economía mixta requiere autorización legal, por lo cual es fácil concluir que las sociedades que nacen con aportes estatales, pero sin la autorización de una ley, no pueden considerarse como sociedades de economía mixta.

Los artículos 29 del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 21 del Decreto-Ley 130 de 1976, que facultaban al Gobierno Nacional para que mediante Decretos autorizara a las entidades públicas para constituir asociaciones de economía mixta fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia, por considerar ésta que es competencia del Congreso de la República la creación o autorización para constituir sociedades de economía mixta.

La doctrina de los expositores colombianos es unánime al decir que se requiere autorización legal para la creación de las sociedades de economía mixta y sólo en virtud de tal facultad adquieren esa categoría.

Alvaro Tafur Gálvis en su obra : Las Entidades Descentralizadas ", expone lo siguiente:

> "...Creación o autorización legal. Al igual que respecto de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales, en nuestro regimen jurídico se encuentra la previsión de que la creación de las sociedades de economía mixta está sujeta a la voluntad legal. Sólo mediante ley o acto a ella equivalente puede darse a la vida jurídica una sociedad de este tipo. Ahora bien, la manifestación de creación o participación económica estatal no basta; es necesario que en su fundamento también exista un contrato social en que se plasmen las condiciones de participación económica del estado y de los accionistas privados..."

El profesor Gabino Pinzón en su Tratado de " Sociedades Comerciales ", afirma:

> " La intervención de los distintos socios ha de sujetarse, desde luego, a las normas constitucionales y legales que rigen para las personas de derecho público, puesto que en la Constitución Nacional está previsto, como regla general y respecto de la Nación, que corresponda al Congreso, mediante leyes, " expedir los estatutos básicos de las...sociedades de economía mixta..."

III. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el del procedimiento ordinario en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

En el auto admisorio de la demanda se negó la suspensión provisional de los actos acusados que impetró la demandante en su libelo de demanda por considerar el Consejero conductor del proceso que no era evidente o manifiesta la violación alegada.

III.1. Contestación de la Demanda.

La parte demandada: La Nación, se hizo parte en el proceso por medio de la Superintendencia de Sociedades, la cual se constituyó como tal y contestó la demanda por medio de apoderado, escrito en el cual esgrimió, en esencia, las siguientes razones de defensa:

La función de inspección y vigilancia que ejerce la Superintendencia de Sociedades, con miras a que las compañías sujetas a la misma se ajusten a la ley y a sus propios estatutos, es un desarrollo de la norma contenida en el numeral 15 del

artículo 120 de la Constitución Nacional, en virtud de la cual corresponde al Presidente de la República ejercer la inspección necesaria sobre las sociedades, conforme a las leyes.

Debe, por lo tanto, la Superintendencia velar inicialmente porque el contrato que da orígen a la sociedad reuna los requisitos para su existencia y carezca de vicios que puedan afectar su validez y como paso siguiente y necesario debe cuidar porque los estatutos se ajusten en un todo a las prescripciones legales pertinentes, *so pena* de no otorgar a la sociedad el permiso de funcionamiento.

Cuando la Superintendencia se abstuvo de autorizar a la sociedad para que solemnizara la reforma del artículo 45 de sus estatutos sociales en los actos acusados y le ordenó modificar algunas cláusulas de los referidos estatutos por considerar que no estaban acordes con algunas disposiciones legales aplicables a las sociedades de economía mixta, no le estaba atribuyendo a " PROMOATLANTICO S.A. ", una categoría jurídica especial, como lo afirma el apoderado de la parte actora, sino simplemente, consideró que en razón a la conformación de su capital la misma se ubicaba dentro del contexto de la definición legal de este tipo de sociedades y por ello debía conformarse a la normatividad legal vigente para éstas.

Lo que hace que una sociedad sea de economía mixta es solamente la asociación entre particulares y el Estado a través de algunas de sus entidades públicas y la aportación de dinero o bienes públicos o privados, no siendo la autorización legal determinante para la existencia de este tipo de sociedades, sino simplemente un requisito que debe cumplir el asociado público para tal asociación.

La sociedad Promotora de Proyectos de Inversión del Atlántico S.A. " PROMOATLANTICO S.A. " es una sociedad de economía mixta en razón a que en su capital social participa una entidad pública, como lo es el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, en concurrencia con algunos particulares.

A la Superintendencia de Sociedades le corresponde, verificar en las sociedades sometidas a su inspección y vigilancia, que el acto constitutivo de las mismas se halle ceñido a la ley. Debe, en relación con las sociedades de economía mixta sujetas a dicha inspección, establecer que para su conformación se haya contado con la autorización legal anotada, lo cual confrontó en el caso de la sociedad demandante, pues el IFI, de acuerdo con las disposiciones legales que lo rigen (Decretos 1157 de 1940 y 166 de 1969), tiene como objeto " promover la fundación de empresas que se dediquen a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales que la iniciativa y el capital particulares no hayan podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente...". Esta, constituye una autorización general para que el IFI pueda asociarse con los particulares cuando el objeto de la sociedad así constituída sea el antes transcrito.

Con base en las anteriores consideraciones, solicita que esta Corporación desestime las pretensiones de la demanda.

III.2. Concepto Fiscal.

El señor Fiscal Primero de la Corporación después de hacer un extracto de los cargos de la demanda, se muestra partidario que no se acceda a las súplicas de la misma.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente asunto se contrae a que esta Corporación dilucide si la sociedad Promotora de Proyectos de inversión del Atlántico S.A. " PROMOATLANTICO S.A. " tiene la calidad de sociedad de economía mixta o de derecho privado.

Si lo primero, le asistió la razón a la Superintendencia de Sociedades al negar la autorización para la reforma del artículo 45 de los estatutos de dicha sociedad, como se hizo a través de los actos acusados, por no haberse reconocido el derecho de preferencia en la negociabilidad de acciones a la entidad pública accionista: el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, conforme lo estatuye el artículo 10 del Decreto-Ley 130 de 1976.

Si lo segundo, la razón la tendría la sociedad demandante en el sentido de que es una persona de derecho privado, dado que no se expidió ley que autorizara en forma expresa al IFI para constituir o participar en la constitución de dicha sociedad, por lo cual la Superintendencia de Sociedades al expedir los actos acusados, quebrantó los artículos 32, 76 numerales 10o. y 11, 79 numeral 2o. de la Constitución de 1886, 21 del Decreto-Ley 130 de 1976, 8o. del Decreto-Ley 1050 de 1968 y 462 del Código de Comercio. Como consecuencia de ello, la reforma prevista al artículo 45 de los estatutos, que consagra la libre negociación de acciones por parte de sus titulares, estaría ajustada a derecho, particularmente al artículo 403 del Código de Comercio.

En orden a decidir la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

IV.1. Según el ordinal 10o. del artículo 76 de la Constitución de 1886 era atribución del Congreso expedir los estatutos básicos de las sociedades de economía mixta. La nueva Carta en su artículo 150 numeral 7o. en una forma más técnica y jurídica consagra como atribución del Congreso la de crear o autorizar la constitución de las sociedades de economía mixta.

IV.2. En la reforma administrativa de 1968 se expidió el Decreto-Ley 1050 del mismo año, el cual señaló tres clases de entidades descentralizadas por servicios: los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta. A estas últimas, en el artículo 8o. se les definió así:

> "...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.

El grado de tutela y, en general, las condiciones de la participación del Estado en esta clase de sociedades *se determinan en la ley que las crea o autoriza* y en el respectivo contrato social ". (Las subrayas son de la Sala).

IV.3. El artículo 4o. del Decreto-Ley 3130 de 1968 o Estatuto Orgánico de las Entidades Descentralizadas, de la misma Reforma, estableció lo siguiente:

" De las Entidades Descentralizadas. *Las personas jurídicas en las cuales participe la nación y entidades descentralizadas* territorialmente o *por servicios, asociadas entre* ellas o *con particulares cuando para tal efecto estuvieren debidamente autorizadas, serán clasificadas en el acto de su constitución dentro de las categorías que establece el decreto 1050 de 1968,* y en dicho acto también se precisará su pertenencia al orden nacional, departamental o municipal..." (Las subrayas son de la Sala).

IV.4. El Decreto-Ley 130 de 1976 " por el cual se dictan normas sobre sociedades de economía mixta ", estableció en su artículo 21 lo siguiente:

"*...las entidades públicas sólo podrán constituir las Asociaciones o Sociedades a que se refiere el presente Decreto* -las sociedades de economía mixta, anota la Sala- 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 " (Las subrayas son de la Sala).

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de Octubre de 1986, expediente 1472, al declarar inexequible la frase " o el Gobierno Nacional ", dijo lo siguiente:

"... La segunda norma en cambio, contraría abiertamente la Carta Política, toda vez que a través de ella, el Ejecutivo se faculta así mismo de manera permanente para ejercer una función que según los ordinales 9o. y 10 del artículo 76 C.N., es propia del Congreso y no del Ejecutivo. A lo cual se suma la ausencia de facultades en la ley de autorizaciones para proceder así.

Como acertadamente lo recuerda el demandante, aún el propio Gobierno requiere autorización o aprobación del Congreso (art. 76, ordinales 11 y 16), para celebrar contratos o convenios con particulares, compañías o entidades públicas, en las cuales tenga interés la Nación, y de los contratos que celebre para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, (con arreglo a las leyes) debe darse cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias, según perentorio mandato del artículo 120, ordinal 13, de la Constitución.

Al respecto ya dijo la Corte en sentencia de 3 de febrero de 1983, al examinar la constitucionalidad del artículo 29 del Decreto número 1050 de 1968:

" (...) pues si el propio Presidente de la República ha de estar sujeto a autorizaciones y aprobaciones del Congreso para la celebración de contratos,

como lo exigen los artículos 76-16 y 120-13 de la Carta, lo que significa que carece de tal atribución de manera autónoma, mal puede él, ni el Gobierno que dirige, dar tal autorización a las entidades a las cuales se refiere el artículo 29 del Decreto 1050 de 1968, puesto que, como lo predica un antiguo aforismo, nadie da de lo que no tiene. De donde tal disposición resulta inconstitucional".

Como se deduce de los ordinales 9o. y 10 del artículo 120, la creación de entidades descentralizadas -como es el caso de las sociedades de economía mixta- implica gastos en la estructura de la administración nacional, de la cual forma parte, y su determinación -según la Carta- no depende del Gobierno sino del Congreso, por medio de leyes. Para que pudiera obrar al respecto el Ejecutivo, requeriría de facultades extraordinarias (art. 76, ord. 12) y es claro que por medio de la Ley 28 de 1974 tales facultades no se confirieron.

Finalmente, obsérvase que el artículo 8o. del Decreto número 1050 de 1968, para cuya reforma no estaba facultado el Ejecutivo por la Ley 28 de 1974, definió a las sociedades de economía mixta como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, en modo alguno por el Gobierno Nacional.

Resulta, por tanto, que en cuanto la norma acusada permitió a las entidades públicas la constitución de sociedades o asociaciones de economía mixta con autorización del Gobierno Nacional, excedió las facultades otorgadas e invadió los predios constitucionales del Congreso, violando así los artículos 55 y 118-8 de la Carta..." (Las subrayas son de la Sala).

IV.5. El artículo 462 del Código de Comercio, por su parte, dispone:

" *En el acto de constitución de toda sociedad de economía mixta se señalarán las condiciones que para la participación del Estado contenga la disposición que autorice su creación;* el carácter nacional, departamental o municipal de la sociedad; así como su vinculación a los distintos organismos administrativos, para efectos de la tutela que debe ejercerse sobre las mismas " (Las subrayas son de la Sala).

IV.6. El artículo 1o. del Decreto 166 de 1969 establece que el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, es una sociedad de economía mixta, del orden nacional, vinculada al Ministerio de Desarrollo Económico y dedicada al desarrollo industrial, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Ley 16 de 1963.

Los artículos 30 y 31 del Decreto-Ley 1157 de 1940 señalan al mencionado instituto, entre otras funciones, las de: promover la fundación de empresas que se dediquen a la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales que la iniciativa y el capital particulares no hayan podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente; y *suscribir hasta el 51% del capital de las empresas antes enunciadas.*

Según la Ley 16 de 1963 el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, puede realizar todas las operaciones de las corporaciones financieras y goza de las ventajas establecidas para éstas en el Decreto Extraordinario 2369 de 1960 (artículo 1o), así como las de organizar, promover o financiar una industria, en cuyo caso, deberá invitar a todas las personas domiciliadas en el departamento donde vaya a establecerse la industria a que inviertan sus ahorros en acciones de la misma (artículo 11).

Según el artículo 1o. del Decreto 2369 de 1960, el mismo instituto puede promover la creación, reorganización y transformación de empresas, *participar en el capital de ellas* o gestionar la participación de terceros y otorgarles créditos.

De las normas antes enunciadas se desprende que el Instituto de Fomento Industrial -IFI-, si está facultado por la ley para crear sociedades de economía mixta dado que se le permite que pueda suscribir acciones hasta el 51% de su capital en sociedades que tengan por objeto " la explotación de industrias básicas y de primera transformación de materias primas nacionales que la iniciativa y el capital particulares no hayan podido por sí solos desarrollar satisfactoriamente ". De ahí, pues, que la expresada entidad pública actuó conforme a la ley cuando suscribió y pagó 420.000 acciones en la constitución de la sociedad Promotora de Proyectos de Inversión del Atlántico S.A. " PROMOATLANTICO S.A.", en concurrencia con particulares.

Por tal razón, la sociedad demandante, al estar conformado su capital con aportes estatales y de capital privado, tiene la calidad de sociedad de economía mixta y al figurar el Instituto de Fomento Industrial -IFI- como accionista, tenía derecho éste a que se le reconociera el derecho de preferencia en la negociación de acciones particulares que le otorga el artículo 10 del Decreto-Ley 130 de 1976.

Se colige, de las consideraciones expuestas, que los actos acusados están conforme a derecho cuando le exigen a la sociedad demandante que sus estatutos se ajusten a las prescripciones del Decreto-Ley 130 de 1976 y del Código de Comercio, en las normas referentes a las sociedades de economía mixta.

Deben pues, despacharse desfavorablemente las pretensiones de la demanda.

Por último, se decidirá no reconocerle personería a la doctora MARITZA HIDALGO ANIBAL, dado que el Ministerio de Desarrollo Económico, que le confirió poder, no está legitimado por pasiva, ni puede figurar como tercero por carecer de interés directo en las resultas del proceso (artículo 146 del C.C.A.), y por tener carácter privado la acción de restablecimiento del derecho incoada.

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,

F A L L A :

1o. No se accede a las súplicas de la demanda.

2o. Condénase en costas a la sociedad demandante. Tásense por Secretaría.

3o. No se le reconoce personería a la doctora MARITZA HIDALGO ANIBAL, en calidad de apoderada especial del Ministerio de Desarrollo Económico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 14 de Agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

LOTERIA DE LOS TERRITORIOS NACIONALES/ INTENDENCIA/ COMISARIA/ COMPETENCIA

El reglamento cambió el titular del derecho de realizar los sorteos anuales previstos en la ley, pues mientras ésta se le otorgó a la Lotería de los Territorios Nacionales, aquél se lo confirmó a cada una de las Intendencias y Comisarías. Si la Lotería de los Territorios Nacionales es una entidad pública diferente de las Intendencias y de las Comisarías, los derechos que se le reconozcan a aquélla, no se le pueden otorgar a las expresadas entidades territoriales.
DECLARA LA NULIDAD DEL DECRETO No. 0574 de 1990 (marzo 12), "por el cual se reglamenta el artículo 11 de la L. 22/85 ", expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1483. Actor: Jesús María Carrillo Ballesteros. Nulidad contra el Decreto Reglamentario 0574 de 12 de Marzo de 1990, expedido por el Gobierno Nacional.

El ciudadano JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS, ha ocurrido ante esta Jurisdicción, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., para que, previos los trámites del procedimiento ordinario, se declare, mediante sentencia, la nulidad del Decreto Reglamentario 0574 de 12 de Marzo de 1990 " por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 ", expedido por el Gobierno Nacional.

I. CAUSA PETENDI

1.1. Hechos:

En esencia, son los siguientes:

1.1.1. La Ley 22 de 1985 " por la cual se dictan normas sobre el régimen administrativo de las intendencias y comisarías...y se dictan otras disposiciones ", estatuyó en su artículo 11:

> " La lotería de los territorios nacionales, tendrá dos (2) sorteos anuales, con premios en dinero, cuyo producto se destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las intendencias y comisarías ".

1.1.2. El artículo 16 de la misma norma dispuso que tal ley rige desde su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

1.1.3. El Gobierno Nacional, a pesar de la claridad de la norma y pretendiendo reglamentarla, expidió el Decreto 0574 de 12 de Marzo de 1990, el cual estableció en su artículo 1o.:

> " El derecho de realizar dos (2) sorteos anuales, con premios en dinero, de que trata el artículo 11 de la Ley 22 de 1985, corresponde a cada una de Intendencias y Comisarías, cuyos derechos son administrados por la Lotería de los Territorios Nacionales conforme a lo previsto en el Decreto 766 de 1964 ".

1.2. Fundamentos de Derecho.

Se señalan por el actor como violados los artículos 30, 31 y 32 de la Constitución Nacional, 25 del Código Civil y la Ley 22 de 1985.

Para fundamentar la violación se expresó así:

1.2.1. Si se confronta el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional y la Ley 22 de 1985 se deduce que el Decreto 0574 de 12 de Marzo de 1990 es ilegal por usurpar la competencia exclusiva de la ley, al atribuir derechos, consistentes en conceder dos (2) sorteos anuales, que fueron limitados expresamente por el legislador, y por cuanto cambió el sujeto de tales derechos, trasladándolo de la Lotería de los Territorios Nacionales a todas y cada una de las Intendencias y Comisarías que tocan con la susodicha lotería.

1.2.2. Se da igualmente tan ostensible violación de la ley al ampliarse la atribución de un derecho restringido, a sujeto diferente del establecido por el legislador, tanto como cuando a pesar de la previsión contenida en el Código Civil acerca de que los reglamentos no pueden contener reglas y la del artículo 25 ibídem de que la interpretación con autoridad, de manera general sólo corresponde al legislador y sin embargo se procede en contravía.

1.2.3. La violación del artículo 16 de la Ley 22 de 1985 se da por cuanto aquél deroga todas las normas que le sean contrarias y el ejecutivo acudió aparentemente al Decreto 766 de 1964.

1.2.4. El acto demandado es ilegal por exceso en la potestad reglamentaria por cuanto la Lotería de los Territorios Nacionales sólo tiene derecho a promocionar dos (2) sorteos anuales, careciendo de legitimidad para efectuar los demás sorteos, como ha pretendido establecerlo el Decreto acusado.

II. TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas : admisión de la demanda, fijación en lista, alegaciones y concepto fiscal.

Como el demandante en su libelo de demanda solicitó la suspensión provisional, la Sala mediante auto de 5 de Julio de 1990 la decretó arguyendo que sin mayor esfuerzo de intelección se percibe que mientras el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 prevé que " La lotería de los territorios nacionales, tendrá dos (2) sorteos anuales..." el Decreto 0574 de 1990, por su parte, introduce elementos no contemplados en ese texto pues otorga a cada una de las Intendencias y Comisarías el derecho de realizar dos (2) sorteos anuales. Es decir, que los sorteos que se establecen en la Ley 22 de 1985 debe efectuarlos la Lotería de los Territorios Nacionales y el Decreto 0574 de 1990 los amplió en el sentido de dárselos también a cada una de las Intendencias y Comisarías.

Notificado el auto admisorio de la demanda al señor Jefe del Departamento Administrativo de Intendencias y Comisarías, éste, por medio de apoderado, interpuso recurso de reposición, oportunamente, en cuanto en dicho proveído se decretó la medida precautoria, arguyendo, en resumen, lo siguiente:

La Lotería de los Territorios Nacionales como persona jurídica autónoma, no tiene en sí misma derecho de realizar sorteos de lotería, sino que se limita a administrar los derechos de las Intendencias y Comisarías, por lo que fue definida como una sociedad entre entidades públicas.

El artículo 11 de la Ley 22 de 1985, dispuso que " La Lotería de los Territorios Nacionales tendrá dos sorteos anuales con premios en dinero, cuyo producto se destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las Intendencias y Comisarías ".

Como consecuencia de tal disposición la Lotería de los Territorios Nacionales administraría en adelante los derechos de explotar comercialmente el juego de lotería, a través de Sorteos Extraordinarios de cada una de las Intendencias y Comisarías.

La Sala decidió el recurso manteniendo en firme el decreto de suspensión provisional, arguyendo que lo que hizo el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 al disponer que la Lotería de los Territorios Nacionales tendrá dos sorteos anuales, fue aumentar de uno a dos los que debe realizar dicha lotería y no cada una de las Intendencias y Comisarías, que debe observarse que la mencionada Lotería agrupa a las de las Intendencias y Comisarías y de allí que a cada una de éstas se les reserva un número de billetes dentro de la numeración de billetes del sorteo que debe realizar la primera.

En la etapa de alegatos se hizo parte la entidad demandada: la Nación - Ministerio de Salud-, y por medio de apoderado manifestó lo siguiente:

Existió una clara violación del artículo 120 numeral 3 de la Constitución Política, toda vez que el Decreto 0574 de marzo 12 de 1990 desbordó las facultades atribuidas al Presidente de la República, al autorizar un número de sorteos mayor a los previstos por la Ley 22 de 1985.

La norma acusada multiplicó la posibilidad de realización de los sorteos, estableciendo un número mayor a aquél previsto en la Ley 22 de 1985, ya que autoriza la celebración de dos (2) sorteos anuales por cada intendencia y cada Comisaría, y no unicamente dos (2) anuales por parte de la Lotería de los Territorios Nacionales, como lo fija la Ley.

II.1. Concepto Fiscal.

La señora Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo se muestra partidaria que se denieguen las peticiones de la demanda y consecuentemente que se revoque la suspensión provisional decretada por la Sala.

Para ello razona, en síntesis, de la siguiente manera:

El Decreto 766 de 1964 creó loterías para cada una de las Intendencias y Comisarias, de un sorteo anual, y dispuso el funcionamiento conjunto de dichas loterías bajo el nombre de " Loterías de los Territorios Nacionales ".

Al decir el artículo 1o. del mencionado Decreto que se crean las loterías para cada una de las Intendencias y Comisarías " las cuales tendrán un solo sorteo anual ", es lógico entender que se autorizan sendos sorteos, aunque con un denominador común (Lotería de los Territorios Nacionales), con idéntica finalidad (para los servicios de asistencia pública en aquéllas), con funcionamiento y administración conjunta, con domicilio en la ciudad de Bogotá y libres de impuestos intendencias o comisarías y municipales dentro de los respectivos territorios.

Creadas como fueron las loterías de las Intendencias y Comisarías, con sendos sorteos, como " Lotería de los Territorios Nacionales " vino luego la Ley 22 de 1985 a autorizar dos sorteos anuales, lo cual quiere decir, simplemente, que se duplicó el número de sorteos, para cada una de las loterías establecidas.

Tiene, entonces, amplia base legal el acto acusado y no rebasa la potestad reglamentaria, ni quebranta los mandamientos constitucionales traídos en la demanda, sino que, por el contrario, se ajusta, rigurosamente, a los antecedentes normativos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como bien lo expresó esta Sala en auto de 5 de Julio de 1990, y lo reiteró en auto de 27 de Septiembre del mismo año, que confirmó el proveído antes mencionado, al confrontar directamente el tenor literal del artículo 11 de la Ley 22 de 1985 con el artículo 1o. del Decreto Reglamentario Número 0574 de 1990, aparece de bulto su manifiesta discordancia, pues mientras el precepto legal establece que " *la lotería de los territorios nacionales, tendrá dos (2) sorteos anuales,* con premios en dinero, cuyo producto se destinará exclusivamente a los servicios de asistencia pública de las intendencias y comisarías ", la norma reglamentaria, por su parte, reconoce que *el derecho de realizar dos (2) sorteos anuales,* con premios en dinero, *le corresponde a cada una de las Intendencias y Comisarías.*

No se requiere esfuerzo mental alguno para determinar que el reglamento cambió el titular del derecho de realizar dos (2) sorteos anuales previsto en la ley, pues mientras ésta se lo otorgó a la Lotería de los Territorios Nacionales, aquél se lo confirió a cada una de las Intendencias y Comisarías (hoy tienen el carácter de Departamentos, por mandato del artículo 309 de la Carta).

Cabe tener en cuenta que la Lotería de los Territorios Nacionales y las Intendencias y Comisarías son personas jurídicas diferentes. A las dos últimas entidades territoriales les reconoció dicha calidad el artículo 1o. de la Ley 2a. de 1943, mientras que la primera surgió como tal por mandato del artículo 1o. del Decreto-Ley 766 de 1964, el cual creó loterías en cada una de las Intendencias y Comisarías, pero previó que estas loterías funcionarían conjuntamente bajo el nombre de " Lotería de los Territorios Nacionales ".

Si, como se ha visto, la Lotería de los Territorios Nacionales es una entidad pública diferente de las Intendencias y de las Comisarías, los derechos que se le reconozcan a aquélla, como el que se le reconoció en el artículo 11 de la Ley 22 de 1985, no se le pueden otorgar a las expresadas entidades territoriales, pues de tal manera se contraría el referido precepto legal, como en efecto sucedió en el caso *sub-examine.*

Por lo anterior, estima la Sala, que el Decreto Reglamentario acusado desbordó o excedió la ley que reglamenta, y así desatendió lo dispuesto en el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución de 1886 (artículo 189 ordinal 11 de la actual).

Es la consideración precedente, una razón potísima para que se acceda a las súplicas de la demanda.

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

F A L L A :

Se declara la nulidad del Decreto número 0574 de 12 de Marzo de 1990 " por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 ", expedido por el Gobierno Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de Agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLINAL/ COMPETENCIA/ SALARIO-Descuentos

El Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, carece de competencia para imponer las deducciones a que se refiere el inciso 2 del art. 7 de la resolución acusada para efectos de cubrir los costos de la administración, ya que dicho emolumento no está taxativamente comprendido dentro de las normas que autorizan deducciones al salario, ni mucho menos tiene esa competencia para gravar libranzas o autorizaciones otorgadas por los cooperados para con el descuento autorizado, cubrir obligaciones contraídas con las cooperativas, asociaciones o centros sociales de los cuales forman parte.
DECLARASE LA NULIDAD del inciso 2 del art. 7 de la Resolución 2758/88 (julio 12), expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1688. Actor: Asociación Colombiana de Policia en retiro " Acopore ". Acción de nulidad contra el inciso 2o. del artículo 7o. de la Resolución No. 2758 de fecha 12 de julio de 1988, expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

La Asociación Colombiana de Policía en Retiro -ACOPORE-, a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó de esta Corporación la declaratoria de nulidad de la resolución de la referencia en su parte pertinente, en la cual se dispone:

" Artículo 7o...Para efectos de cubrir los costos de administración, a las asociaciones o cooperativas del personal retirado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares y a los centros sociales vinculados a estas instituciones les será deducido el uno por ciento (1%) del valor descontado mensualmente, por concepto de créditos y prestación de servicio; y el 2% (dos por ciento) a las entidades particulares que no tengan vinculación directa con la entidad, la Policía Nacional y las Fuerzas Militares ".

I. DISPOSICIONES VIOLADAS

Considera el actor que con la resolución acusada, se violaron los artículos 16, 20 y 30 de la Constitución Política de 1886; artículos 5o. y 18 del Decreto 1774 de 2 de julio de 1985, por incompetencia, falsa motivación, desviación de poder, ilegalidad relativa del objeto y de los motivos y violación de la ley, por cuanto hubo extralimitación en las funciones que le corresponden al Director General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, pues éste no está autorizado para imponer gravámenes ni cobrar servicios a las entidades vinculadas al Ministerio de Defensa. Que, además, el crear dichos gravámenes sobre el patrimonio de los afiliados a la Caja desconoce los derechos adquiridos con justo título como son los sueldos de retiro y finalmente, dentro de las funciones que fija el Decreto citado al Director de la Caja está la contenida en el artículo 5o. literal c., cual es la de pagar oportunamente las asignaciones de retiro y la prevista en el artículo 18 ibídem que autoriza descuentos pero por obligaciones contraídas con el Ministerio de Defensa u organismos adscritos al mismo.

II. ACTUACION

Mediante providencia de fecha 30 de marzo de 1989 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional por considerarse que tal medida no fue solicitada y sustentada de modo expreso en la demanda.

La Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que los artículos 4o. y 18 literal a. y p. del decreto 1774 de 1985, facultan al Director General de la Caja para deducir el porcentaje indicado en la resolución acusada y que por lo demás, dicho porcentaje no es un costo por servir el pago de la asignación de retiro sino por concepto de crédito y/o prestación de servicios.

III. CONCEPTO DE LA FISCALIA

El Fiscal Primero de la Corporación considera que deben acogerse las pretensiones del actor ya que los pagadores sólo están autorizados legalmente para hacer descuentos con destino a cuotas sindicales, aportes legales para la entidad de previsión a la cual están afiliados; pago de deudas y aportes a cooperativas, pago de deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las Cajas de Subsidio Familiar y sanciones pecuniarias impuestas con sujeción a los procedimientos establecidos, por lo que en este caso, el director de la Caja de

Sueldos de Retiro de la Policía Nacional no estaba autorizado para ordenar el descuento de que trata el acto acusado.

IV. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES :

1. Se controvierte en este proceso la legalidad del inciso 2o. del artículo 7o. de la Resolución No. 2758 de 12 de julio de 1988 expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, que impone a las asociaciones o cooperativas del personal retirado de la Policía Nacional y de las Fuerzas Militares, así como a las entidades particulares que no tengan vinculación directa con la entidad, la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, la obligación de pagar el 1% y 2% respectivamente del valor descontado mensualmente por concepto de créditos y prestación de servicios, PARA EFECTOS DE CUBRIR LOS COSTOS DE ADMINISTRACION (fl. 12).

2. Dicha resolución se fundamenta en los artículos 10 de la ley 4 de 1976, 85 del Decreto 1598/63; 94, literales c. y d. del Decreto 1848/69; 45 del Decreto 611 de 1977 y Acuerdo No. 23 del 23 de julio de 1984.

3. Observa la Sala que las citadas disposiciones hacen referencia a las CUOTAS DE AFILIACION que las empresas, entidades o patronos que satisfacen pensiones están obligadas a solicitar de las respectivas organizaciones de pensionados; a las DEDUCCIONES AL SALARIO permitidas por la ley y a la autorización que concede la Junta directiva de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional al Director General de dicha entidad para REGLAMENTAR LA ACEPTACION Y DESCUENTO DE LIBRANZAS Y OTROS DOCUMENTOS DE CREDITO por parte de la institución. (fl. 36).

4. De lo anterior se colige, que, efectivamente como lo hace notar la colaboradora Fiscal de la Corporación, el Director de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, carece de competencia para imponer las deducciones a que se refiere el inciso 2o. del artículo 7o. de la resolución acusada " PARA EFECTOS DE CUBRIR LOS COSTOS DE LA ADMINISTRACION ", ya que dicho emolumento no está taxativamente comprendido dentro de las normas que autorizan deducciones al salario, ni mucho menos tiene esa competencia para gravar libranzas o autorizaciones otorgadas por los cooperados para con el descuento autorizado, cubrir obligaciones contraídas con las cooperativas, asociaciones o centros sociales de los cuales forman parte.

De otro lado, si bien es cierto la resolución tiene como base, entre otras, la autorización dada por la Junta Directiva de la Entidad al Director de la misma, no es menos cierto que tal facultad se contrae a reglamentar la aceptación y descuento

de libranzas y otros documentos de crédito, materias estas sustancialmente diferentes a la referida en el inciso 2o. del artículo 7o. objeto de esta acción, ya que las deducciones por tales conceptos (libranzas y documentos de crédito) están previstas en el artículo 93 literal b. del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del Decreto 3135 de 1968, cuando exceptúa de los descuentos prohibidos LA AUTORIZACION POR ESCRITO QUE HAGA EL EMPLEADO OFICIAL, siempre que la deducción no afecte el salario mínimo legal, en donde necesariamente quedan comprendidos las deducciones o descuentos a que alude la autorización.

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,

F A L L A :

DECLARASE LA NULIDAD del inciso 2o. del artículo 7o. de la resolución No. 2758 de 12 de julio de 1988, expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Cópiese, notifíquese y archívese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

INTERVENCION DEL ESTADO/ REGISTRO DE COMERCIO

El Código de Comercio (art. 35) prevé un procedimiento de tipo mecánico para proteger el nombre comercial en toda la actividad mercantil y para tutelar los intereses del comerciante cuando ya ha sido inscrito y de los terceros en caso de homonimia; al paso que el D. 1997/88, incluida la norma impugnada, regula una materia concreta: la actividad económica financiera, con el propósito de salvaguardar el orden público económico y asegurar y proteger la confianza de las gentes en el sector financiero de la Nación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1326. Actor: Jorge Hernán Gil Echeverri. Decretos del Gobierno.

El Dr. JORGE HERNAN GIL ECHEVERRI en su calidad de ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción pública de nulidad, y en demanda presentada contra la Nación -MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO-, solicita del Consejo de Estado la NULIDAD PARCIAL del artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 1997 del 27 de septiembre de 1988, " Por el cual se reglamenta el Código de Comercio en materia de nombre comercial ".

I. EL ACTO ACUSADO

Es la parte " LAS CAMARAS DE COMERCIO " de la norma contenida en el artículo 3o. del Decreto 1997 de 1988, que dice:

" LAS CAMARAS DE COMERCIO y demás autoridades se abstendrán de registrar personas jurídicas diferentes a las señaladas en el artículo 1o. de este decreto que empleen en su nombre distintivos propios de las instituciones financieras o que indiquen genérica o especificamente el ejercicio de una actividad financiera ".

II. HECHOS DE LA DEMANDA

Los enuncia así el actor:

" 1. El Presidente de la República en uso de sus facultades legales, expidió el decreto 1997 de 1988.

" 2. El decreto 1997 dice reglamentar el Código de Comercio en materia del nombre comercial.

" 3. El artículo 3o. del decreto 1997 asigna a las CAMARAS DE COMERCIO un control sobre el nombre comercial.

" 4. El artículo 35 C.Co., consagra igualmente el control por parte de las CAMARAS DE COMERCIO, sobre el nombre comercial.

" 5. Lo previsto en el artículo 3 del decreto 1997 difiere sustancialmente de lo establecido en el artículo 35 C. Co.".

III. NORMAS VIOLADAS Y FUNDAMENTO DE LA VIOLACION

En el libelo se citan como normas violadas las contenidas en los artículos 50, 76 y 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional y 35 del Código de Comercio.

Considera el actor que al expedir la norma acusada, el Gobierno se excedió en " la facultad reglamentaria, invadiendo competencias del legislador haciendo extensivas situaciones no previstas en el artículo 35 del C. Co. ", norma especial y de aplicación restrictiva, mediante el cual a la Cámara de Comercio unicamente le compete verificar que el comerciante o el establecimiento de comercio que se pretende matricular, utiliza como nombre comercial el mismo que utiliza otro comerciante ya inscrito.

Insiste el libelista en que la facultad de protección al nombre comercial se circunscribe a una sencilla comparación de nombres sin que el ejecutivo pueda ampliar dicha órbita hasta el punto de exigirle un estudio pormenorizado de la costumbre mercantil o el agotamiento taxativo de los sustantivos y adjetivos que a su juicio, pueda indicar actividad financiera.

Finalmente, según criterio del actor, la disposición impugnada implica una negativa a prestar un servicio público registral que solamente puede establecer el legislador y no el ejecutivo.

IV. RAZONES DE LA DEFENSA

Tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público como el de Desarrollo Económico, a través de sus respectivos apoderados contestaron la demanda para oponerse a las pretensiones de la misma, exponiendo en síntesis los siguientes argumentos:

1o. Falla la demanda por inobservancia parcial de lo dispuesto en el artículo 137, numeral 4o. del Código Contencioso Administrativo, como quiera que a pesar de citar como normas violadas los artículos 50, 76 y 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional y 35 del Código de Comercio, solamente expresa el concepto de la violación respecto de las dos últimas normas citadas.

2o. El artículo 3o. del decreto 1997 de 1988 regula un supuesto diferente al previsto en el artículo 35 del Código de Comercio, pues mientras éste prohibe a las Cámaras de Comercio la inscripción simultánea de dos nombres iguales, cuando quiera que uno ha precedido al otro, hasta tanto el primero no sea cancelado por orden de autoridad competente, o a solicitud del comerciante ya inscrito; el Decreto en su artículo 3o., se refiere a la prohibición, a las Cámaras de Comercio, de registrar personas jurídicas diferentes a las entidades financieras debidamente autorizadas, incluidas las que se dedican al arrendamiento financiero o a la compra de cartera, cuando empleen en su nombre distintivos propios de estas entidades o que indiquen genérica o especificamente el ejercicio de una actividad financiera.

3o. El Decreto acusado en su intención de proteger la confianza del público, se orienta a lograr la cumplida ejecución de la previsión contemplada en el artículo 606 del Código de Comercio por el cual se prohibe utilizar como nombre mercantil una denominación que sea contraria a las buenas costumbres, o que pueda engañar a los terceros sobre la naturaleza de la actividad que se desarrolla con ese nombre.

4o. La materia cuya nulidad se pide se halla dentro de los asuntos que el Ejecutivo puede reglamentar, al tenor de lo dispuesto en los artículos 120 ordinales 3o. y 14, y 2035 del Código de Comercio.

V. CONCEPTO FISCAL

El señor Agente del Ministerio Público en su concepto de fondo se pronuncia en forma desfavorable en relación con las pretensiones del libelo después de considerar que la normatividad demandada encuentra respaldo en los artículos 606, 75, 585 y 586 del Código de Comercio, y se apoya en la facultad del Estado para intervenir en la economía, consagrada en el artículo 32 de la Constitución Nacional.

VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 32 de la Constitución Nacional, dejaba a cargo del Estado la dirección general de la economía, asignándole para tales efectos la facultad de intervenir, " por mandato de la ley, 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 logar el desarrollo integral".

Dentro del contexto anterior, y sometida desde luego a la citada cláusula general de intervención, se incluye la actividad mercantil y financiera por hallarse relacionada con aspectos propios de la coyuntura económica como son la producción, distribución, utilización y consumo de bienes.

En este orden de ideas la ley, concretamente el Código de Comercio, consagra varias disposiciones con el fin de salvaguardar el nombre comercial de las sociedades y de proteger a los empresarios y a los terceros que a través de ellas desarrollan y utilizan una actividad mercantil o financiera.

A manera de ejemplo, entre tales normas pueden citarse las siguientes:

" Artículo 35. Las Cámaras de Comercio se abstendrán de matricular a un comerciante o establecimiento de comercio con el mismo nombre de otro ya inscrito, mientras éste no sea cancelado por orden de autoridad competente o a solicitud de quien haya obtenido la matrícula.

"En los casos de homonimia de personas naturales podrá hacerse la inscripción siempre que con el nombre se utilice algún distintivo para evitar la confusión".

El artículo 75, según el cual constituyen competencia desleal, entre otros, " los medios o sistemas encaminadas a crear confusión con un competidor, sus establecimientos de comercio, sus productos o servicios " y aquellos " encauzados a obtener la desviación de la clientela siempre que sean contrarios a las costumbres mercantiles".

Y, el artículo 606, que dice:

" No podrá utilizarse como nombre comercial una denominación que sea contraria a las buenas costumbres o al orden público, o que pueda engañar a los terceros sobre la naturaleza de la actividad que se desarrolla con ese nombre ".

Ahora, conforme al acto acusado (art. 3o. del Decreto 1997 de 1988), el ejecutivo diciendo ejercer las facultades previstas en el artículo 120 numerales 13 y 14 de la Constitución Nacional, y en el artículo 2035 del Código de Comercio, dispone que " Las Cámaras de Comercio y demás autoridades se abstendrán de registrar personas jurídicas diferentes a las señaladas en el artículo 1o. de este Decreto que empleen en su nombre distintivos propios de las instrucciones financieras o que indiquen genérica o especificamente el ejercicio de una actividad financiera ".

Cuando la norma alude a las " personas jurídicas diferentes...", se está refiriendo a las " entidades que, debidamente autorizadas, tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro

privado, así como las sociedades dedicadas a la realización de operaciones de arrendamiento financiero o " leasing " o de compra de cartera o " factoring " sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades ".

En primer término debe reconocer la Sala legitimidad y competencia en el Ejecutivo para dictar la norma acusada, pues ella hace parte del Decreto 1997 de septiembre 27 de 1988 por el cual se reglamenta el Código de Comercio en materia de nombre comercial, facultado como se encontraba para ejercer la potestad reglamentaria (art. 120, num. 3o. de la C.N.), para intervenir en las actividades de personas naturales y jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado (art. 120, num. 14 de la C.N.), y para reglamentar las disposiciones del Código de Comercio globalmente o por títulos, capítulos, secciones o materias (artículo 2035 del Código de Comercio).

Es entonces atribución constitucional y reglamentaria del Estado intervenir en las actividades de las personas naturales o jurídicas que manejan, aprovechan e invierten profesionalmente y a través de las instituciones financieras los fondos provenientes del ahorro privado, con el fin de preservar el funcionamiento del sistema y proteger los intereses económicos de la sociedad que deposita su confianza en el sector.

La intervención en el proceso económico del país tiene su origen y fundamento en la facultad que la Constitución y la ley le confieren al Estado para ejercer efectivo control y vigilancia sobre la actividad financiera, a efecto de garantizar la seriedad, la seguridad y la estabilidad en el manejo de los dineros provenientes del ahorro privado, afectadas muchas veces por los quebrantos del sistema y la mala fe de algunos de sus gestores.

En la nueva Constitución se reafirma la citada política intervencionista cuando en el numeral d) del artículo 150 se le confiere al Congreso, entre otras, la función de " Regular las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquiera otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados al público ", y cuando en el artículo 189, ordinal 24, se otorga al Presidente de la República la facultad de " Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles ".

En segundo término, piensa la Sala que mediante el acto acusado, no se está reglamentando el artículo 35 del Código de Comercio, como equivocadamente cree el actor, sino, otras normas del mencionado estatuto, principalmente la contenida en su artículo 606.

En efecto:

Mediante el artículo 35 del Código se prohibe a las Cámaras de Comercio matricular a un comerciante o establecimiento de comercio, con el mismo nombre de otro ya inscrito; mientras que por el acto acusado la causa de la prohibición es el empleo en su nombre de distintivos propios de las instituciones financieras, por parte de personas jurídicas diferentes a las entidades que, debidamente autorizadas, tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos provenientes del ahorro privado, y de aquellas dedicadas a la realización de operaciones de arrendamiento financiero o de compra de cartera, sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades.

Se deduce de lo anterior que el artículo 35 prevé sobre todo un procedimiento de tipo mecánico para proteger el nombre comercial en toda la actividad mercantil y para tutelar los intereses del comerciante cuando ya ha sido inscrito y de los terceros en caso de homonimia; al paso que el Decreto 1997, incluída la norma impugnada, regula una materia concreta: la actividad económica financiera, con el propósito de salvaguardar el orden público económico y asegurar y proteger la confianza de las gentes en el sector financiero de la Nación.

Cuando a través de la norma acusada se ordena a las Cámaras de Comercio abstenerse de registrar personas jurídicas distintas de las instituciones financieras señaladas en el artículo 1o. del mismo decreto, que empleen en su nombre distintivos propios de ellas o que indiquen genérica o especificamente el ejercicio de una actividad financiera, el Decreto no hace otra cosa que procurar la cumplida ejecución de la previsión contemplada en el artículo 606 del Código de Comercio por el cual se prohibe utilizar como nombre comercial " una denominación que sea contraria a las buenas costumbres o al orden público, o que pueda engañar a los terceros sobre la naturaleza de la actividad que se desarrolla con ese nombre ".

De otro lado, la Sala no comparte la opinión del actor cuando considera que la medida impugnada implica una negativa a prestar un servicio público, el del registro, ya que de lo que se trata es de reglamentar en este aspecto el Código a través de las Cámaras de Comercio, instituciones que dicho sea de paso, resultan ser las más apropiadas para desarrollar la norma reglamentada, si en cuenta se tiene que entre sus funciones está, precisamente, la de llevar el registro mercantil (artículo 86, numeral 3o. del Código de Comercio).

Así las cosas, no advierte la Sala que con la expedición del acto acusado se hayan infringido los artículos 35 del Código de Comercio y 120, numeral 3o. de la Constitución Nacional, que para el caso de autos fijan a la Sala el marco de referencia dada la circunstancia de que sólo respecto a ellas se expresó el concepto de violación en la demanda.

Lo que sí, lamentablemente se observa en este proceso es una sistematica negativa por parte del actor a dar cumplimiento a lo establecido en el numeral 4o. del artículo 207 del Código Contencioso Administrativo y en el literal c) del auto admisorio de la demanda, proferido el 3 de noviembre de 1989, pues a pesar de habérsele negado una petición en tal sentido (auto de 22 de mayo de 1990) y de

haber sido requerido para el efecto (auto del 1o. de marzo de 1991), no ha depositado la suma que se le fijó para pagar los gastos ordinarios del proceso.

Aunque desafortunadamente el Código no prevé las consecuencias del incumplimiento del numeral 4o. del artículo 207, no cabe duda de que tal ordenamiento hace parte del procedimiento al cual están sometidas las partes en el juicio.

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, de acuerdo con el señor Fiscal,

F A L L A :

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 14 de agosto de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán M., Secretario.



CONTRAVENCION CAMBIARIA/ ACCION CONTRAVENCIONAL/ PRESCRIPCION/ ACTUACION ADMINISTRATIVA/ RECURSOS/ NOTIFICACION

Mal puede entenderse que fenómenos procesales como la notificación y la interposición de recursos tengan que ocurrir dentro del término de los cuatro años a que se refiere la L. 33/75 que así no lo contempla, como tampoco ninguna otra disposición especial que lo justifique legalmente. La notificación y la oportunidad para interponer los recursos no hacen parte del procedimiento administrativo con el que se pone fin a una actuación de esa naturaleza; aquélla es solamente el instrumento mediante el cual se da a conocer a los interesados y a los terceros que puedan resultar afectados, las decisiones que ponen término a una actuación administrativa; y éstos los medios que el derecho establece para que el administrado ponga en juego el control de legalidad en sede administrativa, lo que se conoce como vía gubernativa, la cual, agotada, deja en firme el acto, lo que es suficiente para que la administración pueda ejecutar de inmediato los actos necesarios para su cumplimiento.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1457. Actor: Inversiones en Bolsa S.C. y otros. Recurso de apelación contra la sentencia del 2 de noviembre de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la Nación -Superintendencia de Control de Cambios-, contra el fallo de la referencia, corregido por auto del 8 de

febrero de 1990 en razón de un error aritmético, por el cual se declaró la nulidad de las resoluciones números 00005 del 9 de enero de 1987 y 00262 del 26 de marzo del mismo año, ésta última confirmatoria de la anterior, proferidas por la Superintendencia de Control de Cambios, y se condenó a la Nación a restituir al señor Rafael Saravia Rivadeneira y a la Sociedad Inversiones en Bolsa S,C., Jorge Lewin F., Mónica Naranjo N., Rafael Saravia R. y Cía. Inverbolsa S.C. las sumas de $19.876.20 y $9.025.772.85, respectivamente, que habían sido consignadas en la Tesorería General de la Nación, el 7 de abril de 1987, por concepto de las multas a ellos impuestas por mencionada Superintendencia mediante la resolución primeramente citada, y a reconocer y pagar los correspondientes intereses de ley.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION IMPUGNADA

Aduce el Tribunal como fundamento de su decisión las premisas siguientes:

1. Se acreditó en el proceso que el auto de apertura de la investigación a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 33 de 1975 fue proferido el 14 de enero de 1983, fecha en que se interrumpió la prescripción de la acción contravencional pasra prinicipiar a correr de nuevo por el mismo término de cuatro (4) años, como se prevé en la mencionada ley.

2. Se halló demostrado que operó el fenómeno de la suspensión en virtud de la causal de recusación alegada por los investigados y prevista en el inciso final del artículo 30 del C.C.A., suspensión que se enmarcó entre el 15 y el 23 de diciembre de 1986.

3. La resolución No. 00262 del 26 de marzo de 1987 que desató el recurso de reposición se notificó el 2 de abril del mismo año.

De lo anterior, dice el *a-quo,* " se concluye con toda certeza que para esa fecha, -incluído el término de suspensión-, ya había operado el fenómeno de la prescripción de la acción contravencional, por lo cual procede la declaratoria de nulidad de los actos demandados ".

Sostiene que " Mientras el recurso en la vía gubernativa no se haya decidido en forma expresa o presunta, la imposición de la sanción contravencional está aún por definirse, *no ha culminado la actuación administrativa* que decida la situación jurídica del investigado..." (destaca esta Sala).

II. FUNDAMENTOS DE LA APELACION

Manifiesta la recurrente que el Tribunal confunde el procedimiento administrativo que culmina una actuación administrativa, con la vía gubernativa, lo que lo llevó a suponer que el término de que dispone la Superintendencia de Control de Cambios para proferir su decisión que culmina aquella actuación debe incluir la vía gubernativa, conclusión contraria a lo consagrado en el Código Contencioso Administrativo en donde claramente se diferencian los dos fenómenos

procesales aludidos, razón por la cual el término para pronunciarse en el primero es distinto al que corresponde al segundo.

En relación con el término para proferir la decisión producto del procedimiento administrativo cambiario, se tiene que la norma que regula tal aspecto (elemento temporal de la competencia) es la Ley 33 de 1975 que señala como término el de cuatro años desde la ocurrencia de los hechos, término que se interrumpe con el acto de apertura de la investigación, caso en el cual principiará a correr de nuevo por el mismo término de cuatro años, desde el día de tal interrupción, término que no cobija en manera alguna la vía gubernativa, que aparece a instancias del administrado investigado cuando ya hay una decisión; de ahí que el plazo para resolver la vía gubernativa es ajeno al término del procedimiento administrativo propiamente dicho.

Dado que el acto de apertura de investigación es del 14 de enero de 1983, la competencia de la Superintendencia de Control de Cambios para adoptar una decisión de fondo existía, dice el recurrente, hasta el 14 de enero de 1987, y como la resolución 00005 que impone las multas es del 9 de enero de 1987, ésta fue proferida dentro del término señalado por la Ley 33 de 1975, acorde con lo que se expone en la sustentación de la apelación.

Y puesta en marcha la vía gubernativa con la interposición del recurso de reposición, la Superintendencia lo resolvió con la Resolución No. 00262 del 26 de marzo de 1987 fecha hasta la cual no habían los demandantes acudido ante la jurisdicción contencioso administrativa que confirmó en todas sus partes la anterior, en término diferente al señalado para la expedición del acto sancionatorio.

Solicita que como corolario de lo anterior, se revoque en todas sus partes la sentencia de la referencia, incluída la providencia del 8 de febrero de 1990 que corrigió error aritmético.

Cabe agregar que la apelante cita en apoyo de su tesis, párrafos pertinentes de la obra " Derecho Procesal Administrativo " del profesor y Consejero de Estado doctor Carlos Betancur Jaramillo, así como apartes del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación, fechado el 17 de agosto de 1982, del cual fue ponente el doctor Humberto Mora Osejo, y rendido al haberse consultado los términos de la Ley 33 de 1975.

III. LAS ALEGACIONES DE LAS PARTES

En su alegato de conclusión, la demandada insiste en sus puntos de vista expuestos en la sustentación de la apelación. Y la parte actora replica, en síntesis, con los argumentos siguientes:

1. La notificación de los actos administrativos es indispensable para que la decisión produzca efectos; la resolución No. 005 del 9 de enero de 1987 se notificó

a la parte actora el 26 de enero del mismo año, es decir, cumplido el término de la prescripción.

2. El recurso de reposición es de los que se han conocido como ordinarios, pues se interponen, tramitan y deciden en el mismo procedimiento, por oposición a los extraordinarios, que sí dan lugar a un nuevo y distinto procedimiento.

3. Es absolutamente ilógico pensar que para la decisión del recurso de reposición no entre en juego el factor temporal de la competencia, de tal forma que el funcionario dispondría eternamente de dicha competencia (?)

4. La firmeza en los actos administrativos, que es parte del título llamado "Conclusión de los Procedimientos Administrativos", exige como requisito que no procedan recursos contra el acto administrativo o que cuando se interpongan recursos, éstos se hayan decidido, renunciado o desistido.

IV. CONCEPTO DE LA FISCALIA

El Fiscal Primero de la Corporación conceptúa que la sanción de multa que comporta la Resolución 00005 del 9 de enero de 1987 se consolida, con apoyo en el Título III del Código Contencioso Administrativo que inicia con el epígrafe "CONCLUSION DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS", una vez se hayan producido los eventos del artículo 62 que permiten que dicho acto administrativo -la resolución citada- adquiera firmeza.

Y como quiera que entre la fecha de la suspensión del término y la fecha de notificación de la Resolución 00262 del 26 de marzo de 1987 ya había transcurrido el término de la prescripción, se entiende que procedía la anulación de las referidas resoluciones, razones por las cuales estima la Fiscalía que debe confirmarse la sentencia apelada.

V. LA DECISION

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

CONSIDERACIONES :

1a. *LA PRESCRIPCION DE LA ACCION CONTRAVENCIONAL*

Cuando la Ley 33 de 1975 establece que la acción en las contravenciones al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior prescribe en cuatro años, y se interrumpe por el auto de apertura de la investigación para principiar a correr de nuevo por el mismo término desde el día de tal interrupción, significa que el Estado, mediante el órgano competente, tiene cuatro años para indagar los hechos y adoptar una decisión, con la cual, obviamente, pone fin a la investigación, o, para

decirlo de otra manera, a la actuación administrativa, que puede iniciar de oficio o a petición de parte.

Dicho lo anterior con respecto al particular inculpado quiere verse en sentencias dictadas por ésta con fecha julio 18 y julio 25 de 1991, expedientes 1567 y 1476, Ponentes Yesid Rojas S. y Libardo Rodríguez R., respectivamente, consignó:

> " La vía gubernativa es la posibilidad jurídica que se ofrece a los interesados para reclamar, mediante el recurso o los recursos pertinentes, los actos particulares que pongan término a las actuaciones administrativas, para que se aclaren, adicionen, reformen o revoquen. Por consiguiente, supone, necesariamente, un acto principal o definitivo que pueda ser objeto de la misma. En el caso objeto de la Consulta, requiere la existencia del acto que defina la investigación adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, expedido dentro del término de caducidad de la acción. La notificación, como los recursos de la vía gubernativa, pueden surtirse con posterioridad a su vencimiento, tanto porque la Ley 33 de 1975 sólo prescribe el plazo para adelantar y definir la investigación como porque, mediante aquéllos, se trata de hacer conocer y reclamar el acto que impone la sanción; de ahí que la notificación y los recursos de la vía gubernativa se regulan a este respecto, no por la Ley 33 de 1975, sino por el Decreto Ley 2733 de 1959, (hoy C.C.A.) que prescriben términos específicos para realizar aquélla e interponer y decidir éstos..."
>
> " De manera que si el acto que define la investigación se expide dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975, aunque no haya sido modificado ni menos se encuentre ejecutoriado, no habría caducidad de la acción ".

Erró, pues, el *a-quo* al considerar que al decidirse el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionatoria 00005, y notificarse sólo hasta el 2 de abril de 1987, después de precluido el término de caducidad de 4 años previsto en la Ley 33 de 1975, se produjo una decisión extemporánea.

No obstante, la Sala no quiere dejar de observar en esta oportunidad lo siguiente: por razones de seguridad jurídica para los administrados, conviene que la Administración, dentro del mismo término que tiene para ejercer su competencia, notifique al interesado el contenido de la decisión sancionatoria, o al menos, como aconteció en el presente caso, lo haga conocedor del hecho de haberla tomado mediante su citación para que concurra a recibir la notificación personal de la respectiva providencia. Además, es claro que, en todo caso, el afectado con la decisión tendrá la posibilidad de controvertir y probar en juicio que, no obstante llevar el acto acusado como fecha de su expedición una que implique el ejercicio de la competencia dentro del plazo señalado en la norma positiva de derecho, esa competencia no se ejerció realmente dentro de este término, que la fecha de expedición del acto es otra y que, por consiguiente, hay nulidad de la decisión administrativa por incompetencia por razón de tiempo.

Finalmente, cabe agregar que la parte demandante desatina también cuando pretende esgrimir, por supuesto que sin ninguna trascendencia jurídica, como argumento de su réplica a la apelación, que en la vía gubernativa existen recursos extraordinarios " que sí dan lugar a un nuevo y distinto procedimiento ".

Lo cierto es que en dicha vía no existe consagración legal de ninguno con ese carácter, salvo que se entienda como tal a la revocatoria directa, a la que la mayoría de los doctrinantes la han distinguido con ese predicamento.

El precedente análisis permite atribuirle a la apelación vocación de prosperidad, si es que, por otra parte, tampoco se encuentra el quebrantamiento de las demás normas invocadas como quebrantadas.

2a. *Violación del artículo 23 de la Constitución de 1886, en concordancia con las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Penal sobre registro de domicilio o allanamiento del mismo,* por no haber intervenido en la diligencia practicada por funcionario de la Superintendencia de Control de Cambios persona que hiciera las veces de Secretario, y tampoco haberse dejado constancia en aquélla de que a los inculpados se les leyó el auto que ordenaba esa diligencia, y que en parte alguna ordenaba inspeccionar las oficinas personales de los señores Rafael Saravia y Camilo Pardo, cosa que irregularmente se hizo.

Realmente, en la diligencia administrativa realizada el día 13 de diciembre de 1982 en las oficinas de Inverbolsa y de sus socios los señores Saravia y Pardo, conforme a lo ordenado en providencia de 10 del mismo mes y año (folios 1 y 4 del expediente administrativo), sí intervino, además de los funcionarios comisionados para tal efecto, una persona que hizo las veces de Secretaria *Ad-hoc,* la señorita Elizabeth Parada R. (fl. 4 vuelto del exp. admvo.), razón por la cual, aún aceptando en gracia de discusión la viabilidad de la aplicación de las normas del C. de P.P. vigente entonces a un procedimiento eminentemente administrativo autorizado por el Decreto 444 de 1967, no se encuentra demostrado el cargo, así no haya sido designada como tal ni en el auto que decretó la diligencia, ni en esta misma, pues se trata de una simple irregularidad que no constituye causal de nulidad del acto acusado.

Es cierto, por otra parte, que tampoco en la diligencia se dejó constancia de que a los inculpados se les leyó el auto que ordenaba la diligencia; empero, no es menos cierto que a esas personas se les comunicó la providencia y que en la diligencia intervinieron los inculpados y suscribieron el acta correspondiente sin hacer objeción alguna, razón por la cual debe concluirse que no se quebrantaron los artículos 23 y 26 de la Constitución de 1886, ni mucho menos ordenamientos del C. de P.P. que no son aplicables a los procedimientos administrativos, ya que los vacíos que se pueden encontrar en las disposiciones que los regulan, de carácter ordinario o especial, por mandato del art. 267 del C.C.A., se suplen por remisión expresa, aplicando las disposiciones del Código de Procedimiento Civil y no las del Código de Procedimiento Penal, que, por lo mismo, no pueden resultar infringidas.

En consecuencia, no prospera el cargo.

3a. *Violación del artículo 26 de la Constitución de 1886, por haberse condenado a los demandantes, sin darles el traslado con la entrega del informativo por los cinco días siguientes,* para que formularan sus descargos y solicitaran las pruebas que consideraran necesarias, conforme a lo previsto en el art. 222 del decreto 444 de 1967, que no se cumplió al no entender suspendido el proceso desde el día siguiente en que fue recusado el "Prefecto de Cambios ", como lo manda el art. 146 del C.de P. C. -hoy art. 154, ib., observa la Sala.

Realmente, el día 12 de diciembre de 1986, dos días después de habérseles dado traslado a los demandantes del informativo o pliego de cargos que se les formulara, el señor apoderado de aquéllos recusó al señor Superintendente de Control de Cambios por razones de amistad existente entre éste y dicho apoderado, como consecuencia de lo cual el señor Superintendente se declaró impedido, es decir, aceptó la recusación, impedimento que le fue aceptado por el Ministerio del ramo el 23 del mismo mes y año; e, igualmente, es cierto que el proceso no se suspendió por tal causa, como lo ordena el C. de P.C., aplicable por remisión.

Empero, esa irregularidad en el procedimiento, que es causal de nulidad procesal, no vicia de nulidad el acto administrativo acusado, si se tiene en cuenta que los inculpados en las diligencias administrativas, dentro del término de ley, hicieron sus descargos por conducto del mismo apoderado que formuló la recusación, con lo cual no se quebrantó ningún derecho de defensa a los sancionados posteriormente. Además, la Sala observa que, conforme al art. 144 del C. de P.C., la nulidad se considera saneada, entre otros casos, " cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente ", y en este caso aparece, de un lado, como se ha dicho, que el apoderado de los actores hizo uso del término que se le concedió para hacer sus descargos, y de otro, tan sólo con motivo del ejercicio de la acción ante esta jurisdicción plantea la causal de nulidad que debió haber alegado ante la propia Administración, para que, eventualmente si lo consideraba pertinente, saneara el procedimiento en cumplimiento del principio de eficacia consagrado en el inciso 5o. del art. 3o. del C.C.A., orientador de toda actuación administrativa.

4a. *Violación " de todas las reglas de interpretación de las pruebas del Código de Procedimiento Penal,* aplicables en estos procesos por mandato expreso del art. 222 del decreto 444 de 1967 ", pues, de una parte, no se tuvo en cuenta por el funcionario que para que se pueda condenar debe obrar en el proceso *plena prueba* de la infracción por la cual se llamó al inculpado y que tal prueba acredite que el inculpado es responsable de la infracción, y de otra parte, que las pruebas en estos procesos se aprecian por su estimación legal y que toda duda se debe resolver en favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla, ya que no se tuvo en cuenta que las plenas pruebas que se sustrajeron del expediente demostraban que los titulares de las cuentas corrientes en moneda extranjera correspondían a sociedades extranjeras y no a la sociedad vigilada.

En primer término, la Sala observa que los actores no desvirtuaron dentro del proceso los hechos probados en la actuación administrativa, que sirvieron de fundamento a la decisión sancionatoria, en especial el atinente a la total coincidencia entre las " colillas " de las chequeras encontradas en la visita administrativa practicada por la Superintendencia y los asientos contables de la sociedad actora en donde se recogen exactamente los valores de los diversos cheques girados y las fechas en que ello se hizo, limitándose el señor apoderado de los demandantes a insistir en su planteamiento sobre el real titular de la cuenta bancaria en New York contra la cual se giraron los cheques en dólares americanos. Tampoco, la parte actora trató de desvirtuar las contradicciones observadas por la superintendencia en la declaración del socio de la actora, señor Rafael Saravia R., y lo que aparece en el escrito que obra a folio 11 del expediente administrativo, en donde se encuentra que la persona que suscribe la carta le expresa al precitado señor que recibió cheque que le girara por determinados dólares " contra el Banco Real S.A., de New York ", entidad bancaria a la que le correspondía la cuenta corriente contra la cual se giraron una serie de cheques por valores que fueron, según lo expresa la Superintendencia en el acto acusado, debidamente registrados en la contabilidad de la empresa sancionada.

En consecuencia, no es atendible el cargo según el cual no se probó el hecho y la responsabilidad de la actora, razón por la cual, existiendo dudas sobre el particular, la situación se debe resolver en favor del procesado.

Por lo demás, no es cierto que las pruebas con las cuales se estableció la titularidad de las cuentas corrientes no hayan sido tenidas en cuenta. Lo que aconteció, fue que la Superintendencia, sin desconocer la eventual titularidad de la cuenta o cuentas bancarias, dio por establecido " que la Sociedad visitada manejaba los fondos de la referida cuenta..." (hoja No. 10 de la Resolución 005 acusada).

Por esas mismas consideraciones, la Sala no encuentra la alegada violación de los artículos 1o. a 5o. de la ley 58 de 1982, 1o. a 4o. del C.C.A., en concordancia con las disposiciones del Código Penal que invocan los demandantes, todos los cuales se refieren, igualmente, a la prueba de la responsabilidad penal.

5a. Finalmente, la Sala deberá pronunciarse sobre el alegado *quebrantamiento del artículo 38 del C.C.A.*, según el cual la facultad que tienen las autoridades administrativas, para imponer sanciones caduca a los tres años de producido el acto que pueda ocasionarlas.

La Sala considera que dicha norma, contenida dentro de una regulación de lo que pudiera denominarse " el procedimiento administrativo ordinario ", no es aplicable a los procedimientos " administrativos especiales ", como fue el que precedió a la expedición de los actos acusados. La misma norma indicada como quebrantada es clara en ese sentido, cuando expresa: " Salvo disposición especial en contrario, ...", estando así en consonancia con el inciso segundo del artículo 1o. del mismo Estatuto, que dice: " Los procedimientos administrativos regulados *por*

leyes especiales se regirán por éstas, en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles ". (subrayado fuera de texto).

En consecuencia, se concluye que el término que tiene la Administración para sancionar es el consagrado en la norma especial, es decir, el decreto 444 de 1967, sin que sea admisible plantear el problema sobre los términos " prescripción " y " caducidad ", como se pretende, precisamente por la observación que se hace sobre la prevalencia de la ley especial sobre la de carácter general.

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,

F A L L A :

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca con fecha noviembre 2 de 1989, dentro del proceso de la referencia, y, en su lugar, se NIEGAN las pretensiones de la demanda formulada por la sociedad " INVERSIONES EN BOLSA S.C. " y Rafael Saravia Rivadeneira.

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 catorce de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquiran., Secretario.

IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES-Recaudo/ **MONOPOLIO DE LICORES/ SUSPENSION PROVISIONAL-**Improcedencia/ **ASAMBLEA DEPARTAMENTAL/ COMPETENCIA**

> ***Prima facie,* no se está regulando el monopolio o el gravamen-impuesto al consumo de licores-que se ha creado por la ley sobre la actividad cuando ella se desarrolla por persona diferente a la estatal en cuyo favor se estableció el monopolio, que se mantiene en el actual ordenamiento constitucional, sino que se está dictando toda una normatividad " para reglamentar los aspectos administrativos del recaudo del gravamen de consumo y aquellas que sean necesarias para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos". La competencia para dictar la reglamentación o reglamentaciones del caso, corresponde a la Asamblea Departamental, según norma no invocada como quebrantada en la demanda, ni confrontada por el actor frente al decreto acusado en el capítulo de " Suspensión Provisional ", y se ha dicho que ésta es una jurisdicción rogada, no es posible acceder a la medida precautelativa solicitada.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D. C. quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1798. Actor: Gabriel de Vega Pinzón. Recurso de apelación contra la providencia de febrero 21 de 1991, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la solicitud de suspensión provisional del Decreto 0175 de 1990, expedido por el señor Gobernador de Cundinamarca.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la providencia de la referencia, por medio de la cual se negó el decreto de suspensión provisional del acto acusado.

I. FUNDAMENTOS DE LA DECISION RECURRIDA

El *a-quo* negó la suspensión provisional solicitada, con fundamento en las siguientes consideraciones:

a) Es cierto que de conformidad con los artículos 61 de la Ley 14 de 1983 y 121 del Decreto Ley 1222 de 1986, la introducción, producción y venta de licores destilados constituye monopolio de los Departamentos, como arbitrio rentístico, en forma tal que, según esas mismas normas, las Asambleas Departamentales tienen la opción de regular ese monopolio o la de gravar esas industrias y actividades si aquél no conviene a los intereses del respectivo Departamento. Pero ocurre que para determinar la posible violación de esas normas superiores es necesario dilucidar si ese acto acusado contempla aspectos que corresponden a las materias cuya competencia se encuentra asignada a las Asambleas Departamentales por dichas normas, es decir a la regulación del monopolio de licores destilados o a la de gravación de esas industrias y actividades. Y como, por su encabezamiento y su contenido, el decreto acusado corresponde fundamentalmente a una reglamentación de la expedición de licencias de funcionamiento de las bodegas de rentas, la conclusión que, en principio, surge, es la de que para la definición sobre ese punto se requiere un análisis más detenido que el exigido para la medida, pues, entre otros puntos, la regulación no sólo comprende lo relativo a la expedición de licencias de funcionamiento para las bodegas de rentas de bienes destilados, para los cuales existe el monopolio, sino que también se extiende a los vinos, aperitivos y similares, para los cuales, de conformidad con los artículos 62 de la ley 14 de 1983 y 122 del Decreto 1222 de 1986, no existe el monopolio. Además cabe examinar si de las facultades otorgadas a las Asambleas Departamentales por los artículos 61 de la indicada ley y 121 del decreto 1222 precitado se deducen atribuciones para que esos organismos puedan regular lo relativo a la expedición de licencias de funcionamiento de las bodegas de ventas, o si aquéllas pueden emanar de otros, como los artículos 67 y 138 de la misma ley y del mismo decreto, respectivamente.

b) Lo anterior indica que para determinar si el Gobernador del Departamento tenía o no facultades para expedir el decreto impugnado, resulta también necesario el examen de las normas en que se apoya dicho funcionario para expedirlo, así como de otras que igualmente le señalen atribuciones y de las cuales se desprenda la posibilidad de que puedan servir de fundamento para su expedición.

En consecuencia, concluye que no se reúne el requisito de la manifiesta violación de las normas superiores invocadas como infringidas en la forma prevista en la ley procesal.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El actor-apelante fundamenta el recurso interpuesto en las siguientes razones:

a) El decreto acusado se fundó en la facultad consagrada en el numeral 2o. del artículo 194 de la Constitución de 1886 y en el numeral 19 del artículo 95 del decreto

1222 de 1986, sobre dirección de la acción administrativa para lo cual puede dictar el Gobernador las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración y expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas.

b) Empero, el decreto en cuestión " por el cual se reglamenta la expedición de licencias de funcionamiento de las bodegas de rentas", si se le da una simple lectura al articulado, lo que hace es producir una regulación sobre producción, introducción y venta de licores destilados, y adicionalmente imponer una serie de gravámenes, sin que la Asamblea del Departamento le hubiera conferido esa facultad, razón por la cual es evidente el quebrantamiento de las normas superiores de derecho.

III. LA DECISION

Para decidir, *se considera:*

1o. Como se ha dicho, el decreto acusado se dicta por el Gobernador de Cundinamarca en " ejercicio de las atribuciones contenidas en el numeral 2o. del artículo 194 de la constitución Política y numeral 19 del artículo 95 del Decreto 1222 de 1986 ", que rezan, en su orden:

Art. 194 C.N., num, 2o.: " *Dirigir la acción administrativa en el Departamento,* nombrando y separando sus agentes, reformando o revocando los actos de éstas, *y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración* " (subrayado fuera del texto).

Art. 95 Dec. 1222 de 1986, num. 19: " *Expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas* " (se subraya).

2o. Por los primeros dieciocho artículos que integran el acto acusado, no sólo se define lo que se debe entender por bodega de rentas -instalación de un empresario para almacenar vinos, aperitivos y similares y licores nacionales y extranjeros, como producto terminado sin estampillar-, sino que se establecen los requisitos que se deben cumplir por el empresario para que se le otorgue la licencia de funcionamiento a su bodega (artículos 3o. y 4o.), el procedimiento o actuación administrativo a seguir, el funcionario competente para concederla (arts. 5o. y 6o.), el término de vigencia de la licencia (art. 7o.), se define lo que debe entenderse por bebida alcohólica (art. 9o.), la suspensión de la licencia de funcionamiento por incumplimiento de las disposiciones contenidas en el decreto (art. 17), el tratamiento de las bebidas alcohólicas a granel que no tengan instalaciones para hidratar y envasar (arts. 10 y 11), se define lo que es una tornaguía y se establece que sin ella no pueden ingresar vinos, licores, cervezas, tabacos, cigarrillos, etc., al territorio del Departamento (arts. 13 y 14), que el alcohol sólo puede ser adquirido por las empresas a la Fábrica de Licores de Cundinamarca y debe almacenarse en toneles especiales (art. 15), etc.

3o. Como se ve, se trata de una reglamentación relativa especialmente al ejercicio de una actividad privada -la elaboración, introducción, almacenamiento, distribución y venta de vinos, espumosos o espumantes, aperitivos y similares, y licores nacionales y extranjeros-, que, en cuanto hace relación a estos últimos se encuentra monopolizada como arbitrio rentístico de los Departamentos del país, es decir, que ha sido gravada por la ley.

Esa reglamentación del monopolio, cuando se hace uso de esa alternativa, o el gravamen de las industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en la ley, si se hace uso de la segunda alternativa, corresponde, por mandato de la misma, a las Asambleas Departamentales, según lo dispuesto en el art. 61 de la Ley 14 de 1983 y el 121 del decreto-ley 1222 de 1986 (C. de R.D.), y en manera alguna al ejecutivo departamental, sin que para ello se pueda hacer uso por el Gobernador del Departamento de otras atribuciones o competencias como la conferida por el artículo 194-2 de la Constitución de 1886 o la otorgada por el artículo 95-19 del Decreto Ley 1222 de 1986, que se refieren a la dirección de " la acción administrativa en el Departamento ", para, entre otras cosas, dictar " las providencias necesarias en todos los ramos de la Administración ", y " expedir reglamentos y dictar órdenes para la buena marcha de las oficinas administrativas ", que pueden utilizarse para una serie de actividades administrativas precisamente en orden a esas finalidades: " la acción administrativa " del Departamento y la " buena marcha de las oficinas " del mismo, pero sin invadir áreas o zonas de competencia de la Asamblea Departamental.

4o. Como en el presente caso, por medio del acto acusado el Gobernador del Departamento de Cundinamarca dicta toda una reglamentación en materia de licencias de funcionamiento de bodegas o depósitos de empresas particulares productoras o importadoras de licores, nacionales o extranjeros, en donde ellos se almacenen, para garantizar el pago del impuesto al consumo con que la ley ha gravado la actividad monopolizada como arbitrio rentístico, corresponde a la Sala definir si con ella se quebranta la ley 14 de 1983, art. 61, y el decreto ley 1222 de 1986, art. 121, por tratarse de una competencia de la Asamblea del Departamento, o por el contrario, a primera vista, ello no aparece en razón a no estarse dictando una normatividad que regule el monopolio o el gravamen a las industrias y personas que ejercen la actividad monopolizada.

Para la Sala, es claro, que, *prima facie,* no se está regulando el monopolio o el gravamen -impuesto al consumo- que se ha creado por la ley sobre la actividad cuando ella se desarrolla por persona diferente a la estatal en cuyo favor se estableció el monopolio, que se mantiene en el actual ordenamiento constitucional (art. 336 de la C.P. de 1991), sino que se está dictando toda una normatividad "*para reglamentar los aspectos administrativos del recaudo del gravamen de consumo y aquéllas que sean necesarias para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos*" (art. 125, inciso 2o. D. L. 1222 de 1986).

También es incontrovertible para la Sala, que, en uno u otro caso -regulación del monopolio o el gravamen, o reglamentación de los aspectos administrativos del

recaudo del gravamen, para asegurar su pago, impedir su evasión y eliminar el contrabando de los productos-, la competencia para dictar la reglamentación o reglamentaciones del caso, corresponde a la Asamblea Departamental en virtud de lo dispuesto en la ley 14 de 1983, art. 61, y en el decreto ley 1222 de 1986, artículos 121, 123 y 125, especialmente los dos citados ultimamente, lo que conduciría a la prosperidad del recurso de apelación, para como consecuencia de ello, decretar la suspensión provisional solicitada.

Empero, como no se trata de lo primero -regulación del monopolio o del gravamen-, sino de lo segundo -reglamentación de los aspectos administrativos del recaudo del gravamen, para asegurar su pago, impedir la evasión y eliminar el contrabando-, competencia exclusiva, evidentemente, de la Asamblea Departamental, según lo dispuesto en el art. 125 del D. L. 1222 de 1986, norma no invocada como quebrantada en la demanda, ni confrontada por el actor frente al decreto acusado en el capítulo de "Suspensión Provisional ", y se ha dicho repetidamente que ésta es una jurisdicción rogada, no es posible acceder a la medida precautelativa solicitada, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión recurrida, aun cuando por razones diferentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

CONFIRMAR la providencia de 21 de febrero de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el 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 catorce de agosto de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONSTITUCION POLITICA/ CONTROL CONSTITUCIONAL- Improcedencia

La totalidad del articulado que integra la Constitución Política, es decir, los 380 artículos permanentes más los 60 transitorios se encuentran vedados a cualquier clase de control jurisdiccional, siendo ello tan sólo la consecuencia lógica de constituir, a partir de su promulgación, las normas de superior jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Siendo la Constitución Política " la norma de normas ", sólo equivocadamente puede pretenderse que ella lleve en sí misma el germen de su propia violación, o lo que es lo mismo, que ella sea susceptible de violarse así misma. Además, es evidente que la justicia contencioso-administrativa sólo tiene jurisdicción en relación con actos administrativos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. dieciseis (16) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1800. Actor: Rudesindo Rojas Robles y otro.

Los ciudadanos Rudesindo Rojas Robles y Ricardo Alvarez Mosquera, " en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 237, numeral 3o. (sic) de la Constitución Pol. (sic) de Colombia, y en el artículo 82 y 84 del C.C.A. " acuden a esta Corporación para demandar la nulidad de los artículos transitorios números 5, 6, 11 y 59 de la Constitución Política.

En el texto de la demanda solicitan la suspensión provisional de las normas cuya nulidad se solicita y, en escrito que obra a folios 12 y 13, ratifican la petición de suspensión provisional exclusivamente de los artículos transitorios números 5, 6 y 59.

A pesar de que en la demanda no se designa la parte demandada, ni su representante, tal como lo dispone el artículo 137 del C.C.A., lo cual sería razón

suficiente para decretar su inadmisión, al tenor de lo preceptuado por el artículo 143 ibidem, el Despacho, en aras de dar eficacia al principio de economía procesal y de evitar un derroche innecesario de jurisdicción, hace las siguientes consideraciones como fundamento de la decisión que por esta providencia habrá de adoptarse:

Los artículos cuya nulidad solicitan los accionantes forman indiscutiblemente parte integrante de la Constitución Política de Colombia, pues emanan del ejercicio del poder soberano de su pueblo, expresado a través de la Asamblea Nacional Constituyente.

Se dice que forman parte integrante de la Constitución Política, no solamente por el hecho de que fueron aprobados, sancionados y promulgados junto con los 380 artículos permanentes de la misma, sino debido a que derogada como fue la Constitución de 1886, con todas sus reformas, por el artículo 380, se requería de los mecanismos transitorios que ellos consagran para efecto de hacer posible la implantación del nuevo orden por ella creado.

Por otra parte, el Artículo Transitorio No. 59 expresa que " La presente Constitución y los demás actos promulgados por esta Asamblea Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno ".

La anterior disposición de rango constitucional vino a confirmar la contenida en el artículo 2o. del Acto Constituyente No.1, según el cual " Los actos que sanciona y promulgue la Asamblea Nacional Constituyente no están sujetos a control jurisdiccional alguno ".

De lo expuesto se concluye que la totalidad del articulado que integra la Constitución Política, es decir, los 380 artículos permanentes más los 60 transitorios se encuentran vedados a cualquier clase de control jurisdiccional, siendo ello tan solo la consecuencia lógica de constituir, a partir de su promulgación, las normas de superior jerarquía dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, siendo la Constitución Política "... la norma de normas ", como se le denomina en su artículo 4o., solo equivocadamente puede pretenderse que ella lleve en sí misma el germén de su propia violación, o lo que es lo mismo, que ella sea susceptible de violarse a sí misma, como lo predican los accionantes.

El pretender adentrarse en los terrenos de la movediza interpretación que hacen los actores acerca de la naturaleza jurídica de los artículos transitorios de la Constitución Política, equivaldría no sólo a rebelarse contra el nueve orden constitucional legítimamente establecido, sino a considerar que pudiera existir jerarquía de las normas constitucionales entre ellas, dentro de la cual pudiese predicarse la inconstitucionalidad de unas respecto de otras.

Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, se concluye que los artículos cuya nulidad se solicita son normas de carácter constitucional que carecen

de todo control jurisdiccional y, por tal razón, habrá de inadmitirse la presente demanda.

Además de todo lo anterior, es evidente que la justicia contencioso administrativa sólo tiene jurisdicción en relación con actos administrativos, de acuerdo con lo previsto en los artículos 82 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, sin que en el caso presente estemos ante ningún acto de esta naturaleza.

Por lo expuesto, y de acuerdo con el artículo 143 del C.C.A., el Despacho

RESUELVE :

Primero. INADMITIR la demanda presentada por los ciudadanos Rudesindo Rojas Robles y Ricardo Alvarez Mosquera, por falta de jurisdicción.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvanse los anexos, sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

Víctor M. Villaquirán, Secretario.

SENTENCIA-Aclaración/ TRATADO INTERNACIONAL/ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES/ COMPETENCIA

No existe en la parte motiva de la sentencia cuya aclaración se solicita, concepto o frase alguna que ofrezca verdadero motivo de duda y que influya en la parte resolutiva de la misma. En la parte motiva del fallo, la Sección fue clara y terminante en expresar que la declaratoria de beligerancia del Congreso de la República, originada en actos de agresión consumados contra Colombia por el Reich, " produjo la caducidad del Tratado de 1892 ", razón por la cual no se puede afirmar que se quebrantó la Constitución de 1886 en razón de que un funcionario público colombiano, sin competencia para ello, el señor Ministro de Relaciones Exteriores, le " " puso término a uno existente y vigente".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1144. Actor: Germán Cavelier.

El doctor GERMAN CAVELIER, parte actora dentro del proceso de la referencia, estando dentro de la oportunidad legal señalada para ello, solicita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 309 del C. de P.C., que la Sala aclare su sentencia del 22 de julio del presente año por la cual se declaró la nulidad de la Nota número 747 de 29 de marzo de 1979, dirigida por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia a la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá, en el sentido " de que el Presidente de Colombia no declaró la guerra a Alemania en 1943 y por tanto no hubo guerra que pusiera fin al Tratado de Paz y Amistad sobre Navegación y Comercio de 1892 entre Alemania y Colombia ", fundando su petición, en los siguientes argumentos, en síntesis:

1o. El Consejo de Estado, a través de esta Sección, pronunció la sentencia precitada, en cuya parte resolutiva se declaró la nulidad de la Nota demandada que antes se hizo alusión.

2o. Esta parte resolutiva no ofrece motivo de duda, pero sí hay un párrafo de la parte motiva que influye en ella y que, por tanto, es susceptible de ser aclarada mediante el presente recurso.

3o. La aludida sentencia dice en su parte motiva que " sólo en el Presidente de la República está radicada la competencia constitucional para celebrar tratados y poner término a los mismos...pues esa competencia, en manera alguna, correspondía, ni corresponde, al señor Ministro de Relaciones Exteriores...".

4o. Bajo la Constitución de 1886 (artículo 120-9o.) correspondía al Presidente de la República, y le corresponde hoy bajo la Constitución de 1991 (artículo 189-6a.), en idénticos términos, " declarar la guerra con permiso del Senado, o hacerla sin la autorización para repeler una agresión extranjera ".

Si aplicamos a este caso de la declaración de guerra los mismos principios que empleó el Consejo de Estado en la sentencia cuya aclaración se solicita, encontramos que sólo en el Presidente está radicada la competencia para declarar la guerra y que, en manera alguna, esa competencia correspondía o corresponde actualmente al Gobierno o al Ministro de Relaciones Exteriores.

5o. El 26 de noviembre de 1943 el señor Ministro de Relaciones Exteriores se presentó ante el Senado de la República y declaró lo siguiente:

" El Gobierno alemán ha ejecutado contra la Nación colombiana una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados, colocándose así en una situación de beligerancia respecto de la República de Colombia. No nos cabe responsabilidad alguna en esa situación, pero no podemos dejar de reconocerla, así como no podemos sustraernos a sus efectos y consecuencia.

" El Gobierno Nacional deja pública constancia de este hecho y declara que se halla en la obligación de tomar las medidas necesarias para defender al pueblo colombiano de la agresión externa y para preservar su soberanía, su honor y sus derechos. El Gobierno no considera que esas medidas deban interrumpir la normalidad constitucional de la República ni la marcha ordenada y regular de sus instituciones jurídicas.

" En cumplimiento de los acuerdos suscritos en Panamá, la Habana y Rio de Janeiro, el Gobierno pondrá estos hechos en conocimiento de las naciones americanas y expresa su voluntad de buscar una vinculación más estrecha con los Estados del Continente, a fin de participar con mayor vigor en la defensa común y fortalecer su propia seguridad ".

Es evidente -dice el actor- que esta " declaración " no es una declaración de guerra que provenga del Presidente, ni es una declaración de hacerla que provenga igualmente del Presidente, ya que ni el Gobierno ni el Ministro son Presidente.

6o. El Senado aprobó *enseguida* una proposición el 26 de noviembre de 1943, que dice:

" El Senado de la República, oída la declaración oficial del Gobierno acerca de los hechos de agresión que le hacen reconocer que Alemania se halla en estado de beligerancia contra Colombia, y de acuerdo con el discurso del señor Ministro de Relaciones Exteriores, expresa su conformidad con tales declaraciones, que implican, a su juicio, la afirmación del derecho de Colombia para asumir la posición que corresponde a la tomada por el Reich.

" El Senado manifiesta ante la Nación y los pueblos de América, que está dispuesto, en defensa de la dignidad patria y de los regímenes democráticos, a tomar todas las medidas tendientes a rechazar los ataques de que son objeto y a coadyuvar a las que en igual sentido tome el Organo Ejecutivo del Poder Público ".

7o. La lectura de tal Memoria, viniendo de tan alta autoridad, no deja duda de que el Presidente, cuyas funciones desempeñaba en ese momento el Designado Dr. Darío Echandía, no declaró la guerra a Alemania, ni pidió el previo permiso al Senado, que estaba entonces en período de sesiones, ni hizo la guerra en ese momento en que urgía repeler una agresión extranjera y que la declaratoria de "beligerancia" la hizo el Ministro de Relaciones Exteriores a nombre del Gobierno Nacional, sin competencia para ello ya que ni era Presidente ni fungía como tal, ni el Gobierno era competente para declarar la guerra ni para hacerla.

8o. Esta inadvertencia, observa el actor, llevó al Honorable Consejo de Estado a afirmar que la nota demandada no puso término a un tratado *existente y vigente* entre Colombia y Alemania, porque la declaración de beligerancia hecha por el Gobierno Colombiano en tal fecha produjo la caducidad del Tratado de 1892 porque " La guerra entre naciones produce, por lo general, la caducidad de ellos (los tratados) y no la suspensión y su reanudación cuando ella termine ".

9o. Es evidente que el " Gobierno Colombiano " no podía ni declarar la guerra ni la beligerancia, ni tampoco el propio Ministro de Relaciones Exteriores, pues sólo el Presidente podía y puede declarar la guerra con permiso del Senado, según la Constitución de 1886 y la de 1991.

10o. Tampoco se podía declarar la beligerancia ni la guerra por el señor Ministro de Relaciones Exteriores, ni aun con la " aquiescencia del Congreso de la República ", según las palabras del Honorable Consejo de Estado, pues no fue el Congreso el que aprobó a posteriori la " declaración del Ejecutivo "sino solamente el Senado en esa fecha y dos días más tarde la Cámara de Representantes, sin haberse reunido en " Congreso " las dos Cámaras, y tal "aquiescencia "no es el *permiso* del Senado que exigía la Constitución de 1886 y exige ahora la de 1991.

11o. Finalmente, las notas y conceptos citados por el Honorable Consejo de Estado en su fallo, no son sino comentarios de funcionarios indoctos en cuestiones constitucionales pues ninguna de tales notas y conceptos se preguntan siquiera si hubo o no tal guerra ni cómo fue declarada o cómo se le puso fin por medio de un Tratado de Paz.

Por tanto, solicito al Honorable Consejo de Estado que se sirva aclarar su sentencia en el sentido indicado, ya que de esa declaración dependerá la aplicación de su decisión, respecto a la vigencia del tratado en mención.

" En efecto, si nos atenemos a la parte *motiva* de la sentencia el Tratado de 1892 estaba terminado, no estaba ni *existente ni vigente*; y por lo tanto la nulidad decretada en la parte resolutiva parece que fuera mera cuestión de forma que cambia el *status* del dicho Tratado de 1892.

" *En cambio,* si el Honorable Consejo de Estado aclara su sentencia en el sentido de reconocer que no hubo declaración de guerra a Alemania por el Presidente de Colombia, ni se hizo la guerra porque los colombianos no combatieron contra los alemanes, el Tratado de 1892 sigue vigente con gran beneficio para los nacionales de los dos Estados que pueden innovarlo (sic) en materias de navegación y comercio ".

Para decidir, *se considera:*

I. Según el artículo 309 del C. de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión, la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Con todo, dentro del término de ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte, podrán aclararse en auto complementario los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas *en la parte resolutiva de la sentencia o que influyan en ella.*

II. Como la aclaración de la sentencia de 22 de julio de 1991, dictada por esta Sección, fue solicitada por parte en el proceso, dentro de la oportunidad legal para ello, es del caso decidir sobre lo pedido, para lo cual se debe analizar si en la parte motiva de la sentencia se encuentran "conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda " que "influyan" en la parte resolutiva de aquélla, como lo ha planteado el actor.

III. En primer término, la Sala observa que en el proceso, que culminó con la sentencia cuya aclaración se solicita, no se planteó por la parte demandante controversia de ninguna naturaleza sobre si mediante la declaración hecha ante el Senado de la República, el día 26 de noviembre de 1943, por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia, de entonces, doctor Carlos Lozano y Lozano, que consta en el Diario Oficial del 29 del mismo mes y año, número 25408 (fl. 197 del expediente), el Gobierno de Colombia realmente hizo una " declaratoria de guerra" al gobierno alemán, o si, por el contrario, como el mismo Diario Oficial

indicado lo expresa, lo que se hizo fue declarar " La Nación en estado de beligerancia con Alemania " por " una serie de agresiones que tienen el carácter de actos de guerra no provocados ", declaración que, como lo recoge el órgano oficial de divulgación precitado, fue comunicada por quien ejercía la Presidencia de la República como Designado, el doctor Darío Echandía, y su Ministro de Gobierno Alberto Lleras, a los señores Gobernadores de los Departamentos del país mediante Circular del 27 de noviembre de ese año, con la observancia de que la declaración de guerra no se considera útil ni necesaria, lo que indica a la Sala que el señor Ministro de Relaciones Exteriores actuó ante el Senado de la República en cumplimiento de instrucciones del Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa.

Tampoco se planteó en el proceso controversia acerca de si esa declaración, de " guerra ", que realmente no se hizo, o " de beligerancia ", correspondía hacerla, según la Constitución vigente entonces, al Ministro de Relaciones Exteriores, o por el contrario, al Presidente de la República, y si, por consiguiente, habiéndola hecho el primero de los funcionarios nombrados, estaba afectada de nulidad por falta de competencia ya que le correspondía al segundo.

Por consiguiente, ni al decidir la demanda, ni ahora, puede la Sala hacer un pronunciamiento sobre el particular, ni sobre el aspecto de si las dos Cámaras debían reunirse, integrando el Congreso, para pronunciarse sobre la declaración hecha por el ejecutivo a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, o, por el contrario, cada una de ellas, Senado y Cámara, podían hacerlo separadamente para tal efecto, como lo plantea el demandante.

Además, claro es que tales aspectos no influyen en la parte resolutiva de la sentencia, ya que la declaración de nulidad fue motivada por la absoluta falta de competencia constitucional del Ministro de Relaciones Exteriores para producir la Nota demandada, en la cual reconoció la caducidad del Tratado de 1892.

IV. Por otra parte, como el mismo actor lo reconoce, no existe en la parte motiva de la sentencia cuya aclaración se solicita, concepto o frase alguna que ofrezca verdadero motivo de duda y que influya en la parte resolutiva de ella. En la parte motiva del fallo referido, la Sección fue clara y terminante en expresar que la declaratoria de beligerancia con Alemania hecha por el gobierno colombiano en el mes de noviembre de 1943, con la aquiescencia del Congreso de la República, originada en actos de agresión consumados contra Colombia por el Reich, " produjo la caducidad del Tratado de 1892 ", razón por la cual, como se expresa más adelante en el mismo fallo, no se puede afirmar que se quebrantó la Constitución de 1886 en razón de que un funcionario público colombiano sin competencia para ello, el señor Ministro de Relaciones Exteriores, le " puso término a uno *existente y vigente* ".

IV. Ahora bien; la circunstancia de que la Sala al expresar que la caducidad del indicado Tratado se produjo en ese año de 1943, porque " *la guerra* entre naciones produce, por lo general, la caducidad de ellos y no la suspensión y su reanudación cuando ella termine " (se subraya ahora), se hubiere quedado corta en las razones

de su conclusión sobre el particular, pues debió expresar que igualmente ese fenómeno jurídico -la caducidad del acto jurídico bilateral internacional- se produce cuando, como en el caso que se debatía, se presentan actos de agresión que " tiene el carácter de actos de guerra no provocados", por parte de autoridades o funcionarios de uno de los países que están ligados por el Tratado, y en contra de la Nación o República que es igualmente parte de ese acto jurídico, especialmente tratándose de un " Tratado de Amistad ", que es todo lo contrario a la antítesis de la guerra o de la beligerancia que se presenta como consecuencia de los actos de agresión " que tiene el carácter de actos de guerra ", que no tuvo, ni tiene incidencia o influencia en la parte resolutiva de la sentencia, no puede conducir hasta el extremo de aclarar o complementar la sentencia, con una declaración expresa de que no hubo declaratoria de guerra por parte del Presidente de la República de Colombia y que, por tanto, no hubo guerra que pusiera fin al Tratado de Paz y Amistad, todo lo cual iría en contravía de la conclusión a que llegó la Sala en la parte motiva de la sentencia, sobre que la caducidad del Tratado se produjo en el mes de noviembre de 1943.

En consecuencia, no es del caso acceder a la aclaración solicitada por el actor.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

Negar la aclaración de la sentencia de 22 de julio de 1991, dictada dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, y notifíquese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONCEJO MUNICIPAL/ COMPETENCIA/ ALCALDE/ COMPETENCIA/ SUSPENSION PROVISIONAL-Procedencia

En las normas atacadas se atribuyen a la Junta del Fondo Municipal de Vivienda Obrera y Popular del Municipio de Montenegro, claras potestades de representación legal al autorizarla a contratar, negociar, revisar contratos con facultad de saneamiento, y poderes de determinación de la estructura orgánica y funcional de la entidad, competencia que es exclusiva del concejo, circunstancias que permiten aseverar que la corporación edilicia de Montenegro (Quindío), desbordó sus atribuciones y redujo drásticamente el ámbito de competencia del alcande sin ningún fundamento legal para hacerlo.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 8o, en sus literales e, f, h, k, l y ll, 19 y 20 del Acuerdo no 050 de 1986 (mayo 27), expedido por el Concejo Municipal de Montenegro (Quindío).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1652. Actor: Municipio de Montenegro, Quindío. Recurso de apelación contra el auto de fecha 3 de Septiembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, dentro del juicio de nulidad del Acuerdo 050 de 27 de Mayo de 1986, expedido por el Concejo Municipal del Montenegro.

Procede la Sala a decidir de plano, el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Norberto Arias Marín, impugnante en el proceso de la referencia, contra el auto admisorio de la demanda de 3 de Septiembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, en cuanto decretó la suspensión provisional

de los artículos 8o, en sus literales e, f, h, j, k, l y ll, 19 y 20 del Acuerdo número 050 de 27 de Mayo de 1986, expedido por el Concejo Municipal de Montenegro (Quindío).

I. FUNDAMENTOS DEL AUTO APELADO

Para decretar la suspensión provisional de los artículos antes mencionados, el Tribunal razonó así:

Las funciones que mediante el artículo 8o. del Acuerdo 050 de 1986 le fueron asignadas a la Junta Directiva del Fondo Municipal de Vivienda Obrera y Popular, consisten en gestionar la aprobación de créditos y de auxilios (literales e, y f), negociar y contratar planes de vivienda con entidades especializadas en ese tipo de construcción (literal h.), elaborar el presupuesto de la entidad (litreral i.), ejercer las acciones posesorias respecto de los terrenos del Fondo (literal j.), revisar los contratos de compra-venta (literal k.), contratar los servicios profesionales que se requieran (literal l.), aprobar su reglamento interno (literal n.).

Tales funciones se encuentran en contraposición palmaria con los artículos 197 y 200 de la Constitución Nacional, 128, 130, 131 numeral 7o, 132 numeral 9o, 278, 238, 289, 92 numeral 3o. del Código de Regimen Municipal, 48, 78 y 79 del Decreto 222 de 1983, pues estas normas le otorgan al Alcalde Municipal la calidad de Jefe de la Administración Municipal encargado de la dirección de la actividad administrativa del Municipio, del nombramiento y remoción de sus agentes, de proponer ante el Concejo la clasificación de los empleos de la Alcaldía, de las Secretarías y sus oficinas y la determinación de la Planta de Personal de los mismos cargos, de gestionar o tramitar en su calidad de representante legal del Municipio las operaciones de crédito interno de la entidad a su cargo, de celebrar los contratos correspondientes y de la ordenación del gasto público, con arreglo al presupuesto del Municipio.Y como el Fondo de Vivienda Municipal de Montenegro funciona con un porcentaje de dinero del presupuesto de dicho Municipio (Art. 3o, Acuerdo 050 de 1986), el manejo de sus fondos no puede considerarse ajeno al mentado Municipio y, por ende, al Alcalde como representante legal del mismo, por lo cual es m*anifiestamente ilegal* que el Concejo le otorgue al Fondo Municipal de Vivienda las referidas funciones, a excepción de la de aprobar su reglamento interno (literal n.) y de la de elaborar su presupuesto (literal c.).

Los artículos 19 y 20 del Acuerdo 050 de 1986, al adscribir a la Junta Directiva del Fondo el cargo de Secretario Ejecutivo y al facultarla para elegirlo, quebrantaron los artículos 130, 132 numeral 7o. del Código de Régimen Municipal y 5o. numeral 1o. de la Ley 49 de 1987, toda vez que es al Alcalde de Montenegro a quien le corresponde nombrar y ejercer el control, como superior jerárquico, de los funcionarios y empleados de las dependencias del Municipio, y es el Concejo Municipal el competente para crear, adoptar la nomenclatura y clasificación de los empleados del orden municipal, pero sujeto a la iniciativa del Alcalde.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Sea lo primero advertir que el impugnante se limitó a interponer el recurso de apelación (folio 79), sin expresar cuáles son las razones de su inconformidad con el decreto de suspensión provisional. Pero como la alzada, respecto de esta clase de providencias, se decide de plano, según lo prescribe el último inciso del artículo 155 del C.C.A., debe la Sala analizar el auto recurrido frente a la solicitud hecha por el actor en su libelo de demanda.

Al establecer dicha confrontación, ha llegado sin esfuerzo mental alguno, sin elaboradas disquisiciones y sin estudio de fondo, a la misma e inequívoca conclusión a que llegó el Tribunal al encontrar, *prima facie,* la manifiesta transgresión de los preceptos invocados como agraviados, excepción, eso sí, de los artículos 48, 78, y 79 del Decreto Ley 222 de 1983, donde la Contradicción no aparece ostensible, pero sin que esto afecte la conclusión que se traduce en la suspensión provisional decretada por el *a-quo.*

Ciertamente, las materias reguladas en las disposiciones acusadas, son competencia, a voces de los artículos 92-3, 132-7 y 9, 278, 288 y 289 del Código de Régimen Municipal, ya del Concejo Municipal, ora del Alcalde, o de aquél por iniciativa de éste, que es el jefe de la Administración Municipal y representante legal del Municipio para todos los efectos (arts. 200 de la Constitución Nacional y 128, 130 y 131 del Decreto 1333 de 1986), mas no de la Junta del Fondo Municipal de Vivienda Obrera y Popular del Municipio de Montenegro, pues al asignárselas a ésta, el Acuerdo 050 y su modificatorio, el Acuerdo 064, en los artículos impugnados, están contraviniendo groseramente las disposiciones de rango superior que han sido citadas e invocadas como infringidas.

En realidad de verdad, en las normas atacadas se atribuyen a la Junta del Fondo en mención claras potestades de representación legal al autorizarla a contratar, negociar, revisar contratos con facultad de saneamiento, y poderes de determinación de la estructura orgánica y funcional de la entidad, competencia que es exclusiva del Concejo, circunstancias que permiten aseverar que la corporación edilicia de Montenegro (Quindío), desbordó sus atribuciones y redujo drasticamente el ámbito de competencia del Alcalde sin ningún fundamento legal para hacerlo, antes, por el contrario, llevándose de calle los claros preceptos legales anunciados, mandados a cumplir perentoriamente por el artículo 197 de la Carta.

Las precedentes reflexiones indican que el recurso, el cual no tuvo ninguna sustentación, no prospera.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

Se confirma el auto apelado.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Esta providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 4 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

PROYECTO DE PRESUPUESTO/ ALCALDE-Obligaciones

El alcalde municipal debe, en todo caso, presentar el proyecto de presupuesto el primer día de las sesiones ordinarias correspondientes al mes de noviembre del año anterior al de la nueva vigencia fiscal, y no le es dado hacerlo en fecha posterior.
CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los Decretos 02 y 03 de enero 8 de 1991, expedidos por el Alcalde del Municipio de Toledo (Norte de Santander).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1807. Actor: Elías Jaimes Castillo. Recurso de apelación contra la providencia de mayo 9 de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Toledo contra el numeral 2o. de la providencia de la referencia, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de los Decretos 02 y 03 de enero 8 de 1991, expedidos por el señor Alcalde del precitado municipio, por los que se fijan las asignaciones civiles a los empleados del municipio para la vigencia fiscal de 1991 y el presupuesto general de rentas, ingresos de recursos de capital y gastos del mismo municipio para la vigencia fiscal en curso, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Dice el *a-quo* que se desprende con toda claridad del texto del artículo 266 del decreto extraordinario 1333 de 1986, el deber del Alcalde de presentar a consideración

del Concejo Municipal, el proyecto de presupuesto para la vigencia fiscal siguiente, debiéndolo hacer en las sesiones ordinarias que empiezan a partir del 1o. de noviembre, y que a folios 10 y 11 del expediente aparecen las reiteraciones que le hizo el Cabildo al Burgomaestre, y en su defecto al Contralor Departamental, para que el ejecutivo cumpliera con su obligación, sin que aparezca evidencia alguna de que efectivamente lo hubiera hecho. Todo lo contrario, de la lectura de los considerandos de los Decretos acusados, se constata aún más, el incumplimiento en que incurrió el Alcalde. Lo anterior, concluye el *a-quo*, constituyen razones suficientes para la Sala, para estimar que le asiste razón al actor cuando señala como normas violadas el numeral 5o. del artículo 197 y 207 de la Carta Política, en cuanto desarrollan el principio constitucional, que lo han consagrado la mayor parte de los Estados modernos, de que no habrá Tributación sin Representación. Se aparta el Tribunal de las consideraciones referentes al artículo 206, toda vez que el mismo se refiere al principio de la Universidad del Presupuesto financiero.

Anota, finalmente el Tribunal, que el proyecto de presupuesto que presenta el Alcalde al cuerpo colegiado, no debe entenderse en ningún momento como una actitud discrecional del Burgomaestre.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado especial del Municipio de Toledo, parte demandada en el proceso, fundamenta su recurso en , síntesis, en el hecho de que el proyecto de presupuesto elaborado por el Alcalde sí fue sometido a la consideración del Concejo, y que lo que aconteció fue que no habiéndose expedido el proyecto de Acuerdo, a la medianoche del día 20 de diciembre de 1990, ya que no se había resuelto sobre las objeciones formuladas por el Alcalde en ejercicio de una competencia legal, el precitado funcionario hizo uso de otra competencia legal, como es la de adoptar por el decreto el respectivo presupuesto, cuando haya necesidad de repetir el presupuesto del año anterior, en los casos en que éstos no hayan sido puestos a consideración de las asambleas y concejos dentro del término legal o cuando hayan recibido objeción total (Ordenanza 09 de 1982, arts. 665 y 668, probablemente de la Asamblea del Norte de Santander).

LA DECISION

Para decidir, *se considera:*

1o. Aún cuando en la demanda el actor expresamente manifiesta que el Alcalde de Toledo sí remitió el proyecto de presupuesto para la vigencia de 1991, lo que hizo el día 26 de noviembre de 1990, y que el Concejo Municipal expidió, durante sus sesiones ordinarias del mes de noviembre de 1990 incluida la prórroga, los proyectos de Presupuesto contentivos de las asignaciones civiles y de ingresos y egresos, los cuales fueron objetados por el Alcalde, el cual lo reitera en los considerandos de los decretos demandados, aun cuando de nada de ello exista prueba en el proceso, ya que simplemente el actor se limita a demostrar que el Concejo, ante el hecho de no haberse presentado el presupuesto por el Alcalde, lo requirió para ello en dos ocasiones -los días 9 y 14 de noviembre de 1990 y además

se dirigió el 25 del mismo mes y año al contralor Departamental para ponerlo en conocimiento de ese hecho y pedir la sanción del Alcalde incumplido (folios 10, 11 y 12 del expediente), y por su lado la parte demandada tampoco aporta prueba alguna para aclarar si, ante el rechazo de las objeciones por el Concejo, el asunto fue remitido al Tribunal para decidirlas y si éste en el momento de la providencia recurrida se había pronunciado o no sobre el particular, el *a-quo,* como se ha visto, decreta la suspensión provisional, por violación del numeral 5o. del art. 197 de la Constitución de 1886 y del art. 207 ib., en razón de no haber dado el Alcalde cumplimiento al deber legal de haber presentado el proyecto de Presupuesto a la consideración del Concejo, durante las sesiones ordinarias que comienzan el 1o. de noviembre de cada año anterior al de la vigencia fiscal en que va a surtir sus efectos.

2o. Ante ello, que es claro e incontrovertible, la Sala observa que de lo que se trata es de dilucidar si, conforme a lo dispueto en la ley (art. 266 del C. de R.M.), el Alcalde pierde su competencia para presentar al respectivo Concejo Municipal el proyecto de presupuesto de rentas y gastos para la vigencia próxima, si no lo hace el primer día de sesiones ordinarias del mes de noviembre anterior, y si, por otra parte, presentándolo en oportunidad posterior a esa fecha, es decir, días después del primero de noviembre del año anterior al de la nueva vigencia fiscal y siguiéndose el procedimiento de rigor -consideración y aprobación o expedición por el Concejo-, inclusive su objeción total o parcial por el Alcalde que conduzca a la intervención del Tribunal Administrativo del respectivo Departamento, no se subsana el vicio de incompetencia por razón de tiempo que se origina por la presentación extemporánea del proyecto por el jefe del ejecutivo municipal, lo que implica que ponga en ejecución por dicho funcionario el presupuesto del año anterior, si es que se aplica analogicamente el art. 54 del decreto 2407 de 1981, o que, como lo sostiene el recurrente, en aplicación de lo dispuesto en Ordenanza departamental -cuya copia autenticada no se anexa al proceso para confrontación por el *ad quem*-, se adopte por el Alcalde el proyecto de presupuesto que presentó al Concejo, como, al parecer, aconteció en el caso *sub-lite.*

Para la Sala no existe duda alguna sobre que, en los términos de ley, el alcalde municipal debe, en todo caso, presentar el proyecto de presupuesto el primer día de las sesiones ordinarias correspondientes al mes de noviembre del año anterior al de la nueva vigencia fiscal, y que no le es dado hacerlo, como en este caso, en fecha posterior -ya, por cierto, muy cercana a la expiración del período de sesiones- (26 de noviembre de 1990), pues ello, de permitirse, constituiría un mecanismo para impedir que el Concejo, con el tiempo requerido para ello, considere su proyecto de presupuesto o se vea precisado a expedir el presentado por el Alcalde sin mayor estudio, y que aún en el caso de expedirlo el Concejo en tan corto tiempo, por razón de su objeción por el Alcalde, éstas no puedan llegar a ser consideradas por el concejo o que consideradas y rechazadas vayan al Tribunal Administrativo del Departamento, quien no disponga del tiempo para pronunciarse sobre ellas por entrar en vacaciones judiciales el 20 de diciembre y hasta el 11 de enero siguiente, con la consecuencia de que el alcalde ponga en ejecución su proyecto, todo lo cual es contrario a las disposiciones constitucionales y legales que, como lo afirma el *a-*

quo, recogen el principio tradicional de que no hay tributación sin representación popular.

En consecuencia, la Sala considera que el recurso de apelación no está llamado a prosperar y, por ello, deberá confirmarse la providencia recurrida.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

CONFIRMAR la providencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el día 9 de mayo de 1991, por medio de la cual se decretó la suspensión provisional de los actos acusados en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y devuelvase al Tribunal de origen.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL-Junta Directiva/ **ALCALDE**-Facultades

Mientras por el acto acusado se establece quiénes son los funcionarios que representan a la Administración en los Consejos o Juntas Directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado encargados de la prestación directa de los servicios municipales, en la norma superior de derecho, se preceptúa que esos representantes de la administración municipal son " el Alcalde y los funcionarios designados por él ". No cabe duda alguna de que existe una evidente contradicción que determina la suspensión provisional del acto de inferior jerarquía.
CONFIRMASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los literales b) y c) del artículo 1o. del Acuerdo 016 de 1986 del Concejo de Barranquilla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1781. Actor: Arcesio Castro Ahumada (Junta de Acción Comunal del Barrio San José). Recurso de apelación contra la providencia de 24 de abril de 1991, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó la suspensión provisional de los literales b) y c) del art. 1o. del Acuerdo 016 de 1986 del Concejo de Barranquilla.

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado especial del señor Alcalde del municipio de Barranquilla, contra la providencia de la referencia que decretó la suspensión provisional de los literales b) y c) del art. 1o. del Acuerdo 016 de 1986 del Concejo de la precitada ciudad, con base en las siguientes consideraciones del *a-quo:*

De la confrontación de los literales b) y c) del artículo 1o. del acto acusado -Acuerdo No. 016 de 1986-, según los cuales integran las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales encargadas de la prestación directa de los servicios municipales: " b) El Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal. c) El Secretario de Obras Públicas Municipales, "con el artículo 19 del Decreto 700 de 1987, " por el cual se reglamenta el Título IX del Código de Régimen Municipal, en lo relacionado con la conformación de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales ", surge " palmariamente que hay una transgresión manifiesta de una norma superior de derecho, puesto que no es el alcalde quien está designando a los funcionarios que representan a la administración sino el Concejo Municipal al establecerlo así en los literales transcritos".

I. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

El señor apoderado del municipio de Barranquilla, al interponer el recurso de apelación lo sustenta en las siguientes consideraciones:

a) La parte actora, en su demanda, no precisó e individualizó las normas del acto administrativo acusado -que son varias- cuya nulidad y suspensión provisional solicita, limitándose a indicar el Acuerdo que las contiene, razón por la cual no se cumplió con el requisito del art. 138 del C.C.A., lo que debió determinar la inadmisión de la demanda y su devolución al interesado para que procediera a la corrección dentro del término de ley.

b) La decisión de suspensión provisional constituye una decisión *extra-petita* del *a-quo,* por cuanto en el capítulo de " Suspensión Provisional "el actor incurre en el mismo error de no precisar o individualizar las normas del acto acusado que deben ser objeto de la medida precaulativa, y ello no se puede hacer por ser esta una jurisdicción rogada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita: 1o. La revocación del auto admisorio de la demanda: y 2o. Subsidiariamente, revocar el numeral 2o. de la providencia recurrida, en cuanto por ella se dispuso la suspensión provisional de los literales b) y c) del artículo 1o. del Acuerdo acusado.

II. LA DECISION

Para decidir, *se considera:*

1o. Como el auto admisorio de la demanda, no es susceptible del recurso de apelación para ante esta Corporación, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 129-2 y 181 del C.C.A., la Sala se abstendrá de considerar el recurso interpuesto por el señor apoderado del municipio de Barranquilla, en cuanto pretende que la Sala revoque dicho proveído del *a-quo.* Entrará, por el contrario,

a decidir sobre la petición que denomina " subsidiaria", para que se revoque la decisión del mismo de suspender provisionalmente los literales b) y c) del artículo 1o. del Acuerdo acusado.

2o. Realmente, como lo observa el recurrente, la parte actora no cumplió con la obligación que le impone el artículo 138 del C.C.A. de " individualizar con toda precisión " el acto demandado, pues, simple y llanamente, solicita la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 016 de 1986 del Concejo de Barranquilla, y en el capítulo respectivo, igualmente, su suspensión provisional.

Empero, la falta de cumplimiento en ese requisito o formalidad no constituye obstáculo para entrar a decidir la solicitud de suspensión provisional, en lo que hace relación a los literales b) y c) del artículo 1o. del Acuerdo demandado, por cuanto, como se observa en la providencia recurrida, el *a-quo,* haciendo uso de su poder o facultad de interpretación de la demanda, en la cual la parte actora se refiere expresamente a la violación ostensible del artículo 19 del decreto 700 de 1987, por parte de los literales b) y c) del artículo 1o. del Acuerdo 016 de 1986, encuentra que efectivamente dicha disposición ha sido quebrantada, y en ello la Sala no encuentra nada censurable si se tiene en cuenta, de una parte, que la doctrina y la jurisprudencia le han reconocido esa facultad al juez, y, de otro lado, tanto la ley (art. 4o. del C. de P.C.), como la actual Constitución Política de Colombia (art. 228), establecen la prevalencia del derecho sustancial, y la efectividad de los derechos reconocidos por la norma sustantiva como objetivo de las normas procesales.

En consecuencia, encontrando la Sala, como efectivamente lo encuentra, que los literales b) y c) del art. 1o. del Acuerdo acusado son contrarios al artículo 19 del decreto reglamentario 700 de 1987, ya que mientras por dichos literales del acto demandado se establece por el Concejo Municipal quiénes son los funcionarios que representan a la Administración en los Consejos o Juntas Directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales o comerciales del Estado encargadas de la prestación directa de los servicios municipales, en la norma superior del derecho, o sea, el art. 19 del decreto reglamentario 700 de 1987, se preceptúa que esos representantes de la administración municipal son " el Alcalde y los funcionarios designados por él ", no cabe duda alguna que existe esa evidente contradicción entre acto acusado y una disposición de superior categoría, que determina la suspensión provisional del acto de inferior jerarquía.

Estando, en esas condiciones, ajustada a derecho la decisión del *a-quo* habrá de confirmarse, pues el recurso interpuesto no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

CONFIRMASE el numeral segundo de la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico con fecha 24 de abril de 1991, por medio de la cual

se decretó la suspensión provisional de los literales b) y c) del artículo primero del Acuerdo acusado.

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 cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Guillermo Forero Mendoza,* Conjuez, Ausente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

EXPORTACION DE CARBON/ SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia

La competencia para dictar un acto puede estar conferida en normas diferentes de aquellas genericamente mencionadas en el acto mismo. De la lectura del acto enjuiciado no aparece de bulto que se esté coartando ni prohibiendo la exportación de carbón por el hecho de que se exija el cumplimiento de determinados requisitos de carácter técnico o permisos de otras autoridades para su transporte, almacenamiento y exportación, cuando sus principales motivaciones tienen que ver con la prevención de la contaminación ambiental y la protección de la salud de la población. El dilucidar si las medidas adoptadas en el acto enjuiciado son de competencia exclusiva y excluyente del Consejo Directivo de Comercio Exterior, o si por el contrario, existen otras autoridades que la tienen como las autoridades de policía, constituirá uno de los aspectos a establecer en el proceso que se encuentra en sus umbrales y a definir la sentencia que le ponga fin.
REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto 679 de 1990 (septiembre 13), expedido por el Alcalde de Barranquilla.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1793. Actor: Oscar Esparragoza Urina.

Procede la Sección Primera a resolver el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado por el Municipio de Barranquilla, contra el auto de 21 de enero de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto resolvió suspender provisionalmente los efectos del Decreto No.679 del 13 de septiembre de 1990, expedido por el Alcalde Mayor de la citada ciudad. " Por el cual se fijan requisitos para la exportación del carbón por la ciudad de Barranquilla ".

EL ACTO ACUSADO

Mediante el acto acusado se dispuso (fls. 24 a 26):

1. Establecer los requisitos para el transporte hasta el muelle, almacenamiento y exportación de carbón por el puerto de Barranquilla (art. 1o.).

2. Encargar al Director del Departamento Administrativo de Planeación Municipal la vigilancia encaminada a que los diseños y planos de construcción que se efectúen para el almacenamiento del carbón cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 1o. del mismo Decreto (art. 2o.).

3. Determinar los documentos que los interesados en la exportación de carbón deben acompañar a su solicitud de permiso (art. 3o.).

LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

La parte actora fundamenta la solicitud de suspensión provisional del acto acusado en la consideración de que éste viola abiertamente el artículo 84 del C.C.A., en cuanto a la incompetencia del funcionario que expidió el acto, y 20 de la -hoy derogada- Constitución Política, por extralimitación de funciones, lo cual surge de la sola confrontación del acto demandado con las normas en que se basa.

En efecto, expresa el actor, ni el el artículo 130 del Código de Régimen Municipal, ni el artículo 169 literal a) numeral 2) del Decreto 2324 de 1984 facultan al Alcalde para fijar requisitos para la exportación de producto alguno, como tampoco para autorizar la exportación de carbón por Barranquilla. El primero de los citados artículos "...lo faculta para emitir actos administrativos y como autoridad de policía ", y el segundo para expedir una certificación que ha de servir como requisito para que la División Marítima y Portuaria pueda "... otorgar concesión de uso y goce de una playa a orillas del Río Magdalena en jurisdicción del Municipio de Magdalena". Es decir, en materia de concesión de uso y goce de playas, DIMAR es el organismo competente.

Así, las normas en que se fundamenta el Decreto acusado no facultan al Alcalde para rendir un concepto y menos para legislar en materia de protección del medio ambiente. Tampoco puede autorizar o negar la exportación de carbón por Barranquilla aduciendo razones de protección ambiental y a la salud, ni establecer requisitos para la exportación de carbón, pues ellas no lo contemplan.

Además, " el Alcalde no es autoridad administrativa, ni de policía, con competencia para conocer en materia de protección al medio ambiente".

Por otra parte, se viola ostensiblemente el artículo 46 del Decreto 444 de 1967, el artículo 84 del C.C.A. por incompetencia y el artículo 20 de la -hoy derogada- Constitución Política por extralimitación de funciones, pues si en el primero de los citados se consagra la libertad de exportación, salvo las limitaciones o prohibiciones

establecidas por leyes o convenios internacionales, y el literal f) del mismo artículo otorga competencia al hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior para establecer restricciones encaminadas a proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables, por un decreto municipal no se pueden establecer limitaciones o prohibiciones a tal actividad exportadora, "... *so pretexto* de proteger los recursos naturales no renovables y el medio ambiente evidentemente es un recurso natural no renovable" (fls. 18 a 22).

LA PROVIDENCIA MATERIA DEL RECURSO

Las razones que asistieron al Tribunal del Atlántico para decretar la suspensión provisional del acto demandado son, en síntesis, las siguientes (fls. 29 a 34):

Las normas que cita y dan sustento al acto acusado no facultan al Jefe de la Administración Municipal "... para establecer requisitos con miras a la exportación del carbón por la ciudad de Barranquilla, ni genericamente a los alcaldes para reglamentar el transporte, el almacenamiento y la exportación del carbón cuya explotación se produce en el país ".

Consecuencia de lo anterior es la incompetencia del Alcalde Municipal de Barranquilla para regular la materia contenida en el Decreto impugnado y, con ello, la manifiesta infracción de los artículos 84 del C.C.A. y 20 de la Constitución Nacional, por extralimitación de funciones.

Por otra parte, también resulta palmaria la violación del primer inciso y del literal f) del artículo 46 del Decreto 444 de 1967, pues en ellos se consagra la libertad de exportación de productos nacionales y que sólo por leyes o convenios internacionales se puede limitar o prohibir dicha exportación, además de que la atribución de establecer restricciones para proteger la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables, reposa en el hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior.

LAS RAZONES DEL APELANTE

La parte demandada fundamenta su desacuerdo con la decisión del *a-quo,* por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 38 a 45):

1o. Siendo el artículo 84 del C.C.A. una norma enunciativa de las causales de nulidad de los actos administrativos, no puede predicarse su transgresión por parte del acto enjuiciado, el cual no viola ni restringe el uso de la acción a que él se refiere. En consecuencia, independientemente del análisis sobre la competencia o incompetencia del Alcalde para expedir el acto, no puede afirmarse que se violó tal norma, como lo hace desacertadamente el Tribunal.

Tampoco cabe predicarse la violación del artículo 20 de la -hoy derogada- Constitución Nacional, pues tal norma sólo contiene los principios generales sobre la responsabilidad tanto de los particulares como de los empleados públicos, los cuales son desarrollados mediante leyes. Así, si la responsabilidad de los agentes

del Estado se consagra en la Ley 13 de 1984 y en el Decreto 482 de 1985, aplicables a los empleados municipales por disposición del artículo 10o. de la Ley 49 de 1987, no se comprende cómo el acto acusado puede violar la mencionada norma constitucional, cuando corresponden a materias y asuntos distintos.

Si de conformidad con el artículo 130 del Código de Régimen Municipal, el Alcalde es Jefe de Policía en el Municipio y si en su entidad local y descentralizada ostenta el poder de policía, encaminado a aplicar limitaciones a la actividad de los particulares con el fin de mantener el orden público, el cual lleva ínsitas la prevención y eliminación de las perturbaciones a la seguridad, la tranquilidad, *la salubridad* y la moralidad públicas, mediante el acto acusado se garantiza a la comunidad el goce de un medio ambiente saludable, protegiendo su salud y la vida misma.

Además, es función del Alcalde, al tenor de lo dispuesto en el artículo 5o., numeral 3. de la Ley 49 de 1987, dictar las medidas que sobre orden público se requieran cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen.

2o. Como requisito para que la Dirección General Marítima y Portuaria pueda otorgar concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrenos de bajamar, se exige certificación del Alcalde en la que conste, entre otros aspectos, el que la proyectada construcción no ofrece *ningún inconveniente* a la respectiva municipalidad.

Frente a tal disposición, el Ejecutivo Municipal, entendiendo la importancia económica que la exportación de carbón podía tener para Barranquilla, pero también los perjuicios que su manejo incontrolado podía acarrear a la comunidad, y tomando como base el informe técnico rendido por la Universidad del Atlántico, creó un Comité "... que sugirió se establecieran los requisitos fijados en el Decreto 679 de 1990 los cuales la mayoría están consagrados en la Ley y otros pocos, obedecen al cumplimiento por parte del Alcalde de la obligación legal que tiene de preservar la salubridad pública, elemento fundamental de la noción de orden público ".

Por otra parte, el artículo 114 del Código Nacional de Policía señala que sólo de acuerdo con lo que dispongan los reglamentos de policía local, podrán establecerse depósito de explosivos o de materias inflamables, o industrias expuestas a peligro de explosión o de incendio, o aquellas que produzcan emanaciones dañinas para las cosas o peligrosas para la salud de los habitantes.

Si bien la competencia de los alcaldes en la materia de la concesión a que se refiere el Decreto 2324 de 1984 se circunscribe a expedir una certificación, entre otras cosas, calificando la posible inconveniencia de la construcción, ello no es obstáculo para que tales funcionarios establezcan requisitos relacionados con el transporte, conducción y manejo de carbón, el cual ofrece graves riesgos para la salud de los barranquilleros y para el medio ambiente.

Por último, " El Decreto 679 de 1990 busca evitar los riesgos de enfermedad y contaminación que el manejo del mineral pueden producir. Esta constituye una medida de policía que permitirá garantizar la salubridad pública".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Partiendo de las razones en que se centran los motivos de inconformidad de la entidad demandada en su escrito apelatorio, en el sentido de que el Alcalde de Barranquilla sí disponía de los mecanismos legales para dictar el acto materia de la suspensión provisional, la Sala se adentrará en las razones que adujo el *a-quo* para decretar tal medida.

Como se expresó en el *acápite* pertinente de esta providencia, el Tribunal de primera instancia fundamentó su decisión en que las normas con base en las cuales se expidió el acto enjuiciado no facultan al Alcalde para establecer requisitos a la exportación de carbón, ni para reglamentar su transporte, almacenamiento y exportación.

Igualmente, considera palmaria la violación del primer inciso y del literal f) del artículo 46 del Decreto 444 de 1967, por considerar, en suma, que el acto acusado restringe la libertad de exportación del mencionado producto y que, contrariamente a lo allí consagrado, tan solo el Consejo Directivo de Comercio Exterior está habilitado, en materia de exportación, para dictar medidas tendientes a la protección de la flora, la fauna y los recursos naturales no renovables.

El primer punto de la providencia recurrida que se analizará es el concerniente a la posibilidad jurídica de fundamentar la medida de suspensión provisional adoptada, en el hecho de que las normas en que dice basarse el acto demandado no otorgan competencia al Ejecutivo Municipal para desarrollar la materia a que él se refiere.

A este respecto, si la prosperidad de la medida de suspensión provisional reposa, en términos generales, sobre la base de la flagrante transgresión de normas de superior jerarquía por parte del acto acusado, para la Sala resulta claro que de una simple confrontación de las normas citadas como fundamento de un acto administrativo, con el contenido del acto mismo, no puede dar como resultado, en la mayoría de los casos, tal flagrancia, pues suele ocurrir que las facultades que se expresa ejercer tengan su fuente primaria en otras normas o que, por la generalidad de las normas invocadas, no pueda determinarse, *prima facie,* si se presenta o no su abierta contradicción. Lo anterior, por cuanto la competencia para dictar el acto puede estar conferida en normas diferentes de aquellas genericamente mencionadas en el acto mismo.

Así, hecha tal precisión, se tiene que si el acto acusado fue expedido por el Alcalde de Barranquilla, en primer término, " en uso de sus facultades legales ", cabe preguntarse cuáles son aquellas normas que le atribuyen tales " facultades ". Se tratará de aquélla que le asigna competencia para dictar " las providencias

necesarias en todos los ramos de la administración "?, o de aquéllos que debe dictar como " Jefe de Policía en el Municipio ". Tal como lo expresa uno de los fundamentos legales del acto acusado ?.

A manera de ejemplo, cabe pensar en este momento procesal si por el hecho de citar como fundamento del acto enjuiciado una norma de naturaleza tan general, objetiva y abstracta como lo es el artículo 130 del Decreto 1333 de 1986, en la cual se erige al Alcalde como jefe de la administración pública y primera autoridad de policía en el municipio y se trazan los parámetros generales de su actividad, el ejecutivo municipal carezca en absoluto de competencia para regular materias tan específicas, como sucede en el caso bajo estudio, por el hecho de que tales materias no se mencionen expresamente en la norma superior citada. La Sala estima que para llegar a tal conclusión habría que hacer elaborados y minuciosos razonamientos que, por sí mismos, escapan a la naturaleza y fines de la medida precautelativa decretada.

Los mismos razonamientos anteriores pueden aplicarse en relación con la facultad que el Alcalde de Barranquilla pretende derivar del numeral 2., literal a) del artículo 169 del Decreto 2324 de 1984, pues de su confrontación con el acto acusado no se encuentra, a primera vista, que mediante éste se estén otorgando concesiones para uso y goce de las playas marítimas y de los terrrenos de bajamar, como tampoco que se estén regulando aspectos relacionados con la certificación de que allí se habla.

Menos aún podría fundamentarse la procedencia de la suspensión provisional en una violación directa del artículo 20 de la -hoy derogada- Constitución Política, cuando bien es sabido que las normas de tal carácter sólo pueden infringirse indirectamente por inobservancia de las disposiciones que las reglamentan y, entratándose de responsabilidad de los funcionarios públicos, es la ley la que precisa tal responsabilidad y los hechos y conductas que la configuran.

Por otra parte, en la providencia impugnada se estiman, igualmente violadas en forma manifiesta las ya citadas disposiciones del artículo 46 del Decreto 444 de 1967.

Para la Sala tampoco resulta ostensible la violación de su primer inciso, pues lo cierto es que de la lectura del acto enjuiciado no aparece de bulto que se esté coartando ni prohibiendo la exportación de carbón por el hecho de que se exija el cumplimiento de determinados requisitos de carácter técnico o permisos de otras autoridades para su transporte, almacenamiento y exportación por el Puerto de Barranquílla, cuando sus principales motivaciones tienen que ver con la prevención de la contaminación ambiental y la protección de la salud de la población que habita en tal municipio.

Además, si bien de conformidad con el literal f) del artículo 46 del Decreto 444 de 1967 corresponde al hoy Consejo Directivo de Comercio Exterior, en materia de exportaciones, " Establecer restricciones para proteger la flora, la fauna *y los*

recursos naturales no renovables ", no lo es menos que, contrariamente a lo afirmado por el actor en sustento de la medida decretada, el aire (atmósfera) y el agua son *recursos naturales renovables,* de conformidad con lo establecido en el artículo 3o. del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente (Decreto 2811 de 1974). Es, por el contrario, el Código de Minas (Decreto 2655 de 1988) el que regula el régimen de los recursos naturales no renovables, como se expresa en su artículo 2o.

Tampoco cabe afirmar, como lo hace el Tribunal en la providencia apelada, que " el medio ambiente es un recurso natural no renovable ", pues precisamente, el artículo 2o. de la Ley 23 de 1973, lo define como renovable.

En suma, el dilucidar si las medidas adoptadas en el acto enjuiciado son de competencia exclusiva y excluyente del Consejo Directivo de Comercio Exterior, o si por el contrario, existen otras autoridades que la tienen, como las autoridades de policía, constituirá uno de los aspectos a establecer en el proceso que se encuentra en sus umbrales y a definir en la sentencia que le ponga fin.

En consecuencia, se revocará el auto apelado en razón a no evidenciarse una flagrante violación de las normas invocadas por la parte actora.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Sección Primera del Consejo de Estado,

RESUELVE :

1o. REVOCAR la providencia de enero 21 de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en cuanto decretó la suspensión provisional del Decreto 679 del 13 de septiembre de 1990, expedido por el Alcalde de Barranquilla y, en su lugar, DENEGAR la suspensión provisional del citado acto.

2o. En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Guillermo Forero Mendoza,* Conjuez, Ausente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONTROL FISCAL MUNICIPAL/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL- Facultades

Los actos acusados violan la Constitución de 1886 y el CRD (art. 244), dado que según éstos la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios en donde no exista Contraloría Municipal, está a cargo de las Contralorías Departamentales. Igualmente se viola el Código Fiscal del Quindío, ya que éste prevé que la Contraloría General del Departamento ejercerá los controles previo, perceptivo y posterior y de gestión o de resultados, y no unicamente el posterior, conforme se estableció en el acto acusado.
DECLARASE LA NULIDAD de los artículos 1o. en la parte que dice "control y fiscalización " y 238 del Decreto Extraordinario 004 de 1989 (enero 18), expedido por el Alcalde Municipal de Génova (Quindío), y del artículo 1o. del Acuerdo 006 de 1989 (marzo 26) expedido por el Concejo Municipal del mismo municipio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre trece (13) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1408. Actora: Alba Stella Buitrago Pérez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante ALBA STELLA BUITRAGO PEREZ contra la sentencia de 15 de Diciembre de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante la cual se declaró inhibido para estudiar la legalidad del artículo 244 del Decreto 1222 de 1986 y negó la nulidad del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989, expedido por la Alcaldía Municipal de Génova (Quindío), y la del Acuerdo 006 de 26 de Marzo de 1989, expedido por el Concejo del mismo Municipio.

I. ANTECEDENTES

1.1. ALBA STELLA BUITRAGO PEREZ presentó demanda ante el Tribunal del Quindío el día 27 de Junio de 1989 tendiente a obtener la nulidad del Decreto Extraordinario Número 004 de 18 de Enero de 1989, expedido por la Alcaldía Municipal de Génova (Quindío), " POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL CODIGO FISCAL DEL MUNICIPIO DE GENOVA QUINDIO " del Acuerdo Número 006 de 26 de Marzo de 1989, expedido por el Concejo de la misma localidad, " POR MEDIO DEL CUAL SE HACEN UNAS REFORMAS AL CODIGO FISCAL MUNICIPAL " y del inciso 2o. del artículo 244 del Decreto-Ley 1222 de 1986.

Como fundamentos de derecho de sus pretensiones adujo la transgresión ostensible del inciso 2o. del artículo 190 de la Constitución Nacional y del inciso 2o. del artículo 244 del Decreto-Ley 1222 de 1986.

1.2. El Tribunal *a-quo* le imprimió a la demanda el trámite del procedimiento ordinario y dispuso la suspensión provisional de los artículos 1o. y 238 del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989 y del artículo 1o. del Acuerdo 006 de 26 de Marzo del mismo año, acusados.

1.3. Culminó la primera instancia con el proferimiento de la sentencia de 15 de Diciembre de 1989, en la cual el falladór de primer grado se declaró inhibido, por incompetencia, para estudiar la legalidad del artículo 244 del Decreto-Ley 1222 de 1986 y negó la nulidad del Decreto y Acuerdo demandados.

1.4. La sentencia fue apelada oportunamente por la demandante ALBA STELLA BUITRAGO PEREZ en escrito de 11 de Enero de 1990, visible a folios 48 a 52.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Contiene dos clases de pronunciamientos: inhibitorio y de mérito.

II.1. En primer lugar, el fallador de primera instancia se declaró inhibido de pronunciarse sobre la legalidad del artículo 244 del Decreto-Ley 1222 de 1986 aduciendo incompetencia por cuanto, a su juicio, el numeral primero del artículo 128 del C.C.A. adscribe al conocimiento del Consejo de Estado los procesos de nulidad contra los actos administrativos del orden nacional.

II.2. En relación con las pretensiones de nulidad del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989 " POR MEDIO DEL CUAL SE EXPIDE EL CODIGO FISCAL DEL MUNICIPIO DE GENOVA QUINDIO", dictado por la Alcaldía del Municipio de Génova (Quindío) y del Acuerdo Número 006 de 26 de Marzo de 1989, " POR MEDIO DEL CUAL SE HACEN UNAS REFORMAS AL CODIGO FISCAL MUNICIPAL ", expedido por el Concejo Municipal de Génova, las despachó desfavorablemente, aduciendo lo siguiente:

a): El argumento central de la demanda es que la vigilancia de la gestión fiscal en el Municipio de Génova corresponde al Contralor General del Departamento del Quindío, en virtud de que en dicho Municipio no existe Contralor Municipal.

b): En el expediente se hecha de menos la prueba de que en Génova no existe Contralor Municipal, que ha debido ser aportada por la demandante para respaldar su afirmación en tal sentido, por no tratarse de alguno de los casos que regula el artículo 177 del C.C.A. en que se exonera a la parte de la carga de la prueba. Es decir, la parte actora no demostró el fundamento fáctico del planteamiento jurídico de su demanda.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En relación con el pronunciamiento inhibitorio del Tribunal, manifiesta la recurrente que carece de fuerza jurídica en razón a que en la demanda el artículo 244 del Decreto 1222 de 1986 se invoca como violado, y no demandado, y su texto es el mismo del artículo 190 de la Constitución Nacional y con base en ello fue que el Tribunal decretó la suspensión provisional de los artículos 1o. y 238 del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989 acusado.

En lo tocante al fondo de la demanda, aporta con su escrito de sustentación del recurso, certificaciones del señor Jefe de Auditores de la Contraloría Departamental del Quindío y de la señora Secretaria del Concejo Municipal de Génova (Quindío), en las cuales dan fe que en tal localidad no existe Contraloría Municipal y la vigilancia fiscal la ejerce un Auditor Fiscal Delegado por la Contraloría General del Departamento.

Con estas pruebas considera que queda demostrado que el Municipio de Génova no posee Contraloría y por tal motivo la vigilancia de la gestión fiscal está encargada a la Contraloría General de ese Departamento, lo que estima razón suficiente para que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

IV. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación se muestra partidario en su vista que se acceda a las pretensiones de la recurrente, aduciendo lo siguiente:

Los artículos demandados por la actora, 1o. y 238 del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989, pertenecientes al llamado Código fiscal del Municipio de Génova (Quindío), determinan normas sobre fiscalización y control del erario municipal y sus entidades descentralizadas y el ejercicio exclusivo de un control sólo posterior, lo cual contraría el contenido de los artículos 190 de la Constitución Nacional y 244 del Decreto 1222 de 1986 en cuanto estos disponen que la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios deberá ser llevada a cabo por las Contralorías Departamentales.

A folio 53 y 54 del expediente aparecen certificaciones de la Contraloría General del Departamento del Quindío y del Concejo Municipal en el sentido de que allí no existe Contraloría Municipal y el control se ejerce por un Auditor Delegado de la Contraloría Departamental. Estas certificaciones se consideran suficientes para pedir que se invaliden los actos demandados: los artículos 1o. y 238 del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989 y el artículo 1o. del Acuerdo 006 de 26 de Marzo de 1989.

En lo referente a la presunta transgresión del Acuerdo 16 de 26 de Noviembre de 1988, considera que él se limita a conceder facultades extraordinarias el ejecutivo municipal, para que expida el Código Fiscal, hecho éste que no impide que las Contralorías Municipales sean las que llevan a efecto la fiscalización de las entidades municipales, lo cual en nada contraría la naturaleza del ente fiscalizador.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En lo tocante a la censura que plantea la recurrente contra la decisión inhibitoria del Tribunal de pronunciarse sobre la legalidad del artículo 244 del Decreto-Ley 1222 de 1986, la Sala se permite observar que no le asiste la razón en cuanto afirma que no solicitó la nulidad del mencionado Decreto-Ley, pues, si se analiza con detenimiento el acápite correspondiente del *petitum* de la demanda se advierte que, además de pedir la nulidad del Decreto 004 de 18 de Enero de 1989 y del Acuerdo 006 de 26 de Marzo del mismo año, formuló idéntica súplica respecto del mencionado artículo 244 en su inciso 2o. (folio 2).

La Sala comparte la decisión inhibitoria del inferior a este respecto, pero no las consideraciones por él expuestas en la sentencia recurrida, ya que el 1222 de 1986 tiene la categoría de Decreto Ley, dictado por el Gobierno Nacional en virtud de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso de la República a través de la ley 3a. de 1986. Por tanto, su control de constitucionalidad correspondía a la Corte Suprema de Justicia, según lo preceptuaba el ordinal 2o. del artículo 214 de la Constitución de 1886 (en la nueva Constitución corresponde a la Corte Constitucional, por ministerio de su artículo 241 ordinal 5o). No tiene en consecuencia, categoría de acto administrativo del orden nacional, conforme lo afirmó el *a quo* para declarar su incompetencia y así inhibirse de decidir sobre su legalidad.

En lo referente a la decisión de fondo adoptada por el Tribunal, de denegar la nulidad de los actos acusados por no aparecer en el proceso la prueba de que en el Municipio de Génova no existe Contraloría Municipal, la Sala considera que la situación ha cambiado en esta instancia dado que a través de un auto para mejor proveer proferido el 5 de Agosto del año en curso, se lograron recaudar certificaciones de la Contraloría General del Departamento del Quindío, de la Alcaldía y del Concejo Municipal de Génova, que demuestran que el control fiscal está a cargo de la primera entidad a través de una auditoría delegada (folios 72 a 76).

Con los documentos enunciados, recobran plena virtualidad las consideraciones hechas por el Tribunal *a quo* en el auto de 10 de Julio de 1989 al disponer la suspensión provisional de los artículos 1o. y 238 del Decreto Extraordinario 004 de 18 de Enero de 1989, expedido por la Alcaldía Municipal de Génova, y del 1o. del Acuerdo 006 de 26 de Marzo de 1989, emanado del Concejo del expresado municipio, que reformó el artículo 17 del Decreto 004 antes mencionado; y que denegó dicha medida precautoria respecto de las demás normas del Decreto y Acuerdo citados.

La suspensión provisional de los tres preceptos se dispuso habida cuenta de la violación manifiesta de los artículos 190 de la Constitución de 1886 -que corresponde al 272 de la actual-, del 244 del Código de Régimen Departamental y del 518 del Código Fiscal del Quindío (Ordenanza número 25 de 1987 de la Asamblea Departamental del Quindío).

En efecto, a través de los artículos 1o. y 238 del Decreto 004 de 1989 se dispone, en su orden, que el Código Fiscal del Municipio de Génova comprende las normas y procedimientos sobre organización, administración, disposición, constitución, control y fiscalización del patrimonio público municipal y de sus entidades descentralizadas; y que la intervención de la Contraloría General del Departamento se limita al ejercicio de un control posterior que consiste en la revisión de los procedimientos y operaciones que se hayan ejecutado durante los trámites de la Administración para verificar si éstos se cumplieron de acuerdo con las normas, leyes y reglamentos establecidos.

El artículo 1o. del Acuerdo 006 de 1989, por su parte, reformó el artículo 17 del Decreto Extraordinario 004 de 18 de Enero de 1989, ordenando que en los casos no previstos en dicho Decreto el control y vigilancia de la gestión fiscal y financiera de la Administración Municipal y de sus entidades descentralizadas, se regirá por las normas vigentes de carácter superior.

Los tres artículos acusados vulneran ostensiblemente el artículo 190 de la Carta de 1886 y el artículo 244 del Código de Régimen Departamental, dado que según éstos la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios en donde no exista Contraloría Municipal, como Génova, está a cargo de las Contralorías Departamentales.

Igualmente el artículo 238 en referencia, transgrede el artículo 18 del Código Fiscal del Quindío, ya que éste prevé que la Contraloría General del Departamento ejercerá los controles: previo, perceptivo, posterior y de gestión o de resultados, y no unicamente el posterior, conforme se estableció en la norma municipal acusada.

Se declarará, en consecuencia, la nulidad de dichos preceptos de las normas municipales antes mencionadas, pero con la precisión de que la del artículo 1o. del Decreto-Extraordinario 004 de 18 de Enero de 1989 se circunscribirá al aparte " "control y fiscalización ", por cuanto es en lo único que pugna con las normas superiores de derecho invocadas como violadas.

La Sala estima, al igual que el *a quo,* que respecto a los demás artículos del Decreto-Extraordinario y del Acuerdo acusados, no debe accederse a declarar su nulidad dado que se refieren a materias completamente diferentes y ajenas al control fiscal, como son verbigracia, las normas referentes a presupuesto y a contratos, contenidas en ellos.

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,

F A L L A :

1o): Se confirma la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío de 15 de Diciembre de 1989 en cuanto en su punto 1o. se declaró inhibido para pronunciarse sobre la legalidad del artículo 244 del Decreto 1222 de 1986, pero con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2o): Se revocan parcialmente los puntos 2o. y 3o. de la mencionada sentencia, en cuanto se negó la nulidad de los artículos 1o. y 238 del Decreto Extraordinario 004 de 18 de Enero del 1989, expedido por la Alcaldía Municipal de Génova (Quindío), y del artículo 1o. del Acuerdo 006 de 26 de Marzo de 1989 del Concejo de Génova (Quindío).

3o): Declárase la nulidad de los artículos: 1o, en el aparte que dice "control y fiscalización " y 238 del Decreto Extraordinario 004 de 18 de Enero de 1989, expedido por el Alcalde Municipal de Génova (Quindío), y del artículo 1o. del Acuerdo 006 de 26 de Marzo de 1989, expedido por el Concejo del mismo Municipio.

4o): Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 12 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/ ESTABLECIMIENTO PUBLICO

No es la ley la que determina qué entidades descentralizadas son establecimientos públicos o empresas industriales del Estado, pues no existe ninguna norma que así lo determine, sino que es en su creación donde se establece de qué clase de ente descentralizado se trata, máxime si es para la prestación de servicios públicos. Tampoco es cierto que los establecimientos públicos tengan unicamente funciones administrativas, ya que esa actividad es principal pero no exclusiva.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1484. Actor: José Rafael Cervantes Acosta y Jairo Villegas Arbeláez.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 26 de febrero de 1990.

I. ANTECEDENTES

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

Los ciudadanos JOSE RAFAEL CERVANTES ACOSTA Y JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en libelos separados que posteriormente fueron acumulados, la nulidad de los artículos 1o., 2o. y 3o. del Acuerdo No.50 de 1961 y 1o., 3o. y 35 del Acuerdo No.82 de 1987, expedidos por el Concejo Municipal de Cali.

b. *Los actos acusados*

Son los acuerdos citados, " en cuanto caracterizan y definen como 'Establecimiento Público ' al ' ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI -EMCALI-'", según la propia expresión de los demandantes, actos administrativos que corren a folios 2 a 18 del cuaderno 1 y 2 a 37 del cuaderno 1A.

El texto de los artículos cuya nulidad se pretende es del siguiente tenor:

Acuerdo No.50 del 1o. de diciembre de 1961, " POR EL CUAL SE CONSTITUYE EL " ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI " -EMCALI- COMO ORGANISMO AUTONOMO CON PERSONERIA JURIDICA Y PATRIMONIO PROPIO ".

" *Artículo 1o.* Créase un organismo autónomo, con carácter legal de establecimiento público descentralizado, el cual será una persona jurídica de Derecho Público, que tendrá el patrimonio propio que se le asigna en este Acuerdo y las facultades para ejercer funciones de servicio público propias de la administración Municipal, para lo cual se le delegan los derechos y obligaciones inherentes al Municipio de Cali en el desempeño de tales funciones, las cuales ejercerá dentro de las actividades propias de los servicios que se le encomiendan con las atribuciones, limitaciones, responsabilidades y obligaciones que le correspondan conforme a la naturaleza de su constitución administrativa municipal, de acuerdo con la Constitución y las leyes y las normas que se establecen por medio del presente Acuerdo.

" *Artículo 2o.* El establecimiento público descentralizado que se crea por el presente Acuerdo sustituye a las actuales " Empresas Municipales de Cali ", en sus funciones, obligaciones y derechos. Como persona jurídica, será sujeto de los derechos inherentes a esa calidad, de acuerdo con las normas legales, y de los que corresponderían al Municipio de Cali para atender a los servicios públicos de competencia del Establecimiento, y como entidad de derecho público, sus actos estarán sometidos a la jurisdicción administrativa de conformidad con lo prescrito por la Ley 167 de 1941 y las disposiciones legales que la adicionen o reformen.

" *Artículo 3o.* El Establecimiento Público Descentralizado que se crea por el presente Acuerdo, para todos los efectos legales se denominará "ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI". Este nombre, condensado en la sigla " EMCALI " será válido para designarlo en todos los documentos públicos y privados. -EMCALI-, como unidad administrativa especialmente creada para tal fin, tendrá como objetivo de su fundación y de su existencia legal, la dirección, organización, administración, ensanches, conservación y mantenimiento de las Empresas e instalaciones de propiedad del Municipio de Cali que constituyen el Acueducto Municipal, el Alcantarillado Municipal, la Empresa de Energía Eléctrica Municipal, la

Empresa Telefónica Municipal, las Plazas de Mercado y de Ferias, y el Matadero Municipal. Estas funciones las cumplirá para prestar los servicios públicos que están obligadas a suministrar cada una de tales empresas, y para el fomento económico y social de la comunidad residente en el Municipio de Cali. Para que cumpla a cabalidad tales funciones, EMCALI queda dotado de competencia y autonomía para todo lo relacionado con la administración y ampliación de los servicios públicos expresados ".

Acuerdo No. 82 del 16 de enero de 1987 " POR EL CUAL SE REFORMAN LOS ESTATUTOS DEL ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI ".

" EL CONCEJO MUNICIPAL DE SANTIAGO DE CALI, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el Artículo 26 de la Ley 11 de 1986 y el Decreto Ley 1333 de 1986,

CONSIDERANDO :

"...

ACUERDA :

" *ARTICULO 1o.* El Artículo 3o. del Acuerdo 50 de 1961 se modificará así: " El Establecimiento Público Descentralizado que se crea por el presente Acuerdo para todos los efectos legales se denominará "Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali "este nombre condensado en la sigla EMCALI será válido para designarlo en todos los documentos públicos y privados.

" EMCALI tendrá como objetivo de su fundación y de su existencia legal la dirección, organización, administración, ensanches, conservación y mantenimiento de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos y para el fomento económico y social de la comunidad residente en el Municipio de Cali.

" Para que cumpla a cabalidad tales funciones, Emcali queda dotado de competencia y autonomía para todo lo relacionado con la administración y ampliación de los servicios públicos expresados.

" *ARTICULO 3o.* El Artículo 8o. del Acuerdo 50 de 1961 se modificará así: " El domicilio del Establecimiento EMCALI será la Ciudad de Cali; la prestación de sus servicios públicos será en el Municipio de Cali. Podrá prestar los servicios que administra, a Municipios distintos de Cali, celebrando con ellos o con otras entidades públicas, contratos que tengan ese objeto. Podrá celebrar así mismo, con personas públicas y privadas, naturales y jurídicas, toda clase de contratos sobre prestación, intercambio e interconexión de servicios. La extensión de servicios a otros municipios solamente podrá hacerse sin perjuicio de la satisfacción de las necesidades del Municipio de Cali

y de sus personas naturales y jurídicas, las cuales deben ser atendidas de manera preferente.

" *ARTICULO 35.* El Artículo 65 del Acuerdo 50 de 1961 se modificará así:

" El Establecimiento Público Empresas Municipales de Cali, EMCALI, podrá aplicar la contribución de Valorización por las obras de interés Público a su cargo cuya contribución beneficie a la propiedad inmueble. La liquidación, distribución y recaudación de las contribuciones de Valorización por estas obras, se harán por EMCALI, dentro de las normas generales de la Ley y según las disposiciones especiales del Acuerdo No. 51 de Junio 13 de 1986 ".

c. *Los hechos de la demanda*

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 20 y 21 del Cdno. 1 y 38 a 40 del Cdno. 1A):

1. Los servicios públicos de telefonía, acueducto, alcantarillado, plaza de mercado, y el matadero público, son prestados en las primeras décadas de este siglo por los particulares, con carácter " netamente comercial ", a través de una Junta Administradora integrada prevalentemente por el capital bancario privado, con fundamento en contratos celebrados por escrituras públicas aprobadas por acuerdos del Concejo Municipal de Cali, documentos identificados en los acápites de pruebas de las demandas acumuladas.

2. En 1938 se expidió la Ley 126 que declaró de utilidad pública las empresas de energía, telefonía y acueducto, y con fundamento en ella, el Concejo Municipal de Cali " MUNICIPALIZO " los servicios de energía eléctrica y de telefonía, y ordenó que las respectivas empresas se incorporaran como secciones separadas a las " Empresas Municipales ", a través de acuerdos que expidió en 1944.

3. El 1o. de diciembre de 1961, el Concejo Municipal de Cali expide el Acuerdo No.50 mediante el cual se crea un Establecimiento Público denominado "ESTABLECIMIENTO PUBLICO EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI-, conforme a sus artículos 1o. y 3o., que ' sustituye a las actuales ' "EMPRESAS MUNICIPALES de Cali ""en la prestación de los servicios públicos referidos, de acuerdo con su artículo 2o.

d. *Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación* (fls. 21 a 27 del c.1 y 40 a 46 del c.1A):

Señala la parte actora como normas violadas, las siguientes: Acto Legislativo No.5 de 1954 y artículo 1o. de la Ley 151 de 1959. Constitución Nacional, art. 197 nums. 3o. y 4o.; Decreto Legislativo No. 1050 de 1968, arts. 5o., 6o., 26 Lit. b) y 35; Decreto Legislativo No.3130 de 1968, art. 45; Ley 153 de 1887, arts. 1o., 2o., 3o., 9o. y 12o. Ley 11 de 1986, art. 2o. y 35 Transitorio en concordancia con el D.1333 de 1986, arts. 156 y 165.

Primer Cargo. Cuando se expidió el Acuerdo 50 de 1961, acusado, Servicio Público equivalía a Establecimiento Público por cuanto esta era la única forma de descentralización por servicios, conforme al Acto Legislativo No.5 de 1954 y Ley 151 de 1959, artículo primero.

Con fundamento en estas disposiciones el legislador podía crear establecimientos públicos, o autorizar a los departamentos y municipios crearlos dentro de sus respectivos territorios, y en el caso *sub exámine* no hubo ley que creara o autorizara al Municipio de Cali la creación del establecimiento público EMCALI, produciéndose con el art. 1o. del Acuerdo 50 de 1961 la violación por este aspecto de la disposición constitucional citada.

Segundo cargo. La precedente regulación constitucional y legal cambió con el Acto Legislativo No. 1 de 1968 que modificó el artículo 1974 de la Constitución Nacional, al crearse otra entidad descentralizada, la Empresa Industrial y Comercial Municipal.

En desarrollo de la reforma constitucional de 1968 se definió y caracterizó la antigua figura de establecimiento público y la nueva de la empresa industrial y comercial, distinguiéndolas, a partir del ejercicio de "funciones administrativas " la primera, y " actividades industriales y comerciales ", la segunda, criterios plasmados en los artículos 5o. y 6o. del Decreto 1050 de 1968, a los cuales debían ajustarse por mandato expreso del artículo 35 ibídem, concordante con el 45 del Decreto 3130 del mismo año, mediante las correspondientes reformas estatutarias, función específica de sus Consejos Directivos, que tienen que ser sometidas para su validez y vigencia a la aprobación del Gobierno, a voces con el literal b) del artículo 26 del citado decreto 1050 de 1968.

Esta imperativa reorganización de los entes señalados es criterio reafirmado en los artículos 26 y 35 de la Ley 11 de 1986 concordantes con los artículos 156 y 165 del Decreto 1333 del mismo año que someten su reestructuración a las normas legales. Y aún antes de la expedición de estas últimas disposiciones, aquellos decretos, llamados de la *Reforma Administrativa de 1968,* " en lo que se refiere a la Administración Pública y en especial de los Establecimientos Públicos, Empresas Industriales y Comerciales y Sociedades de Economía Mixta, *se aplican* en el orden Departamental y *Municipal,* no sólo en cuanto dichos decretos no se limitan al orden Nacional, sino porque de no aplicarse a tales órdenes, se produciría en ellos un vacío legislativo que sería preciso llenar con las disposiciones de tales Decretos"(Consejo de Estado, Sección II, Ponente doctor Ignacio Reyes Posada, junio 7 de 1980, Exp. No. 4186, Anales 1980, Tomo XCVIII). (Subrayas del actor, pág.44 Cdno. 1A).

Y si se analiza el fenómeno planteado, consignan igualmente los demandantes, " no a partir del num.4o., sino del 3o. del art. 197 Constitucional, en cuanto atribución del Concejo Municipal de Cali, para 'Determinar la estructura de la Administración Municipal ', tengase en cuenta que ella está subordinada, como lo

preceptúa el primer párrafo del art. 197 a que todo se ajuste ' conforme a la Ley ", esto es, al Dec.1050 de 1968, art. 6o. y 45 y al Dec. 3130 de 1968, art. 45, ya que:

' la expresión ' determinar la estructura de la administración ' debe comprender también la modificación y extinción de los existentes, pues nada se habría hecho exigiendo requisitos para la determinación de las estructuras o la creación de los Establecimientos Públicos, si esos requisitos no fueran ya necesarios para modificar o alterar de cualquier forma esencial las estructuras y los Establecimientos Públicos existentes ' (Consejo de Estado, Sección I, marzo 6 de 1972, Anales Tomo 82, nums. 431,432, pág. 453)". (Fls. 44 y 45 Cdno. No. 1A).

Derogados el Acto Legislativo No.5 de 1954 y la Ley 151 de 1959, a EMCALI le correspondía haberse reclasificado como EMPRESA COMERCIAL, del orden municipal, de acuerdo a la naturaleza de sus actividades tipicamente comerciales, conforme, ya se ha explicado, a los Decretos 1050 y 3130 de 1968, artículos 35 y 45, respectivamente, y por la vía de la reforma estatutaria, a través de su Junta Directiva, por Acuerdo sujeto a la ratificación por Decreto del Alcalde Municipal.

Refuerza esta censura la circunstancia, igualmente posterior a la Reforma Administrativa de 1968, plasmada en los artículos 3o., 15 y 18 del Decreto 2804 de 1975 y 31 del decreto 1157 de 1976 que, aunque tienen como referencia a INSFOPAL, determinan la naturaleza comercial de los servicios de Acueducto, Alcantarillado, Matadero, Aseo Público y Plazas de Mercado, al precisar además que dichos servicios serán prestados por entidades organizadas como Empresas Industriales y Comerciales de orden municipal, como lo es exactamente el caso de EMCALI.

Al haberse EMCALI rebelado contra la Constitución y la Ley, apegada a normas derogadas, quebrantó con la expedición de los Acuerdos acusados las disposiciones que en este cargo han sido señaladas como infringidas, destacándose además que el Concejo Municipal de Cali al expedir el Acuerdo 82 de 1987, en vez de reformar el estatuto orgánico ajustándolo a la Ley 11 de 1986, esto es, superando la noción de " Establecimiento Público " atribuída a EMCALI con base en normas vigentes en 1961, cuando la creó mediante el Acuerdo 50, procedió a reiterar tal noción, omitiendo la Ley o Estatuto Básico de las entidades descentralizadas y, en especial, violando la caracterización y diferencias existentes desde 1968 entre establecimiento público y empresa industrial y comercial, con el agravante que lo hizo directamente, y no por su junta directiva mediante acuerdo ratificado por decreto del alcalde municipal en cumplimiento del ya invocado artículo 26, literal b), del Decreto 1050 de 1968.

e. *Las razones de la defensa*

En las contestaciones de las demandas y en los alegatos de conclusión, actuaciones producidas antes de la acumulación de aquellas, la parte demandada, EMCALI. como la impugnadora, el Municipio de Cali, expresan, en síntesis, los

siguientes argumentos (fls. 140 a 146, 149 a 153, 319 a 322, 336 y 337 del Cdno. No. 1; 56 a 65, 209 a 213, 398 a 402, 403 a 404, del Cdno. No.1A):

No existe disposición legal, como lo pretenden los demandantes, que en forma expresa califique como actividades de naturaleza industrial o comercial las que desarrolla el establecimiento público EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI - EMCALI-, en virtud del acuerdo que las creó, como son la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos.

En los Decretos 1050 y 3130 de 1968 que desarrollaron el Acto Legislativo No.1 de 1968 el cual estableció la naturaleza que podrían presentar los entes públicos que tuvieran por objeto la prestación de servicios públicos, tales como acueducto, alcantarillado, energía, teléfonos, etc., se consagró que dichos entes podían ser establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, como tipos principales.

Estas modalidades han sido reiteradas posteriormente por el Legislador como se observa en el Decreto 1333 de 1986 y en el Decreto 700 del 20 de abril de 1987 que reglamenta el título IX. del Código de Régimen Municipal en lo relacionado con la conformación de juntas o consejos directivos, de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales, en sus artículos 1, 5, 6, 18, 20, 22 y 28.

Aunque EMCALI fue creada con la naturaleza de establecimiento de servicio público antes de que el legislador entrara a reglamentar las entidades descentralizadas dedicadas a tal fin, esta naturaleza ha sido ratificada al fijarse por la ley las distintas formas que podrían tomar los organismos descentralizados dedicados a prestar los servicios públicos.

En cuanto a los Decretos 2804 de 1975 y 1157 de 1976, invocados por los demandantes en respaldo de sus tesis y estimados por ellos como violados, baste advertir que ellos son de aplicación restringida al Instituto Nacional del Fomento Municipal -INSFOPAL- y, por tanto, no pueden considerarse como normas de aplicación general, menos aún pueden aplicarse al establecimiento público Empresas Municipales de Cali, pues en este ente no tiene participación INSFOPAL.

Los impugnadores de las demandas traen en respaldo de sus puntos de vista citas del fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado el 6 de febrero de 1987, con ponencia del doctor Jacobo Pérez Escobar, con ocasión de la demanda de carácter laboral instaurada por el señor Julio César Valencia Buitrago.

f. *La actuación surtida*

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a los procesos se les dió el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual, merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por autos del 19 de septiembre de 1986 y 3 de julio de 1987 se admitieron las demandas, negándose la suspensión provisional de los artículos 1o., 2o. y 3o. del Acuerdo No. 50 de 1961 solicitada en la primera de las demandas instauradas (folios 29 a 32 del Cdno. No.1 y 48 del Cdno. No. 1A).

Mediante proveídos del 24 de marzo de 1987 y de enero 28 de 1988, proferidos en los respectivos procesos, se decretaron las pruebas pedidas por las partes (folios 310 a 311 del Cdno. No.1 y 375 del Cdno. No.1A).

Mediante providencia del 2 de julio de 1987, el Tribunal denegó la solicitud de los demandantes en el proceso que corre en el expediente No.1 y distinguido con el No. 14582 sobre desistimiento de la demanda con el argumento de que tal figura no es procedente en las acciones públicas de nulidad (fls. 315 a 317 del Cdno.No.1).

Ante la solicitud de la apoderada del Municipio de Cali, el *a quo*, mediante auto del 10 de agosto de 1989 que corre a folios 2 y 3 del Cdno. 2, decretó la acumulación de los dos procesos de que se ha venido hablando en esta providencia y que aparecen distinguidos con los números 14582 y 14961 los cuales han tenido su trámite en los cuadernos Nos. 1 y 1A, respectivamente.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de las demandas, con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 361 a 386 del Cdno. N.1):

Después de referirse prolijamente a la teoría de las entidades descentralizadas y particularmente a la de los establecimientos públicos, y su evolución a lo largo de la historia, deteniéndose en sus referencias a esta institución en lo que ella ha significado en el sistema francés y lo que ha sido su desarrollo en Colombia, trayendo a colación apartes de la obra "LAS ENTIDADES DESCENTRALIZADAS " del profesor Alvaro Tafur Galvis, el Tribunal afirma que la doctrina y la jurisprudencia venían aceptando la aplicación de los Decretos 1050 y 3130 de 1968 referentes al régimen de la administración nacional, a los órdenes departamental y municipal, aún antes de que por disposición legal ese régimen fuera adoptado para los departamentos y los municipios conforme a lo dispuesto en las Leyes 3a. y 11 de 1986. Con excepción sí, entre otras normas, del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 que no podía ser aplicable a los departamentos y a los municipios por cuanto de acuerdo con la Constitución Nacional en sus artículos 187-6 y 197-3, les corresponde a las asambleas y a los concejos la creación de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta, lo cual implica la atribución de adoptar los estatutos de esas entidades o precisar los funcionarios u organismos que los pueden expedir, sin que por tal razón pueda el legislador despojar a esas corporaciones de su atribución, como en efecto ocurriría si se entendiera que de conformidad con el artículo 26, literal b), del Decreto 1050 de 1968, la expedición de los estatutos de dichas entidades y sus reformas les correspondiera a las juntas directivas con la aprobación del Gobierno.

En respaldo de esta interpretación transcribe un aparte de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el " 1o. de octubre de 1969 " que " declaró inexequible el artículo 174 (sic) del Decreto Ley 3133 de 1968 " por ser esa norma de contenido similar a la del artículo 26, literal b) del Decreto 1050 de 1968 (fl. 377 del Cdno. No.1).

En relación con la discusión sobre determinación de la naturaleza jurídica de las entidades públicas, el *a quo* acoge criterio del Tribunal Administrativo de Cundinamarca consignado en sentencia del 26 de mayo de 1987, de la que trae larga cita, en la cual se analizó la naturaleza jurídica de la Empresa Distrital de Servicios Públicos -EDIS-. En ella, dice, se señalan las distinciones y similitudes que de conformidad con nuestro régimen jurídico existen entre los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales así como los criterios de distinción entre unas y otras indicando que lo definitivo, fundamental para determinar en un caso concreto la clase de entidad, es acudir a la manifestación de voluntad del respectivo órgano creador.

Comparte también el Tribunal el concepto emitido por su Fiscal 2o. cuando expresa:

> " Considera el Ministerio Público que no le asiste razón a los demandantes porque no es la ley la que determina qué establecimientos descentralizados son públicos o empresas industriales del Estado, pues no existe ninguna norma que así lo determine, sino que es en su creación donde se establece de qué clase de institutos descentralizados se trata, máxime si es para la prestación de servicios públicos.
>
> " Además no es cierto que los establecimientos públicos tengan únicamente una función administrativa ya que esa actividad es principal pero no exclusiva y en Colombia los establecimientos públicos no sólo ejercen funciones administrativas sino que también tienen a su cargo la prestación de servicios públicos, actividad ésta que constituyó inicialmente su razón de ser ".

Esta apreciación, remata el *a quo,* encuentra pleno respaldo en varias disposiciones del Decreto 700 del 20 de abril de 1987, como en el 24 y el 28, y en el primero que define qué son servicios públicos y los adscribe a los establecimientos públicos o a las empresas industriales y comerciales para su prestación.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, los recurrentes fundamentan su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 388 a 391 Cdno. No.1):

1. Anota que se observa una contradicción cuando se acepta que el legislador señaló unos criterios para la determinación de las entidades descentralizadas, pero al tiempo se afirma que el elemento predominante y certero es el que se exprese en

" el acto de creación de la respectiva entidad". Y esta contradicción resalta cuando no se indica con claridad cuál es exactamente la norma que le otorga tal poder a la voluntad del organismo creador. Aunque sí existen normas que definen expresamente los elementos o criterios para la determinación de la naturaleza de los mismos, observando las funciones o actividad que desarrollan: Decreto 1050 de 1968, artículos 5o. y 6o., criterio que ha sido reafirmado jurisprudencial y doctrinariamente, como se señaló en la demanda, y posteriormente garantizado con la expedición de la Ley 11 de 1986.

2. Finalmente apunta que en la sentencia se hace una errada interpretación del artículo 28 del Decreto 700 de 1987 sobre integración de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, por lo que apunta que la parte referida a " la prestación directa de los servicios municipales " es referida para las empresas industriales o comerciales, con el fin de dar mayor claridad a la norma.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

Ni la parte demandada ni la impugnante se presentaron en el curso de esta instancia a impugnar el recurso interpuesto.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 6 a 8 Cdno. No.3):

En los Decretos 1050 y 3130 de 1968 se determinaron las características jurídicas y administrativas de las entidades descentralizadas, o sea todas aquellas personas jurídicas que creadas por el Estado, cumplan variadas actividades, desde la regulación y distribución de la tierra, hasta la explotación de actividades comerciales en el campo de los seguros, la banca y la hotelería, pasando por la construcción y adecuación de acueductos, la explotación de recursos naturales, la enseñanza a nivel medio superior, la investigación, la asistencia pública y la seguridad social.

El acuerdo ahora demandado constituye o crea un establecimiento público - Empresas Municipales de Cali o EMCALI- como organismo autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio, no siendo contraria a ley alguna esa determinación, sino precisamente en ejecución de normas de superior jerarquía.

Por esto la Fiscalía estima que debe confirmarse la sentencia apelada.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

La controversia central que plantea el recurrente consiste en que pese a que la sentencia acepta que la ley señala criterios para la determinación de las entidades descentralizadas, sin embargo, acoge como elemento predominante el que se

exprese en el acto de creación de la respectiva entidad, calificando este proceder como contradictorio.

Ciertamente, los artículos 5o., 6o. y 8o. del Decreto Ley 1050 de 1968, definen y señalan, en su orden, los elementos de las nociones de establecimientos públicos, de empresas industriales y comerciales del Estado y de sociedades de economía mixta, señalando que son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, los primeros, y de desarrollar actividades de naturaleza industrial o comercial, conforme a las reglas del derecho privado, los dos últimos.

Se indica igualmente en las respectivas disposiciones que los establecimientos y las empresas comportan personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

En otros artículos del mismo Decreto se determina que los establecimientos públicos son entes adscritos a la administración central, mientras que las empresas son entes vinculados a la misma, lo que significa diferente grado en el ejercicio del control de tutela gubernamental sobre dichos organismos. En cuanto a la autonomía administrativa y financiera, el artículo 7o. ibídem previene que se ejercerá conforme a los actos que los rigen, de todo lo cual se deduce que es el acto creador el que debe determinar si el ente administrativo descentralizado estará adscrito o vinculado, como en efecto lo concluyó la Corte Suprema de Justicia en fallo de 6 de febrero de 1987, proferido por la Sala de Casación laboral en el expediente No.0425, donde fue Magistrado Ponente el doctor Jacobo Pérez Escobar, cuyo texto completo ha sido traído a los autos.

Son, pues, unos los elementos que los identifican y otros que los diferencian. Y en cuanto a la actividad administrativa que caracteriza a los establecimientos públicos la refiere no con sentido excluyente, porque cuando ella dice que se encargará " principalmente " de atenderlas, está significando que bien puede asignárseles otras diferentes en el acto que los crea.

A este respecto la sentencia citada de la Corte consignó:

"... la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia definió los establecimientos públicos en sentencia del 1o. de agosto de 1969, es decir, estando ya vigente el artículo 5o. del Decreto Ley 1050 de 1968, en los siguientes términos: " Es la entidad creada por acto legislativo (ley, ordenanza, acuerdo), con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, a cuyo cargo y responsabilidad está un servicio público o actividad de utilidad o interés social " , criterio que esta Sala acoge sin reservas por no existir motivo para ello.

Mediante los artículos 187-6 y 197-4 de la Constitución se autorizó a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales, respectivamente, para crear, a iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, los establecimientos públicos, sociedades de economía mixta y empresas industriales y comerciales,

conforme a las normas que determinen las leyes, las cuales sólo vinieron a expedirse casi dieciocho años después de la vigencia del Acto Legislativo No.1 de 1968 que efectuó la reforma.

En efecto, se dictaron las leyes 3a. y 11 de 1986 que en sus artículos 5o. y 26o., respectivamente, prescriben que las entidades descentralizadas departamentales y municipales " se someten a las normas que contenga la ley " y a las disposiciones de carácter local que, respectivamente, expidan las asambleas y los concejos " en lo atinente a su definición, características, organización, funcionamiento, regimen jurídico de sus actos, inhabilidades, incompatibilidades y responsabilidades de sus juntas directivas, de los miembros de éstas y de sus representantes legales ", disposiciones estas que fueron reproducidas en los Decretos 1222 y 1333 de 1986, dictados en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas al ejecutivo en aquellas leyes.

Quiere decir lo anterior que los vacíos que ellas dejen en materias de entidades descentralizadas del orden local, se llenan con las disposiciones relativas a las entidades descentralizadas del orden nacional, que no son otras que las de los Decretos 1050 y 3130 de 1968, dada la remisión expresa que en aquellas se contiene.

Ahora bien, de acuerdo con concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación y que esta Sala comparte, los artículos 5o. y 6o. del Decreto Ley 1050 de 1968, ya reseñados,

> "... definen los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, pero no predeterminan las actividades que correspondan a aquéllos o a éstas: porque la ley puede escoger entre ellos el más conveniente para la actividad que se trate de realizar, sin más límite que el que se deriva de la estructura constitucional del país; porque, con esta misma limitación, no existen actividades que por sí mismas, por su propia naturaleza sean, necesariamente, administrativas o comerciales y que, en su orden, exclusivamente deban cumplirse por establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado; porque, por el contrario, cada una de esas entidades puede ser creada por la ley especial que señale su objeto o finalidad y prescriba las funciones que deba cumplir; y porque la misma ley que crea la entidad define la índole o naturaleza de la actividad que le incumbe.
>
> "...
>
> " De donde se deduce que para el cumplimiento de una determinada actividad, dentro de los límites constitucionales, la ley puede optar entre el establecimiento público y la empresa industrial y comercial del Estado, según se proponga realizarla, en su orden, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado.
>
> " Lo propio sucede en los departamentos y municipios. La asamblea

departamental o el concejo municipal, por iniciativa del Gobernador o del Alcalde, según el caso, dentro de los límites constitucionales, puede crear un establecimiento público o una empresa industrial y comercial, según busque realizar una determinada actividad, por un procedimiento de derecho público o de derecho privado: si la primera será administrativa, si la segunda civil o comercial". (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 21 de noviembre de 1986, Ponente: doctor Humberto Mora Osejo, Radicación No.080).

Tiene, pues razón el Tribunal cuando manifiesta que no le asiste razón a los demandantes porque no es la ley la que determina qué entidades descentralizadas son establecimientos públicos o empresas industriales del Estado, pues no existe ninguna norma que así lo determine, sino que es en su creación donde se establece de qué clase de ente descentralizado se trata, máxime si es para la prestación de servicios públicos. Y cuando afirma que no es cierto que los establecimientos públicos tengan unicamente funciones administrativas, ya que esa actividad es principal pero no exclusiva y en Colombia los establecimientos públicos no sólo ejercen funciones administrativas, entre las cuales están las relacionadas con la prestación de servicios públicos, actividad esta que constituyó inicialmente su razón de ser.

Los textos de las disposiciones acusadas, que corresponden a los Acuerdos 050 de 1961 y 82 de 1987, califican la naturaleza jurídica del organismo que por dichos acuerdos se reglamenta cuando se afirma en tales preceptos que se crea un organismo autónomo, con carácter legal de establecimiento público descentralizado para que preste los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, energía y teléfonos, tenidos como tales en diversas disposiciones legales, entre otras, en el artículo 430 del Código Sustantivo del Trabajo y en el artículo 1o. del Decreto 700 de 1987, reglamentario del Título IX del Código de Régimen Municipal, en lo relacionado precisamente con la conformación de las Juntas o Consejos Directivos de las entidades descentralizadas del orden municipal responsables de la prestación de los servicios públicos locales.

En cuanto a la errada interpretación que el apelante le enrostra a la sentencia impugnada en relación con el artículo 28 del Decreto 700 de 1987 sobre integración de las juntas o consejos directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales, la Sala no solamente no advierte el equivocado enfoque que el recurrente simplemente afirma, sino que, antes bien, verifica que el *a quo* lo ha citado con indiscutible acierto en respaldo del criterio de que los establecimientos públicos pueden prestar directamente servicios públicos municipales.

Así que, conforme a las reflexiones expuestas, para la Sala no hay duda de que, en principio, es el acto creador del ente el que lo naturaliza, ya como establecimiento público, ora como empresa industrial y comercial, de lo cual se desprende su régimen jurídico, público o privado, según el caso.

Es lo que, en efecto, ha ocurrido con el organismo creado por el Acuerdo 50 de 1961, expedido por el Concejo Municipal de Cali, como establecimiento público, autónomo y con personería jurídica y patrimonio propio, condición jurídica reiterada en el Acuerdo 82 de 1987 dictado por la misma corporación edilicia, cuando ya estaba vigente la Ley 11 de 1986 y el Decreto 1333 del mismo año.

Dado el carácter rogado de esta jurisdicción, no corresponde a la Sala avocar el conocimiento del primer cargo, reseñado en esta providencia, ya que pese a que el Tribunal no lo consideró, tampoco tal omisión fue objeto de reclamo por el apelante.

Sin embargo, a título de mero comentario, se hará una breve referencia a dicha censura que consiste en que el artículo 1o. del Acuerdo 50 de 1961 quebrantó los artículos 1o. del Acto Legislativo No.5 de 1954 y 1o. de la Ley 151 de 1959 que autorizaban al legislador para crear establecimientos públicos o autorizar a los departamentos y municipios para crearlos dentro de sus respectivos territorios, sin que la creación de EMCALI hubiera estado precedida de alguno de los dos requisitos previstos en dichas disposiciones.

A este respecto, autorizada doctrina nacional refiriéndose al tema que se plantea en el cargo, ha sostenido desde antes de que expidiera el Acuerdo 50 de 1961, y no sin razón, que en el régimen jurídico colombiano, vigente a la sazón, tanto los departamentos como los municipios podían crear establecimientos públicos encargados de determinados servicios dentro de su respectiva órbita, y en apoyo de esta tesis, trae en síntesis los siguientes argumentos, de cuya validez no duda la Sala:

1. El artículo 64 de la Constitución Nacional reconoce implícitamente la existencia de organismos públicos con personalidad diversa de la del Estado porque no sin razón en su texto se ha hecho distinción entre el concepto de Estado y los de nación, departamento y municipio, relacionándolos todos con el tesoro público.

2. Los artículos 187 y 197 de la Constitución facultan a las asambleas y concejos para cumplir las funciones que les señale la ley.

3. La ley que autorizaba a las colectividades territoriales para organizar establecimientos públicos era especialmente el Código Político y Municipal, entre cuyos textos que hacen referencia a ellos figuran los artículos 169, ordinal 19, 184 atribución 5a. y 237.

4. Sólo era necesaria la autorización legal comprendida en los artículos citados en el numeral anterior para que los departamentos y municipios organizaran establecimientos públicos (Alvaro Copete Lizarralde, , *La descentralización por servicios,* revista UNIVERSITAS, Número 16, junio 1959).

Además, al artículo 1o. de la Ley 151 de 1959 no se le puede atribuir la exigencia que los demandantes le adjudican, por la sola circunstancia de que el Acto

Legislativo No.5 de 1954 quedó sin vigencia por virtud de la reforma constitucional aprobada por el Plebiscito del 1o. de Diciembre de 1957, en cuyo Decreto Legislativo No. 0247 se dispuso 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, y con las siguientes modificaciones...".

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, en acuerdo con el Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero. CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de fecha 26 de febrero de 1990.

Segundo. En firme esta sentencia, devuélvase este expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ PUBLICACION / NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD/ TERCERO

Frente a una providencia que no haya sido notificada ni publicada, según el caso, o que lo haya sido en forma irregular o defectuosa, el ciudadano interesado puede, dándose por suficientemente enterado, interponer los recursos legales procedentes por la vía gubernativa, o impugnar dicho proveído directamente ante la jurisdicción mediante el ejercicio de las acciones contencioso administrativas. Agotada la vía gubernativa, si de término de caducidad se trata, éste debe empezar a contarse a partir de la notificación de la resolución que produjo dicho agotamiento y no de la expedición del acto, pues de un lado éste no fue notificado ni publicado y, de otro, porque no se trata de un acto de ejecución sino de uno de carácter particular ya que afecta los intereses de un tercero.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1751. Actor: Luis Ernesto Rueda. Apelación interlocutorios.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Ernesto Rueda mediante apoderada, contra el auto del 2 de mayo de 1991 en virtud del cual el Tribunal Administrativo del Departamento del Meta inadmitió la demanda.

LA ACCION

En ejercicio de la acción de nulidad contemplada en el artículo 84 del C.C.A., el actor solicita que se declare la nulidad de la Resolución número 379 de agosto

1o. de 1990 proferida por los señores Secretario General y Jefe de Matrículas del Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta, por medio de la cual, resolvieron:

" ARTICULO PRIMERO: Anular la matrícula y asignación de " PLACAS " del vehículo Marca Mazda 626 L, vendido mediante factura No. 1066.

" ARTICULO SEGUNDO: Ordenar que las placas LVA 038, sean devueltas al Almacén General de la Institución para ser reasignadas ".

Pretende también el demandante la suspensión provisional del acto acusado alegando para tal efecto la violación de los artículos 100 y 101 del Decreto 1344 de 1970.

LA PROVIDENCIA APELADA

El *a-quo* encontró caducada la acción al tenor de lo dispuesto en el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A., después de considerar que el acto demandado afecta una situación jurídica individual y concreta y de entender e interpretar la demanda como de restablecimiento del derecho, tal como lo indica el propio accionante en el hecho sexto del libelo.

Razona así el Tribunal:

"Luego entonces, basta comparar la fecha de expedición del acto administrativo demandado con los postulados del artículo en mención, para comprender que ya ha transcurrido el tiempo indicado de cuatro meses contados a partir de la ejecución del acto, teniendo en cuenta que se trata de una determinación de ejecución inmediata la cual no es susceptible de recursos ". (folio 29).

EL RECURSO INTERPUESTO

La apoderada judicial del demandante discrepa de la providencia del Tribunal y apoyada en los artículos 84 y 85 del C.C.A. y en jurisprudencia del Consejo de Estado estima que " la acción de nulidad procede contra todos los actos administrativos, sean ellos creadores de situaciones jurídicas individuales, particulares y concretas, cuando con ello se persiga unicamente la tutela del orden jurídico general, y no surja de la declaratoria de nulidad el restablecimiento de un derecho subjetivo".

Agrega la recurrente que no es el contenido del acto demandado el que determina la calidad de la acción, sino el objeto inmediato que se pretende proteger contra los efectos del acto, y que " los considerandos de la Resolución de agosto 1 de 1990, son también la prueba de la existencia y vigencia de una decisión administrativa de carácter general que se aplicará en todos los casos en que una casa vendedora de vehículos automotores anule el contrato de compraventa y lo solicite así al Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Meta" (folio 41).

SE CONSIDERA :

El debate en el caso de autos se circunscribe a establecer la acción procedente, para lo cual se hace necesario determinar previamente la naturaleza jurídica del acto censurado.

Mediante la Resolución acusada el Secretario General y el Jefe de Matrículas del Instituto de Tránsito y Transportes del Meta, anula la matrícula y asignación de placas del vehículo marca Mazda 626 L, vendido mediante factura No. 1066, y además ordena que dichas placas, las LVA 038, sean devueltas al Almacén General de la Institución para ser reasignadas.

La venta, del vehículo, la existencia de una factura, la matrícula y la asignación de placas, suponen necesariamente la existencia de un comprador y consecuentemente de un propietario del automotor que para el caso de autos no es otro que el actor en la presente acción, señor Luis Ernesto Rueda, tal como lo dice la Compañía vendedora Llano Motor Ltda. en el oficio que dirigió a la Circulación y Tránsito y tal como se consigna en los hechos del libelo.

Tenemos entonces que la resolución impugnada afecta en forma concreta al demandante como comprador del vehículo y por ende, adjudicatario de la matrícula y de las placas que le fueron asignadas el 31 de julio de 1990, según lo expresa el mismo acto acusado en su primer considerando (folio 11). Esta circunstancia le imprime a la Resolución demandada un carácter particular, susceptible en principio de ser demandada mediante el ejercicio de la acción llamada ahora de nulidad y restablecimiento del derecho, la única que era viable contra los actos de carácter particular y subjetivo que como en el caso de autos afectan los intereses de una persona determinada.

Es cierto tal como lo sostiene la parte actora que hoy por hoy y en virtud de la doctrina de los móviles y finalidades adoptada en el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo del 10 de agosto de 1961, es posible impetrar la acción de nulidad contra actos de contenido particular, ya que no es la naturaleza del acto sobre el cual recae la pretensión, el factor que determina la acción procedente, sino el móvil o el fin que se persigue con ella.

Esta doctrina fue precisada por el mismo Consejo de Estado el 21 de agosto de 1972, oportunidad en la cual con ponencia del Consejero Dr. Humberto Mora Osejo, se llegó, entre otras, a la siguiente conclusión:

" La acción de nulidad, de conformidad con los artículos 62 a 65 del C.C.A. (hoy artículo 84), procede contra todos los actos administrativos (generales o particulares) con el objeto de tutelar el orden jurídico; pero si mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para establecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa y deberá instaurarse contra la administración una acción de plena jurisdicción

(hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), la que presenta diversas modalidades o variantes fundadas en pretensiones específicas ".

La doctrina ha desarrollado estas ideas y ha dicho que la acción pública de nulidad, tiene dos modalidades que se han denominado: contencioso objetivo propio, encaminada a impetrar la nulidad de un acto administrativo creador de situaciones generales, impersonales u objetivas; o la nulidad de actos condiciones que colocan a una persona dentro de una situación reglamentaria, considerada de interés general para la colectividad; y el contencioso objetivo impropio encaminado a impetrar la nulidad de un acto creador de una situación jurídica particular, siempre que no persiga restablecimiento del derecho o que éste no surja como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto (ver auto 0101 del 22 de febrero de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero Ponente, Dr. Alvaro Lecompte Luna).

En el caso sometido a estudio y en virtud de que el vehículo fue matriculado y dotado de placas, el recurso determina el restablecimiento de una situación jurídica individual y concreta. Bastaría la anulación del acto objeto de la demanda para que vuelvan a radicarse en cabeza del comprador del automotor, el derecho a la matrícula, y por consiguiente el de transitar con las placas asignadas. En estas condiciones, la acción, en principio y dentro de circunstancias normales, para su prosperidad, ha debido intentarse dentro de los cuatro meses de que trata el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A., así se considere el recurso subjetivo el procedente, o el objetivo impropio el planteado en el presente caso.

Pese a lo expuesto, en criterio de la Sala no se ha operado aquí el fenómeno de la caducidad por las siguientes razones:

El acto ahora acusado por ser de contenido particular, ha debido notificarse al comprador del vehículo cuyo nombre era del conocimiento del Instituto a juzgar por el oficio LLM-G0359, que le envío la compañía vendedora (folio 10) y el No. 0002 remitido por el Jefe de Placas y Matrículas a la Juez 18 de Instrucción Criminal (folio 12), en los que aparece el señor Luis Ernesto Rueda como adquiriente del Mazda y adjudicatario de las placas. Esta circunstancia le da al actor, por lo menos, la calidad de tercero directamente interesado en las resultas de la decisión que provocó la compañía vendedora del vehículo, y en tales condiciones ha debido ser citado en la forma prevista en el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, con el fin de que hiciera valer sus derechos, interponiendo los recursos de la vía gubernativa o ejerciendo las acciones contenciosas que establece la ley.

Sin embargo no aparece en el expediente ninguna constancia o anotación referente a gestión o esfuerzo procesal encaminado a notificar en forma alguna la resolución acusada. Tampoco la publicación del acto en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para esos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde es competente quien expidió el acto, establecida en el artículo 46 del C.C.A. para notificar a los terceros que no hayan intervenido

en la actuación pero que resultan afectados de manera directa en inmediata con la decisión administrativa.

Frente a una providencia que no haya sido notificada ni publicada, según el caso, o que lo haya sido en forma irregular o defectuosa, el ciudadano interesado puede, dándose por suficientemente enterado, interponer los recursos legales procedentes por la vía gubernativa, o impugnar dicho proveído directamente ante la jurisdicción mediante el ejercicio de las acciones contencioso administrativas.

En el caso sometido a estudio el interesado optó por interponer contra la Resolución 379 de 1o. de agosto de 1990, que ahora se impugna, el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, los que fueron conocidos y resueltos desfavorablemente por el Secretario General y el Jefe de Matrículas y el Director del Instituto de Tránsito y Transportes del Meta, mediante Resoluciones 005 de enero 15 de 1991 y 095 de marzo 14 del mismo año, respectivamente, según rezan los considerandos de esta última (folio 15).

Agotada entonces la vía gubernativa, si de término de caducidad se trata, este debe empezar a contarse a partir de la notificación de la Resolución que produjo dicho agotamiento y no de la expedición del acto como erróneamente consideró el *a-quo,* pues de un lado, este no fue notificado ni publicado y de otro, porque no se trata de un acto de ejecución sino de uno de carácter particular ya que afecta los intereses de un tercero.

Aunque en el expediente no aparece la notificación de la última resolución, de todas maneras, de la fecha de su expedición (marzo 14 de 1991) se infiere claramente que no alcanzaron a transcurrir los cuatro meses que como término de caducidad establece el artículo 136 inciso 2o. del C.C.A. para esta clase de acciones, si en cuenta se tiene que la demanda fue presentada el 4 de abril de 1991 (folios 22 y 26 del expediente).

La demanda entonces debe ser admitida y por tanto revocada la providencia apelada.

Aunque la demanda viene acompañada de una solicitud de suspensión provisional del acto acusado, ésta no debe ser resuelta por el *ad-quem,* pues no se trata de un proceso ante el Consejo de Estado (art. 154 del C.C.A.), ni es dicha circunstancia el objeto de la apelación.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE :

Primero. REVOCAR el auto apelado, y en su lugar, ADMITIR la demanda presentada por el señor LUIS ERNESTO RUEDA mediante apoderada, tendiente

a obtener la nulidad de la Resolución 379 del 1o. de agosto de 1990 expedida por el Instituto Departamental de Tránsito y Transporte del Meta.

Segundo. DISPONER que en firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen para que resuelva los demás aspectos de la admisión de la demanda y provea sobre la suspensión provisional solicitada.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia la discutió y aprobó la sala en reunión celebrada el día 12 de septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ CONTRALORIA MUNICIPAL/ CONTROL FISCAL MUNICIPAL/ ANALOGIA-Improcedencia

La vigilancia por parte de las contralorías departamentales de la gestión fiscal de los municipios, sólo puede operar cuando, por cualquier motivo, no hubiere tenido cumplimiento práctico el funcionamiento de las Contralorías Municipales. Esta vigilancia no puede hacerse con normas tomadas en préstamo de otras entidades. El legislador no solamente facultó a los cabildos para crear los mecanismos tendientes a supervigilar los bienes del municipio, entre los cuales la Contraloría ocupa primigenio lugar, sino que al determinar en la misma Constitución que sea la ley la que regule lo referente a las Contralorías Municipales, se está descartando la injerencia de otros organismos y las interpretaciones analógicas en materia de administración de los bienes del municipio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1647. Actor: Alberto Ospina Cardona. Asuntos Municipales.

I. LA ACCION

El señor Alberto Ospina Cardona presentó demanda, en acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Tolima para que, en sentencia que cause ejecutoria, se formulen las siguientes declaraciones:

" *PRIMERA:* Que es nulo el artículo 3o. del Acuerdo 43 de 1983 expedido por el H. Concejo Municipal de Ibagué (que subroga el artículo 632 del C. Fiscal Municipal) en cuanto excede del dos por ciento (2%) la partida asignada por la Municipalidad, para el funcionamiento de la Contraloría Municipal.
" *SEGUNDA:* Que es nulo el aparte de la misma disposición en cuanto dice: "LO PROPIO HARAN LOS ORGANISMOS DESCENTRALIZADOS QUE MANEJEN PRESUPUESTO AUTONOMO Y QUE ESTEN SOMETIDOS A LA VIGILANCIA FISCAL DE LA CONTRALORIA MUNICIPAL.".

LOS HECHOS fundamentales de la acción incoada son:

" 1o. El Concejo de Ibagué, expidió el Acuerdo 43 de 1983, que en su artículo 3o. subroga el artículo 632 del C. Fiscal Municipal, disponiendo así: "ARTICULO 3o. El inciso 1o. del artículo 632 del Código Fiscal Municipal, queda así:

" ARTICULO 632. *Partidas para Gastos de Fiscalización.* " El Municipio de sus fondos comunes, apropiará anualmente una partida no inferior al tres por ciento (3%) del Presupuesto de Rentas, excluyendo los Recursos del Crédito, con destino al funcionamiento y dotación de la Contraloría Municipal. Lo propio harán los organismos descentralizados que manejen Presupuesto Autónomo y que estén sometidos a la vigilancia fiscal de la Contraloría Municipal".

" 2o. En virtud del anterior ordenamiento, el Municipio destina el tres por ciento de sus rentas, excluidas las entradas provenientes de los recursos del crédito, para el funcionamiento y dotación de la Contraloría Municipal. Igualmente, los organismos descentralizados de carácter municipal, vigilados por la misma Contraloría, sufragan el mismo porcentaje para tal fin '.

Como norma de estirpe superior violada con el acto acusado, el actor señala el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 que reza:

" Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos ".

Sostiene que dicha norma es aplicable a los municipios " y de ahí que estos entes administrativos, no puedan excederse en más del dos por ciento de sus presupuestos, para atender los gastos de funcionamiento de sus contralorías ".. Acompaña su tesis con conceptos de tratadistas y jurisprudencias del Consejo de Estado que hablan respectivamente, de los principios constitucionales y de los gastos anuales y las partidas de las contralorías departamentales, en relación con la prohibición de excederse del dos por ciento de sus respectivos presupuestos.

Hechas las transcripciones aludidas, el demandante concluye diciendo:

" De lo anteriormente discurrido se concluye: a) Que el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 es aplicable al caso que nos ocupa (esto es, que es aplicable a las contralorías municipales); y, b) Que los institutos u organismos descentralizados del Municipio de Ibagué, no están obligados a sufragar, la cuota o suma, de que habla la norma acusada".

II. LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal de la primera instancia, en la sentencia que es causa de la apelación, considera:

" El artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 incorporada en el artículo 245 del decreto 1222 del 18 de abril de 1986 " Código de Régimen Departamental" no es aplicable a las contralorías Municipales porque exclusivamente rige para los organismos de vigilancia de la gestión fiscal a nivel Departamental por expreso mandato, que analogicamente no puede extenderse a las apropiaciones anuales para gastos de entes fiscales que no tienen dicha categoría.

" La analogía es para cuando un mismo fenómeno se aplica a dos situaciones de hecho y solamente está regulada en una de ellas, existiendo un vacío en la otra, pero como para el funcionamiento de las contralorías municipales se ha impuesto una limitación en cuanto a los aportes o apropiaciones presupuestales para el ejercicio de sus funciones administrativas no podemos afirmar que sea el mismo que se estableció para las contralorías Departamentales.

" El artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958 que no puede estimarse insubsistente en razón a que no hay declaración expresa del legislador, o incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores ni Ley nueva que regule integramente la materia, pues simplemente se llevó al Código de Régimen Departamental, es ajeno a las disposiciones que rigen las Contralorías Municipales porque es a los Concejos de los Municipios a quienes corresponde apropiar las partidas anuales para gastos totales de éstas del presupuesto ordinario sin existir como ya se dijo limitación especial".

Concluye el Tribunal diciendo que " de otra parte, por remisión tampoco es aplicable la norma que considera violada el accionante con el Acuerdo demandado porque el Código de Régimen Municipal no la dice y mal puede el intérprete perseguir un alcance fuera de la Ley", determinando que el acto administrativo sigue conservando su presunción de legalidad y en consecuencia niega las pretensiones incoadas.

III. EL CONCEPTO FISCAL

Considera la Fiscalía que el acto acusado debe mantenerse.

Al respecto expresa:

"...La norma invocada en la demanda como quebrantada está dirigida concretamente a limitar la apropiación presupuestal destinada a gastos de funcionamiento de las Contralorías Departamentales. Es, entonces, una norma especial, restrictiva y propia del Régimen Departamental.

" En cambio, en el Régimen Especial para los Municipios, como ya se dijo, está previsto lo relativo al control o vigilancia fiscal en los artículos 50 a 52 de la Ley 11 de 1986 y 304 a 310 del Decreto 1333 de ese mismo año. Y en ninguno de tales estatutos se establecen pautas para determinar el presupuesto de las Contralorías Municipales. De manera que sin otro límite que el presupuesto previsto el Concejo Municipal puede crear y organizar el servicio de Contraloría así como está facultado para " Determinar la estructura de la Administración Municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos "".

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

El actor pretende la nulidad de una disposición del Concejo de Ibagué en la que, al fijar las partidas para gastos de fiscalización dispone que la destinada al funcionamiento y dotación de la Contraloría Municipal, no podrá ser inferior al tres por ciento (3%) del presupuesto de rentas, excluyendo los recursos de crédito.

El demandante fundamenta su pretensión en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, según la cual " Las partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales no podrán exceder, en ningún caso, y para cada departamento, del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos". Respalda el actor su petición de nulidad argumentando que esta norma es aplicable a las Contralorías Municipales.

Clara en grado sumo es la disposición pretranscrita al referirse en forma taxativa a " las Contralorías Departamentales " y a " cada Departamento ". Mal podría invocarse entonces una aplicación analógica en asuntos municipales como trata de insinuarlo el actor con apoyo en la doctrina, partiendo del principio de que el Departamento y el Municipio son dos entes esencial y juridicamente diferentes, con idependencia en el manejo de sus bienes y rentas, conforme se desprende del artículo 183 de la Constitución Nacional, en armonía con el artículo 182 ibídem. Esta desemejanza se extiende por igual a los casos y materias que a su vez cuentan con normas reguladoras propias: El Régimen Departamental está contenido en el Decreto 1222 de 1986, mientras que la Administración Municipal se rige por el decreto 1333 del mismo año.

Además, de los artículos 197 de la Constitución Nacional y 92 y 94 del Decreto 1333 de 1986, se deduce que toda norma relacionada con la administración del municipio debe provenir del Concejo y de consiguiente, sólo este organismo puede disponer lo conducente en todo lo relacionado con los bienes y rentas del ente seccional indicado.

El Código de Régimen Departamental en su artículo 245 copió de manera exacta la disposición contenida en el artículo 6o. de la Ley 6a. de 1958, conservando allí los mismos caracteres de aplicabilidad única y exclusivamente para la entidad territorial que está regulando, es decir, para el Departamento.

No hay pues olvido de la Ley ni lagunas jurídicas que se deban suplir con una pretendida analogía. La limitación presupuestal cuyo amparo se predica, dice relación única y específicamente a las Contralorías Departamentales. Así los confirman las sentencias citadas por el accionante emanadas de esta Corporación en las que se hace referencia, no a las Contralorías Municipales, sino a las " partidas anuales para gastos totales de las Contralorías Departamentales ", en cuanto " no podrán exceder, en ningún caso, y para cada Departamento del dos por ciento (2%) de sus respectivos presupuestos ".

De conformidad con los artículos 190 inciso 2o. de la Constitución Nacional y 304 del Decreto 1333 de 1986, " La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos y municipios corresponde a las Contralorías Departamentales, salvo lo que la Ley determine respecto a las Contralorías Municipales ".

Consecuente con lo anterior el citado Decreto 1333 en su artículo 305 dispone que los Concejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50.000.000.oo), sin incluir el valor de los recursos de crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento, podrán crear y organizar Contralorías que tengan a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal de la respectiva administración.

Así las cosas, la vigilancia por parte de las Contralorías Departamentales de la gestión fiscal de los Municipios, según la previsión del inciso 2o. del artículo 190 de la Constitución Nacional, sólo puede operar cuando, por cualquier motivo, no hubiere tenido cumplimiento práctico el funcionamiento de las Contralorías Municipales. Esta vigilancia no puede hacerse con normas tomadas en préstamo de otras entidades. El legislador no solamente facultó a los cabildos para crear los mecanismos tendientes a supervigilar los bienes del Municipio, entre los cuales la Contraloría ocupa primigenio lugar, sino que al determinar en la misma Constitución que sea la Ley la que regule lo referente a las Contralorías Municipales, se está descartando la injerencia de otros organismos y las interpretaciones analógicas en materia de administración de los bienes del Municipio.

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, de acuerdo con el concepto fiscal,

F A L L A :

CONFIRMASE la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 12 de septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ACTO ADMINISTRATIVO/ NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE/ PUBLICACION/ ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD/ TERCERO

En lo concerniente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el tercero que no fue notificado por publicación del acto administrativo que lo afecta en forma directa, la ley le otorga la facultad de poder demandar directamente el acto, sin necesidad de agotar la vía gubernativa. En este evento la acción la podrá incoar dentro del término de cuatro meses, los cuales se cuentan a partir del día de la notificación por conducta concluyente, es decir, de aquel que el tercero manifestó conocer el acto. Para el caso en que el tercero no haya hecho manifestación de conocimiento del acto con anterioridad a la demanda, se tendrá la de presentación de ésta como la de notificación por conducta concluyente del mismo y frente a tal circunstancia se hace imposible aplicar el término de cuatro meses previsto en el artículo 136 del C.C.A. La acción se viene así, en este último evento, a tornar en incaducable, a no ser gobernable por dicho precepto.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1669. Actor: Pedro Jose Bayter Arenilla. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Recurso de apelación contra el auto de 7 de Diciembre de 1990 del Tribunal Administrativo del Magdalena.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra el auto de 7 de Diciembre de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que inadmitió la demanda por caducidad de la acción.

I. ANTECEDENTES

1.1. El señor PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA, obrando en su calidad de propietario del establecimiento de comercio BANCO GAS y por medio de apoderada judicial, acudió ante el Tribunal Administrativo del Magdalena en demanda presentada el día 16 de Noviembre de 1990 y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que consagra el artículo 85 del C.C.A., a solicitar las siguientes declaraciones:

a) Que declare la nulidad, previa suspensión provisional, de las Resoluciones números 144 de 7 de Mayo de 1990, y 240 de 8 de Agosto del mismo año, expedidas por la Alcaldía Municipal de El Banco Magdalena;

b) Que a manera de restablecimiento del derecho se condene al municipio de El Banco a pagarle los perjuicios materiales y morales que resulten probados, y, en especial, el lucro cesante por pérdidas operativas y de personal, así como las utilidades dejadas de devengar.

1.2. Como hechos que sirven de fundamento a la acción, se pueden señalar en forma sintética, los siguientes:

1.2.1. A través de la Resolución número 144 de 7 de Mayo de 1990, la Alcaldía Municipal de El Banco Magdalena, dispuso autorizar a la empresa Gases de Santander S.A. para que, a partir de la fecha de la promulgación de la misma, distribuyera el gas propano en el referido municipio, pudiera montar las instalaciones necesarias y realizara la distribución sujeta a las tarifas allí señaladas. La expresada autorización fue conferida con carácter provisional, hasta tanto el Ministerio de Minas y Energía diera la definitiva.

1.2.2. El señor PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA, en su calidad de propietario del establecimiento de comercio BANCO GAS, en escrito presentado el 27 de Julio de 1990, pidió la revocatoria directa de la mencionada Resolución, con base en las siguientes razones:

1o) Desde hace aproximadamente 20 años venía dedicada su empresa BANCO GAS a la disribución de gas propano en el citado municipio, por mandato del Ministerio de Minas y Energía.

2o) La mencionada Resolución debía ser revocada, de acuerdo con el artículo 69 del C.C.A., por lo siguiente: por violar la Constitución y la ley, ya que la única entidad autorizada para asignar cupos y áreas de distribución de gas propano es el Ministerio de Minas y Energía; porque atenta contra el interés público y social en razón de que el funcionario que lo dictó infringió la ley penal y su conducta dolosa lesiona moralmente a la sociedad; y porque la Resolución le causó un agravio moral y económico.

1.2.3. La petición de revocatoria directa fue decidida en forma negativa por la Alcaldía Municipal de El Banco por medio de la Resolución número 240 de 8 de Agosto de 1990.

1.3. Como normas de derecho violadas se señalaron los artículos 2o, 16, 20, 30 y 63 de la Constitución Nacional de 1886, 212 del Código de Petróleo, 3o. en sus literales e) y l) y 23 literal a) de la Ley 1a. de 1984; las Resoluciones números 0273 de 1987, 0580 de 1960, 1397 de 1965, 00492 de 1986, 000024 de 1990, 002244 de 1976, 02202 de 1987 y 0215 de 1990 del Ministerio de Minas y Energía y el artículo 11 literal a de la Ley 78 de 1986.

1.4. En cuanto al ejercicio de la acción, se afirma en la demanda, que se hace oportunamente por cuanto al no haber sido el acto acusado -Resolución 144 de 7 de Mayo de 1990-, ni notificado ni publicado, el demandante se notificó por conducta concluyente el 17 de Julio de 1990, fecha en que pidió la revocatoria de dicho acto.

II. EL AUTO RECURRIDO

El Tribunal del Magdalena, dispuso rechazar la demanda por caducidad de la acción. Para ello razonó, en esencia, así:

II.1. La acción ejercitada es la de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual caduca a los cuatro (4) meses, contados a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto (artículo 136 del C.C.A.).

II.2. La Resolución número 144 de 7 de Mayo de 1990, en cuanto otorga una autorización, es un acto creador de una situación jurídica concreta, solo notificable a la sociedad beneficiaria - Gases de Santander S.A., anota la Sala.

II.3. Como tal Resolución se ejecutó a partir del quinto día hábil siguiente al de su promulgación, el término de caducidad comenzó a contarse desde el 15 de Mayo de 1990 y se completó el 15 de Septiembre de 1990.

II.4. Al haber sido la demanda presentada el 16 de Noviembre de 1990, ello significa que cuando se intentó la acción, con la introducción de la demanda, ya estaba caducada.

II.5. La circunstancia de que se haya pedido la revocatoria directa y ésta haya sido denegada, como en efecto lo fue, no cambia la situación; puesto que ni la petición de revocatoria, ni la decisión que sobre ella recaiga, revive los términos para las acciones contencioso-administrativas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La señora apoderada del acto expresa su discrepancia con el auto inadmisorio de la demanda, aduciendo lo siguiente:

III.1. El actor, en su calidad de tercero directamente interesado, tenía derecho a que la Resolución acusada -se refiere a la 144 de 7 de Mayo de 1990- le fuera notificada o por lo menos publicada; con mayor razón cuando en la parte motiva de

la misma, se hace alusión a " la mala prestación del servicio " (el único distribuidor de gas propano en el Banco, era el demandante).

III.2. Como la Resolución 144 de 1990 nunca fué notificada y mucho menos publicada, la fecha determinante para comenzar el cómputo del término de caducidad es el 17 de Julio de 1990, en la cual el demandante pidió la revocatoria directa de la citada Resolución. Esta fecha constituye la constancia de la notificación por conducta concluyente del demandante.

III.3. Habiéndose presentado la demanda en la Secretaría del Tribunal, el día 16 de Noviembre de 1990, no había caducado la acción ya que entre el 17 de Julio de ese año y la fecha primeramente citada no alcanzaron a transcurrir los cuatro (4) meses que exige el artículo 23 del Decreto 2304 de 1989, modificatorio del 136 del C.C.A, para que ello ocurriera.

III.4. El rechazo de la demanda por caducidad no procede cuando se alega notificación indebida o falta de notificación. Así lo ha reiterado el Honorable Consejo de Estado, tal y como efectivamente lo expresa la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo en providencia de Junio 3 de 1976:

> "... Pero como lo ha sostenido la Corporación, no puede rechazarse un libelo por caducidad de la acción cuando quiera que se discuta o se alegue como ilegal o inexistente la notificación hecha por la Administración..."

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En orden a dilucidar si le asiste la razón al recurrente en sus censuras al auto inadmisorio de la demanda, resulta pertinente hacer el siguiente análisis:

1o) A través de la Resolución 144 de 7 de Mayo de 1990, el señor Alcalde Municipal de El Banco Magdalena aduciendo "... deficiencias en la prestación de (sic) servicio de distribución de gas propano en la ciudad...", resolvió autorizar a la empresa Gases del Santander S.A., para que a partir de la fecha de promulgación de la Resolución, "...distribuya el gas propano en esta ciudad, conforme a las tarifas que se fijan más adelante..." y para "...montar las instalaciones que sean necesarias..." Esta autorización fue conferida con carácter provisional hasta tanto el Ministerio de Minas diera la autorización definitiva.

2o) Para efectos de su conocimiento y cumplimiento, la expresada Resolución se expidió bajo la fórmula de " COMUNIQUESE Y CUMPLASE", es decir, que no se dispuso su notificación ni su publicación, no obstante que en los considerandos de la misma, se hablaba de deficiencias en la prestación del servicio de distribución de gas propano en la ciudad, dándose a entender con ello que la prestación del referido servicio estaba a cargo de otra u otras personas (de tercero o terceros), que venían así a ser afectados en forma directa con la citada Resolución.

3o) El señor PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA, en su condición de gerente propietario del establecimiento de comercio BANCO GAS, pidió la revocación directa de la Resolución 144 en mención, aduciendo lo siguiente: que su empresa desde hacía 20 años venía dedicada a la distribución de gas propano por mandato del Ministerio de Minas y Energía; que la única entidad autorizada para asignar cupos de gas propano y áreas de distribución era el Ministerio en mención; y que éste solamente había facultado para vender el gas propano en el Banco a su empresa.

La petición de revocación directa fue presentada ante la Alcaldía Municipal de El Banco el 17 de Julio de 1990 (folios 39 a 42) y decidida negativamente por medio de la Resolución número 240 de 8 de Agosto de 1990.

4o) La Resolución 144 de 7 de Mayo de 1990 es un acto de carácter particular, pues reconoce el derecho de distribución de gas propano en el municipio de El Banco a Gases de Santander S.A., pero afecta en forma directa a un tercero, como lo es PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA, propietario del establecimiento de comercio BANCO GAS, dado que él venía gozando del mismo derecho por reconocimiento del Ministerio de Minas y Energía, conforme lo demuestran los anexos de la demanda que obran a folios 49, 52 a 54 y 55 a 56 del expediente.

5o) La calidad de tercero de PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA, exigía que se le notificara por publicación de la Resolución 144 de 7 de Mayo de 1990 por mandato expreso del artículo 46 del C.C.A., el cual reza:

> " Publicidad, cuando, a juicio de las autoridades, las decisiones afecten en forma directa e inmediata a terceros que no hayan intervenido en la actuación, ordenarán publicar la parte resolutiva, por una vez, en el Diario Oficial, o en el medio oficialmente destinado para estos efectos, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones".

Tal forma de notificación a los terceros no es fruto del azar, sino que obedece a razones de seguridad y estabilidad jurídicas, de que se garantice la efectividad de sus derechos o intereses reconocidos por la ley (artículo 2o. del C.C.A.). Atiende también, y es cabal desarrollo, de dos principios orientadores de las actuaciones administrativas, como son, los de publicidad y contradicción (artículo 3o. ibídem). En virtud del primero, se establece un deber: que las autoridades en las actuaciones administrativas den " a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordena este Código y la ley ". Por el segundo, se procura que " los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales ".

6o) La falta o defectuosa notificación por publicación a terceros la sanciona el artículo 48 ibídem considerando que "... no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión...". Pero, exonera de dicha sanción, es decir, se sanea o convalida la irregularidad anotada, cuando el tercero se entiende notificado por conducta concluyente: cuando manifiesta que conoce la decisión, y tal conocimiento lo entiende el precepto, cuando el tercero se " da por

suficientemente enterado de la decisión, conviene en ella o utiliza en tiempo los recursos legales'.

La filosofía que informa la convalidación o saneamiento de la notificación es la de que si la decisión administrativa la conoció el administrado, pese al no cumplimiento de las ritualidades señaladas en los artículos 43 a 47 del C.C.A., éste goza de la garantía de cumplir sus ordenaciones si está conforme con ella, o de impugnarla, a través de los recursos gubernativos, si está en desacuerdo con la misma. En suma, porque se han cumplido los cometidos perseguidos con la notificación: que el administrado conozca la decisión, facilite su cumplimiento o la impugne por la vía gubernativa.

7o) En lo concerniente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el tercero que no fue notificado por publicación del acto administrativo que lo afecta en forma directa, el artículo 135 del C.C.A. le otorga una preciosa garantía, y es la de que puede demandar directamente el acto, sin necesidad de agotar la vía gubernativa. En este evento la acción la podrá incoar dentro del término de cuatro (4) meses, que señala el artículo 136 ibídem, los cuales se cuentan a partir del día de la notificación por conducta concluyente, es decir, de aquel que el tercero manifestó conocer el acto. Para el caso en que el tercero no haya hecho manifestación de conocimiento del acto con anterioridad a la demanda, se tendrá la de presentación de ésta como la de notificación por conducta concluyente del mismo y frente a tal circunstancia se hace imposible aplicar el término de cuatro (4) meses previsto en el artículo 136. La acción se viene así, en este último evento, a tornar en incaducable, al no ser gobernable por dicho precepto.

8o) Con base en las consideraciones precedentes, la Sala estima que en el caso *sub-judice* al demandante, por ser tercero, debe entenderse notificado por conducta concluyente el día 17 de Julio de 1990 (folios 39 a 42), fecha en la cual manifestó conocer la Resolución 144 de 7 de Mayo de 1990 acusada, al pedir su revocatoria directa. Desde la expresada fecha hasta la de presentación de la demanda: 16 de Noviembre de 1990 (folio 26 vuelto), no habían transcurrido los cuatro (4) meses que para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho exige el precitado artículo 136, por lo cual resulta forzoso e incuestionable concluir, que la acción fue incoada en tiempo oportuno y daba mérito para que se le diera curso, por vía de admisión, a la demanda.

Es la anterior, una razón potísima para que la Sala revoque el auto apelado y ordene, en su lugar, que se proceda por el *a quo* a decidir sobre la admisión de la demanda, si no se advirtiere algún defecto formal, y sobre la solicitud de suspensión provisional.

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

RESUELVE :

1o) Se revoca el auto inadmisorio de la demanda apelado y, en su lugar, se dispone que por el Tribunal *a-quo* se decida sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional.

2o) Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fué discutida y aprobada en la sesión del día 19 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ORDENANZA DEPARTAMENTAL/ UNIDAD DE MATERIA

Tratándose de una ordenanza por la cual se constituye con carácter obligatorio Asociaciones de Municipios en el Departamento, las normas relacionadas con el otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobernador para expedir el estatuto presupuestal y fiscal de Boyacá, pugnan abiertamente con la unidad de materia que debe caracterizar a todas las disposiciones de una ordenanza conforme lo postula claramente el C.R.D.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 3o, literales b), c) y d) de la Ordenanza No. 37 de 1990 (diciembre 19), expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1789. Actor: Jairo Calderón Gámez. Recurso de apelación contra el auto de 5 de Junio de 1991 del Tribunal Administrativo de Boyacá.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Boyacá, a través de apoderado, contra el numeral 5o. del auto de 5 de Junio de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo del citado departamento, por medio del cual se declaró la suspensión provisional del artículo 3o, con excepción de su literal a), de la Ordenanza No. 37 de 19 de Diciembre de 1990, " Por la cual se constituyen con carácter obligatorio Asociaciones de Municipios en el Departamento ", expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá.

I. ANTECEDENTES

1.1. El ciudadano Jairo Calderón Gámez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del artículo 3o, excepto su literal a), de la Ordenanza número 37 de 19 de Diciembre de 1990. " Por la cual se constituyen con carácter obligatorio Asociaciones de Municipios en el Departamento ", expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá.

1.2. Como normas de derecho violadas se invocaron los artículos 2o. y 20 de la Constitución Nacional y el 74 del Decreto Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental.

1.3. La Solicitud de Suspensión Provisional.

Afirma el actor en el mismo libelo de la demanda que aparece claro que lo dispuesto por la Asamblea de Boyacá en la Ordenanza citada, de constituir con carácter obligatorio la Asociación de municipios de Boyacá, para lo cual se invocó como fundamento el artículo 324 del Decreto 1333 de 1986, no guarda relación o pertinencia con las autorizaciones de que se reviste al Gobernador en el mismo acto administrativo a través de los literales b), c) y d) del artículo 3o. para reformar la administración pública departamental en todos sus órdenes y niveles, central y descentralizado; modificar la nomenclatura y clasificación de empleados en todos sus niveles y expedir el Estatuto Presupuestal del Departamento, razón por la cual se viola de manera directa y ostensible el artículo 74 del Decreto 1222 de 1986 que consagra el principio de unidad de materia que debe caracterizar a todo proyecto de ordenanza, siendo inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con el mismo.

II. FUNDAMENTOS DEL AUTO APELADO

La materia regulada en el artículo y literales atacados de la Ordenanza 37 de 19 de Diciembre de 1990, resulta extraña a las determinaciones adoptadas en el resto de su contenido, que estuvo orientado a la constitución obligatoria de las Asociaciones de Municipios dentro del departamento de Boyacá, cuestión que se puntualiza en los artículos 1, 2, 3 literal a), 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11.

Como el artículo 74 del Código de Régimen Departamental al regular la expedición de las ordenanzas, prohibe la pluralidad de materias en un mismo acto y en el artículo enjuiciado se incurre sin atenuantes en dicha transgresión, que sin duda fluye por apreciación elemental, debe concluirse acertado el pedimento de suspensión provisional, conforme a los presupuestos sustanciales de dicha institución.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Contra la suspensión decretada, la parte demandada argumenta, en síntesis, lo siguiente:

1. Expedir el Estatuto Presupuestal del Departamento si tiene que ver con la constitución de las asociaciones obligatorias de municipios, por cuanto éstas tienen derecho, por la ley, a determinadas rentas cuya transferencia afecta necesariamente el presupuesto del Departamento.

2. Como el Departamento se regía en materia presupuestal por el Código Fiscal de Boyacá, que fue dictado con base en el Decreto 294 de 1973, era necesario expedir el nuevo estatuto en desarrollo de la Ley 38 de 1989 -Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación-, que derogó al precedente, que armonizara con la descentralización que se imponía.

3. Era indispensable que la Asamblea otorgara facultades extraordinarias al Gobernador para que, igualmente, tuviera la posibilidad de reorganizar algunas dependencias de la administración central en orden a adecuarlas a la nueva estructura descentralista que se le pretendía dar al Departamento con las asociaciones de municipios que se creaban, todo lo cual implica reformas y ajustes en las plantas de personal de las diferentes dependencias, creación y supresión de cargos, lo que conlleva modificaciones al sistema de nomenclatura y clasificación de cargos, que es lo que está previsto en las disposiciones acusadas.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Ordenanza número 37 de 19 de Diciembre de 1990 " Por la cual se constituyen con carácter obligatorio Asociaciones de Municipios en el Departamento ", fue expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá, con fundamento en el artículo 324 del Decreto 1333 de 1986, norma según la cual las Asambleas, a iniciativa del Gobernador, podrán hacer obligatoria la asociación entre sí de municipios para la prestación de los servicios públicos, conforme a las condiciones que establezca la ley.

Al examinar los artículos 1o, 2o, 4o a 11 y literal a) del 3o. de la referida Ordenanza, se advierte que ellos contienen normas referentes a las asociaciones obligatorias de municipios en el Departamento, pero su artículo 3o, como sus literales b), c) y d), se refieren a una materia diferente, pues: otorgan facultades extraordinarias al Gobernador del Departamento para que, conjuntamente con la Comisión del Plan de la Asamblea, expida el estatuto presupuestal y el estatuto Fiscal de Boyacá; adecúe la organización administrativa del Departamento, en sus niveles central y descentralizado, y en desarrollo de las facultades podrá: reformar, suprimir, fusionar, modificar la estructura y funciones de las diferentes dependencias y entidades pertenecientes a la Administración Pública, modificar y actualizar el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Administración Departamental en su niveles central y descentralizado.

Este tipo de regulación, como acertadamente lo dijo el Tribunal *a quo*, pugna abiertamente con la unidad de materia que debe caracterizar a todas las disposiciones de una ordenanza, conforme lo postula claramente, a manera de exigencia, el artículo 74 del Código de Regimen Departamental.

Y ello es indubitablemente así, pese a aseverar lo contrario el apelante, quien antes que lograr desvirtuar la motivación del proveído recurrido, la acepta, pues su escrito de impugnación constituye más bien, un esfuerzo, en vano, de pretender justificar la pluralidad de materias de los textos acusados cuando afirma que el estatuto presupuestal se requiere para efectos de la transferencia del porcentaje del impuesto de timbre que ordena el artículo 10o. de la Ordenanza; que la reforma administrativa es necesaria para adecuar la Administración Departamental a la nueva estructura descentralizada que surge con las asociaciones de municipios, Estas afirmaciones, no son de recibo, por cuanto la forma como están redactados los literales b), c) y d) descartan su uniformidad con el resto del articulado de la Ordenanza.

En resumen, la transgresión que señala el demandante se patentiza a primera vista, sin que sea menester de lucubraciones o disquisiciones de fondo para concordar con la apreciación y conclusión del Tribunal al decretar la medida precautoria solicitada.

La apelación, pues, no tiene vocación de prosperidad.

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

RESUELVE :

Se confirma el auto apelado.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente a Tribunal de orígen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue aprobada en la sesión del día 19 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

LOTERIA DE BOGOTA/FUNCION JURISDICCIONAL/COMPETENCIA

La Lotería de Bogotá no tiene jurisdicción o competencia para dictar los actos controvertidos. Como se trata de dos actos expedidos por un organismo de la administración pública, mediante los cuales ordena a un particular cumplir respecto de otro una obligación resultante de una relación jurídica existente entre ellos, la Sala considera que a través de los citados actos la Lotería de Bogotá pretendió ejercer, no una función administrativa como muchos de su competencia, sino de una función de carácter jurisdiccional sin que esa potestad le haya sido otorgada de manera expresa por alguna norma de carácter legal.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1248. Actor: Sociedad Conapi Ltda.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 16 de marzo de 1989.

I. ANTECEDENTES

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

La sociedad denominada Compañía Nacional de Apuestas Permanentes e Inversiones Ltda. " CONAPI LTDA.", en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó

ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones números 002127 de 1986 (diciembre 2) y 000262 de 1987 (marzo 16), expedidas por la Lotería de Bogotá, y el restablecimiento de los derechos violados con dichos actos, el cual se traduce en la petición adicional a la nulidad consistente en que se ordene " devolver el valor pagado indebidamente, más el *cuantum* de los intereses comerciales causados y el estimado de los daños y perjuicios ocasionados, incluyendo la objetiva y contundente devaluación monetaria ".

b. *Los actos acusados*

Mediante la Resolución No. 002127 del 2 de diciembre de 1986, la Lotería de Bogotá adoptó las siguientes determinaciones (fls. 19 a 32 Cuad. No. 1):

1. Ordenó la efectividad del pago del premio del Juego de Apuestas Permanentes " Chance " en cuantía de $800.000., por parte del concesionario CONAPI LTDA., Agencia No.12, al señor José Fermín Pardo Ladino.

2. Ordenó la cancelación de la mencionada suma de dinero en la Tesorería de la Lotería de Bogotá, *so pena* de hacer efectiva la garantía bancaria.

3. Notificar a los interesados, haciéndoles saber que contra la providencia procedía el recurso de reposición.

Por Resolución No. 000262 del 16 de marzo de 1987, la Lotería de Bogotá, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la sociedad interesada, confirmó en todas sus partes la Resolución No. 002127 del 2 de diciembre de 1986 (fls. 17 a 18).

c. *Los hechos de la demanda*

Los hechos que la actora cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 4 a 6 Cuad. No.1):

La sociedad actora, mediante contrato de concesión otorgado por la Lotería de Bogotá, explota el sistema de Apuestas Permanentes en la Jurisdicción de Bogotá y Cundinamarca.

CONAPI LTDA. se abstuvo de pagar un supuesto premio por considerarlo indebido y como consecuencia de ello la Lotería de Bogotá inició un procedimiento administrativo, el cual terminó con la expedición de los actos demandados.

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 y que pueden presentarse en los siguientes cargos (fls. 6 a 13 Cuad. No.1):

PRIMER CARGO. Violación de los artículos 20, 21 inciso primero, 26 inciso primero y 215 de la Constitución Nacional, derivada del hecho del auto otorgamiento de competencia para asumir la calidad de Juez, con capacidad coactiva. Aun cuando la doctrina acepta la posibilidad de aplicación analógica de la competencia, en materia de jurisdicción ésta debe ser expresamente otorgada, de tal manera que al no presentarse frente a los actos acusados, ello se traduce en que el proceso se adelantó con violación del derecho de defensa.

Por otra parte, la aplicación expresa o tácita del artículo 33 del Decreto 33 de 1984 es inconstitucional, por cuanto su contenido enmarca una presunción de derecho, sin que se haya previsto que un reglamento pueda establecer esta figura.

SEGUNDO CARGO. Violación del artículo 1568 del Código Civil, por cuanto la intención del empresario y del colocador no es de mandato, ni media instrumento que permita predicar un apoderamiento. Los colocadores de apuestas no son dependientes de los concesionarios, sino por el contrario, ejercitan diferentes actividades entre las que eventualmente se encuentra la de ejecutar, elaborar o colocar apuestas.

TERCER CARGO. Violación de los artículos 12, 13 y penúltimo inciso del artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que la Lotería de Bogotá carece de jurisdicción para avocar el conocimiento de reclamaciones encaminadas a determinar si es o no procedente la cancelación de un premio resultante del desarrollo del sistema de Apuestas Permanentes. Asunto diferente es la imposición de sanciones de que trata el inciso final del artículo 6 del Decreto Legislativo 386 de 1983.

CUARTO CARGO. Violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, por cuanto la Lotería de Bogotá debió haber aplicado la excepción de ilegalidad frente a la falta de jurisdicción y competencia para avocar el conocimiento de la investigación y por haber aplicado el artículo 42 del Decreto 33 de 1984, el cual es manifiestamente ilegal.

QUINTO CARGO. Violación de los artículos 47 y 48 del Decreto 01 de 1984, pues los actos acusados no cumplen con los requisitos en ellos establecidos.

SEXTO CARGO. Violación del inciso final del artículo 6 del Decreto Legislativo 386 de 1983, pues la Lotería de Bogotá, al fundamentar en esta norma el procedimiento administrativo que culminó con la sanción impuesta, dejó de lado el contenido de los artículos 20 y 26 de la Constitución Nacional.

SEPTIMO CARGO. Violación de los artículos 22, " 70 y ss "y 71 del Decreto 33 de 1984, resultante de que la Lotería de Bogotá, al utilizar el procedimiento en ellos establecido para resolver situaciones litigiosas derivadas del no pago de supuestos premios, " ilegalmente está *usurpando jurisdicción* ".

OCTAVO CARGO. Violación de los artículos 44, 48, 49 y 51 del Decreto 33 de 1984, porque estas normas resultan ilegales al fundamentarse en el artículo 9 del Decreto Legislativo 386 de 1983, declarado inexequible por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 17 de marzo de 1983, Independientemente de lo expresado, " el desarrollo de los hechos ORIGINARIOS de las resoluciones atacadas por esta vía, atentan de manera directa contra las normas citadas supra, en atención a que no se cumplieron tales exigencias sin que por ello se hubiesen afectado los resultados contenidos en los actos administrativos subayacentes ".

NOVENO CARGO. Violación del artículo 83 del Decreto 33 de 1984 que regula lo concerniente a los recursos que proceden por vía gubernativa contra las resoluciones que impongan sanciones por violación de las normas reguladoras del juego de Apuestas Permanentes, por cuanto no se aplicó exegéticamente su contenido y sólo concedió el recurso de reposición contra uno de los actos demandados.

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 en relación con los cargos formulados (fls. 195 a 202 y 279 a 287 Cuad. No.1):

EN RELACION CON EL PRIMER CARGO. No cabe predicarse la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por cuanto la competencia de la Lotería de Bogotá para adelantar la investigación e imponer la sanción que corresponda dimana del artículo 1o. de la Ley 1a. de 1982, del artículo 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, de los artículos 21, 23, 64, 66 y 67 del Decreto 33 de 1984 y de la cláusula séptima del contrato de concesión suscrito entre la entidad y la sociedad CONAPI LTDA. el 23 de noviembre de 1983.

EN RELACION CON EL SEGUNDO CARGO. De conformidad con las normas legales y contractuales, el pago de los premios corresponde al concesionario y éstos son solidariamente responsables de los actos de los vendedores.

EN RELACION CON EL TERCER CARGO. Las normas citadas en relación con el Primer Cargo facultan a la Lotería de Bogotá para avocar el conocimiento, a solicitud de parte, por el no pago del premio. Sin perjuicio de lo anterior, también está facultada para ejercer las acciones civiles o penales que estime pertinentes.

EN RELACION CON EL CUARTO CARGO. En virtud del contrato de concesión que la Lotería de Bogotá celebró con la parte actora, y respaldada por el artículo 4o. del Decreto 33 de 1984, la entidad mantiene la dirección y control de la administración de aquel y está legal y contractualmente autorizada para tramitar las reclamaciones que formule el ganador de una apuesta. Es, precisamente, en virtud de la naturaleza jurídica de la concesión, que la entidad concedente "... tiene poderes legales para asegurar el funcionamiento de la explotación del juego y debe ejercer permanente y constantemente la vigilancia sobre la forma como se efectúa

esa explotación, con el objeto de garantizar los derechos de los apostadores, además de la percepción de los ingresos rentísticos...".

EN RELACION CON EL QUINTO CARGO. De conformidad con el inciso segundo del artículo 50 del C.C.A., contra los actos administrativos motivo de la demanda sólo es admisible el recurso de reposición.

EN RELACION CON EL SEXTO CARGO. En virtud del artículo 6 del Decreto Legislativo 386 de 1983, la Lotería de Bogotá está habilitada para imponer las sanciones pertinentes a los concesionarios que incumplan con lo previsto en la Ley 1a. de 1982 y en sus decretos reglamentarios.

EN RELACION CON LOS CARGOS SEPTIMO, OCTAVO Y NOVENO. La competencia de la Lotería de Bogotá para investigar y resolver sobre las reclamaciones que ante ella se presenten está determinada en las disposiciones de la Ley 1a. de 1982, en el Decreto Legislativo 386 de 1983 y, además, entre otros, en los artículos 21 y 23 del Decreto 33 de 1984.

f. *La actuación surtida*

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

Mediante providencia de 19 de octubre de 1987 se admitió la demanda y se ordenó el trámite correspondiente (fls. 51 y 52 Cdno. No.1).

Por auto visible a folio 204 del Cuad. No. 1 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, tan sólo hizo uso de ese derecho la entidad demandada (fls. 279 a 287 Cuad. No. 1).

En el concepto rendido por la Fiscalía Séptima del Tribunal se solicitó denegar las pretensiones de la demanda (fls. 313 a 319 Cuad. No.1).

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia negó las pretensiones de la demanda, con fundamento en la competencia que tiene la Lotería de Bogotá para proferir los actos enjuiciados, en apoyo de lo cual transcribió lo pertinente de dos sentencias de dicha Corporación relacionadas con el mismo aspecto, (fls. 321 a 332 Cdno. No.1).

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, el recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las siguientes razones (fls. 335 a 337 Cuad. No. 1):

El aspecto principal de la demanda se refiere a la carencia de jurisdicción y competencia de la entidad demandada para adelantar procesos administrativos que culminen con la imperativa orden de pagar premios, por las razones expuestas en la misma, y según las cuales:

a. La competencia emana de la ley.

b. De conformidad con el artículo 12 del C. de P.C., corresponde a la jurisdicción civil todo asunto no atribuído por ley a otras jurisdicciones.

c. La facultad de iniciar y tramitar procedimientos administrativos por parte de las entidades concedentes de las Apuestas Permanentes está atribuida por el inciso final del artículo 6 del Decreto Legislativo 386 de 1983, pero tan solo referente a las sanciones a imponer a los concesionarios y/o a los vendedores, más en ningún caso para decidir un conflicto entre particulares sobre el pago o no pago de un juego de apuestas.

d. Aun cuando se sostenga que las providencias que se demandan no prestan mérito ejecutivo, es tan cierta su naturaleza coactiva que de no cumplirse con lo ordenado por ellas se hace efectiva la garantía bancaria.

Las demás violaciones normativas que se plantearon tan sólo fueron consideradas tangencialmente por el *a quo,* por lo que se solicita al Consejo de Estado el análisis de fondo de las mismas, en consideración a que, adicionalmente esta Corporación ya se pronunció sobre la legalidad del Decreto 33 de 1984 (Expediente No.015), actualmente objeto de recurso extraordinario de súplica (Expediente No.050).

IV. IMPUGNACION DEL RECURSO

En atención a que la parte demandada presentó extemporaneamente su alegato de conclusión en esta instancia, la Sala se abstiene de considerarlo.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 13 a 18 Cuad. No.2):

En cuanto a la competencia de la entidad para considerar y resolver los asuntos planteados en los actos demandados, ella se deriva en forma clara, no sólo de la Ley 1a. de 1982, sino de los artículos 21 y 23 del Decreto Reglamentario 33 de 1984, normas estas que encontrándose vigentes al momento de expedirse las resoluciones enjuiciadas, amparan de plena legalidad los mismos.

Además, en el contrato suscrito entre el concedente y el concesionario se estipula que al mismo se le aplica lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 1o. y demás normas concordantes del Decreto 222 de 1983, razón por la cual en el artículo primero del mencionado contrato se señala que " la concesión otorgada se regirá por las normas del Derecho Público ". A través de la lectura de las demás normas del contrato se establece cómo la entidad demandada tiene el control sobre su desarrollo y le asiste tanto la facultad de realizar las correspondientes investigaciones que soliciten, para el caso concreto, el público apostador, como de imponer sanciones y multas.

Por otra parte, " no se probó por la demandante que se hubiera infringido el artículo 48 del Decreto 33 de 1984 -en cuanto a que el formulario estuviera incorrectamente elaborado, y el evento del artículo 49 que no se hubiera entregado el original del mismo al concesionario- ello sólo crea efectos entre el colocador o vendedor y el concesionario mas no afecta la validez de la apuesta. Y lo relacionado al artículo 6o. del Decreto 386 de 1983, sólo se aplica al caso de renuencia o rebeldía ante la orden de pago del premio ".

Finalmente la Fiscalía considera que no deben prosperar las súplicas de la demanda.

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

De acuerdo con los fundamentos de la demanda, de la sentencia de primera instancia y del recurso de apelación, el aspecto principal de la controversia que ha dado lugar a este proceso se refiere a la existencia o no de jurisdicción y competencia por parte de la Lotería de Bogotá para adelantar procedimientos administrativos que culminen con la orden a los concesionarios del juego de apuestas permanentes " CHANCE ", de pagar premios a los apostadores, como sucedió con los actos demandados. A este aspecto central de la controversia se refiere la parte fundamental del recurso de apelación y los cargos primero, tercero, cuarto y séptimo de la demanda.

Además, el recurrente fundamenta su recurso en que las demás violaciones planteadas en la demanda, vale decir, las contenidas en los cargos segundo, quinto, sexto, octavo y noveno, tan solo fueron consideradas tangencialmente por el Tribunal de primera instancia, por lo cual solicita al Consejo de Estado el análisis de fondo de las mismas.

En consecuencia, la Sala procederá inicialmente al análisis de la jurisdicción y competencia de la Lotería de Bogotá para dictar los actos demandados, y posteriormente, si es del caso, se pronunciará sobre los demás cargos de la demanda y del recurso.

1. *Jurisdicción y competencia de la Lotería de Bogotá para dictar los actos demandados (cargos primero, tercero, cuarto y séptimo de la demanda).*

De acuerdo con los fundamentos expresados en el texto de los actos demandados, desde el punto de vista normativo ellos se fundamentan exclusivamente en los artículos 17 y 49 del Decreto 33 de 1984, como puede leerse en el último considerando de la Resolución 002127 del 2 de diciembre de 1986 (fl. 32 del Cdno. No.1), y en los artículos 20, 34 literal f), 17 y 42 inciso 2o., del mismo decreto como puede verse en la parte motiva de la Resolución 000262 del 16 de marzo de 1987 (fls. 17 y 18 del Cdno. No.1).

Frente a dichos fundamentos jurídicos, los cargos de la demanda que tienen que ver con este aspecto plantean lo siguiente:

a) Que la aplicación de los artículos 33 y 42 del Decreto 33 de 1984 es manifiestamente inconstitucional e ilegal, de lo cual resultaría la violación de los artículos 20, 21 inciso primero, 26 inciso primero y 215 de la Constitución de 1886, vigente al momento de expedición de los actos demandados, así como del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 por no haber aplicado la excepción de ilegalidad.

b) Violación de los artículos 12, 13 y 85 penúltimo inciso del Código de Procedimiento Civil, por carecer de jurisdicción la Lotería de Bogotá.

c) Violación de los artículos 22, 70 y 71 del decreto 33 de 1984, por cuanto al utilizar la Lotería de Bogotá el procedimiento en ellos establecido está usurpando jurisdicción.

A su vez, la Lotería de Bogotá, dentro del proceso, replica a lo anterior manifestando que su jurisdicción y competencia en el caso de autos resulta del artículo 1o. de la Ley 1a. de 1982, del artículo 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, de los artículos 4o., 21, 23, 64, 66 y 67 del Decreto 33 de 1984 y de la cláusula séptima del contrato suscrito con la sociedad demandante el 23 de noviembre de 1983. En algunas de esas normas y además en el inciso cuarto del artículo 1o. y " demás normas concordantes del Decreto 222 de 1983 ", el señor Fiscal de la Corporación también encuentra el sustento de la jurisdicción y competencia de la Lotería de Bogotá para expedir los actos acusados.

Finalmente, el Tribunal de primera instancia considera fundamentada la competencia de la entidad demandada en dos sentencias anteriores del mismo Tribunal, en las cuales, a su vez, se hace radicar esa competencia en los artículos 1o. y 4o. de la Ley 1a. de 1982, y 1o. y 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, 79 del Decreto 421 de 1982, 4o., 21 y 23 del Decreto 33 de 1984, como puede leerse a folios 327 a 332 del cuaderno No.1.

Al realizar un análisis de las diferentes normas invocadas para sustentar la jurisdicción y competencia de la Lotería de Bogotá para dictar los actos demandados, los cuales, debe recordarse, tienen como objeto único hacer efectivo a la sociedad demandante el pago al apostador José Fermín Pardo Ladino de un premio del Juego de Apuestas Permanentes " CHANCE " en cuantía de $800.000.oo, la Sala observa lo siguiente:

El artículo 1o. de la Ley 1a. de 1982, citado dentro del proceso por la Lotería de Bogotá y por el Tribunal de primera instancia, se limita a autorizar a las loterías, entre ellas a la de Bogotá, " para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero " y agrega que " estos juegos podrán ser realizados por las mismas entidades o mediante contrato de concesión con particulares ".

El artículo 4o. de la misma ley, aducido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, manifiesta que " si las entidades de que tratan los artículos 1o. y 2o. otorgasen concesión a terceros, el concesionario deberá pagar a ellas un mínimo del diez por ciento (10%) sobre el valor bruto de las apuestas y acogerse a las normas reglamentarias que para el efecto sean expedidas ". Este artículo fue derogado por el Decreto Legislativo 386 de 1983.

El artículo 1o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, citado por el Tribunal, expresa que " en desarrollo de la ley 1a. de 1982, las Loterías o Beneficencias podrán emitir formularios de distintos valores o nominaciones por los cuales los concesionarios pagarán un precio equivalente al 6% del monto total máximo de apuestas posibles por formulario. El valor de estos formularios no se cargará a los apostadores y representa el impuesto correspondiente ".

El artículo 6o. del mismo decreto legislativo citado anteriormente, aducido por la Lotería de Bogotá dentro del proceso y por el Tribunal de primera instancia, establece que " el incumplimiento a lo previsto en la Ley 1a. de 1982, decretos reglamentarios y la presente norma será sancionada de la siguiente manera: ... " Al indicar las sanciones, tanto para los concesionarios como para los vendedores, las refiere a multas de diversa cuantía, a la caducidad del contrato y a la cancelación de las licencias, carnés o credenciales. Agrega que las multas impuestas a los vendedores serán canceladas por el concesionario para el cual labora y éste podrá repetir contra el multado a quien se le entregará copia de la providencia. Termina diciendo que " las sanciones establecidas en este artículo serán impuestas por la Lotería o Beneficencia que los administran, mediante el trámite administrativo ".

El artículo 79 del Decreto 421 de 1982, reglamentario de la Ley 1a. de 1982, expresa que " los Servicios Seccionales de Salud y las entidades concesionistas tendrán la facultad de ejercer el control sobre los concesionarios, en todo lo referente a agencias, vendedores, libros, registros, relaciones de ventas, así como de los pagos que éstos hagan del 10% de las apuestas brutas de que trata el artículo 54 de este decreto ".

A su vez, las normas del Decreto 33 de 1984, reglamentario de la Ley 1a. de 1982 y del Decreto Legislativo 386 de 1983, que son citadas para sustentar la jurisdicción y competencia en la expedición de los actos acusados, tanto por los mismos actos demandados como por la Lotería de Bogotá dentro del proceso, por el agente del Ministerio Público y por el Tribunal de primera instancia, se refieren a los siguientes aspectos:

El artículo 4o. expresa que " el contrato de concesión de Apuestas Permanentes es un contrato que celebran la lotería o beneficencia que las administre y los Servicios Seccionales de Salud en los Territorios Nacionales, de una parte, con personas naturales o jurídicas, de la otra, *para que estas últimas ejecuten por su cuenta* todos los actos correspondientes del juego de apuestas permanentes" (Subrayado de la Sala).

El artículo 17 dice expresamente que " los premios que corresponda pagar conforme al plan establecido en el presente decreto *serán de la exclusiva responsabilidad del concesionario,* quien podrá delegar esta función en sus agencias debidamente autorizadas. *En ningún caso las autoridades concedentes serán responsables del pago de premios que corresponde pagar a los concesionarios* " (Subrayado de la Sala).

El artículo 20 se refiere a la anulación de formularios por el concesionario cuando aquellos presenten irregularidades.

El artículo 21 manifiesta: " Toda apuesta que aparezca hecha con la lotería distinta a la autorizada o autorizadas para el juego diario constituye infracción al presente decreto. *Las entidades concedentes se abstendrán de dar curso a las reclamaciones sobre pago de premios en estas condiciones.* Parágrafo. Sin perjuicio de recibir las sanciones contempladas en este decreto, el concesionario deberá reintegrar el dinero pagado por el jugador".

El artículo 23 establece: " *Proferida una providencia o acto administrativo que disponga el pago de uno o varios premios, el concesionario deberá proceder a la cancelación de los mismos dentro de los dos días hábiles siguientes a la ejecutoria de la misma. Si se negare, se le aplicarán las disposiciones que para el caso establece el presente decreto* " (Subrayado de la Sala).

El artículo 34, literal f), ser refiere al libro de control de ventas que el concesionario debe llevar con una serie de informaciones, entre las cuales se encuentra la referente a la cantidad e identificación de los formularios anulados o extraviados que no entren al escrutinio.

El artículo 42, inciso 2o. manifestaba que " *los concesionarios serán responsables por sus actos y lo serán solidariamente por los de sus agentes, colocadores o vendedores y dependientes en todo lo que se relacione con la explotación del juego de apuestas permanentes por concesión, en razón de la dependencia laboral, civil o comercial existente* " (Subrayado de la Sala). No obstante, debe tenerse en cuenta que este artículo fue declarado nulo por sentencia de esta Sección Primera, de fecha 7 de marzo de 1988, de la cual fue ponente el Consejero Guillermo Benavides Melo, Expediente No.15.

El artículo 49 se limita a manifestar que " una vez elaborado el formulario, el colocador o vendedor deberá entregar al jugador la copia y guardará el original, el cual devolverá al concesionario con anticipación al sorteo de la lotería respectiva".

Los artículos 64 y 66 se refieren a las sanciones que pueden imponerse a los concesionarios y a los colocadores o vendedores, en los mismos términos del artículo 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, ya mencionado.

El artículo 67 precisa las conductas que dan lugar a las sanciones a los colocadores o vendedores.

Finalmente, la cláusula séptima del contrato de concesión suscrito entre la sociedad demandante y la Lotería de Bogotá el 23 de noviembre de 1983, se refiere a la cuantía y naturaleza de la garantía que debía otorgar el concesionario por la suma de $10.000.000.oo, para cubrir el cumplimiento del contrato, la cláusula penal pecuniaria, el pago de premios y el pago de sanciones y multas.

Del análisis de las normas citadas, así como del conjunto de normas que regulaban el juego de apuestas permanentes a la fecha de expedición de los actos demandados y de los principios jurídicos aplicables al caso, la Sala no encuentra que la Lotería de Bogotá tuviera jurisdicción o competencia para dictar los actos controvertidos, por las siguientes razones:

a) En el derecho colombiano, como en la generalidad de los Estados de derecho, regidos por el principio de la división del poder público en ramas y el ejercicio de funciones separadas por parte de ellas, la jurisdicción, en el sentido de potestad para administrar justicia, corresponde por regla general a la rama judicial (artículos 55 y 58 de la Constitución anterior y 113 y 116 de la Constitución de 1991). Dentro del amplio campo del ejercicio de la jurisdicción, a la justicia o jurisdicción civil corresponde aplicar la ley para decidir los conflictos entre particulares, con excepción de los asuntos de carácter laboral, mientras que a la jurisdicción contencioso administrativa corresponde, en términos generales, aplicar la ley para decidir los conflictos entre el Estado y los particulares.

Respecto de lo anterior, si bien es cierto que el ejercicio de funciones separadas por parte de las diferentes ramas del poder se encuentra limitado por el de la colaboración entre ellas, el cual ha permitido que un órgano de una rama pueda llegar a ejercer funciones que normalmente corresponderían a otra, no hay duda de que esta posibilidad es excepcional y, por consiguiente, solo se dará en virtud de norma expresa de carácter constitucional o legal. Así se ha entendido siempre, como en los casos de administración de justicia en determinados asuntos por parte del Congreso, de la justicia penal militar, de la jurisdicción coactiva y de los juicios policivos de naturaleza civil por parte de autoridades administrativas. Ese carácter excepcional lo ha ratificado de manera expresa la nueva Constitución Política, que en su artículo 116 prevé que " el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales " y que " excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas ".

Como en el caso controvertido en este proceso se trata de dos actos expedidos por un organismo de la administración pública, mediante los cuales ordena a un particular cumplir respecto de otro una obligación resultante de una relación

jurídica existente entre ellos, la Sala considera que a través de los citados actos la Lotería de Bogotá pretendió ejercer, no una función administrativa como muchas de su competencia, sino una función de carácter jurisdiccional sin que esa potestad le haya sido otorgada de manera expresa por alguna norma de carácter legal, como se confirmará en los análisis siguientes.

b) De la simple lectura de las normas citadas tanto en los actos demandados, como dentro del proceso por parte de la Lotería de Bogotá, las mencionadas por el Ministerio Público en su concepto y las aducidas por el Tribunal de Cundinamarca para resolver en primera instancia y que fueron transcritas o resumidas al comienzo de estas consideraciones, no se encuentra que alguna de ellas otorgue a las loterías de potestad o facultad de ordenar a los concesionarios del chance el pago de premios a los apostadores, es decir, ordenar el cumplimiento de esa obligación resultante de la relación jurídica existente entre concesionario y apostador.

Las únicas normas de las cuales, según su texto, podría pretenderse la existencia de esa facultad serían los artículos 21 y 23 del Decreto 33 de 1984, que hacen referencia de manera expresa a que "las entidades concedentes se abstendrán de dar curso a las reclamaciones sobre pagos de premios " cuando la apuesta aparezca hecha con lotería distinta a las autorizadas para el juego diario, y a que "proferida una providencia o acto administrativo que disponga el pago de uno o varios premios, el concesionario deberá proceder a la cancelación de los mismos dentro de los dos días hábiles siguientes a la ejecutoria de la misma".

No obstante los anteriores textos aparentemente claros y expresos para la Sala no hay duda de que ellos no podían servir de fundamento legal para la expedición de los actos administrativos demandados, por dos razones elementales:

De una parte, porque los citados preceptos no están otorgando expresamente jurisdicción o competencia para expedir los actos que dispongan el pago de premios, sino que simplemente se están refiriendo a esos actos, es decir, que están partiendo de la errada creencia de que las entidades concedentes tienen esa facultad. Concluir lo contrario implicaría que el otorgamiento de jurisdicción o competencia puede ser tácito, lo cual es claramente inaceptable, especialmente en tratándose del ejercicio de una función jurisdiccional por parte de una autoridad administrativa.

De otra parte, porque las normas comentadas son simplemente de carácter reglamentario y, como ya se ha dicho, las excepciones a la separación de funciones entre las diferentes ramas del poder sólo pueden provenir de una norma constitucional o legal.

De acuerdo con lo anterior y en virtud del principio de la excepción de inconstitucionalidad consagrado en el artículo 215 de la anterior Constitución y en el artículo 4o. de la Constitución de 1991, la Sala considera que las citadas normas reglamentarias no pueden ser aplicadas en el presente caso para pretender fundamentar en ellas la jurisdicción y competencia de la Lotería de Bogotá para dictar los actos demandados, por ser contrarias al principio de la separación de las

ramas del poder público consagrado en los ya también citados artículos 55 y 58 de la Constitución anterior y 113 y 116 de la Constitución de 1991.

La Sala hace notar adicionalmente que a lo anterior no se opone el hecho de que mediante la sentencia del siete de marzo de 1988, de esta misma Sección, de la cual fue ponente el Consejero Guillermo Benavides Melo, Expediente No. 15, se hubiera negado la declaratoria de nulidad del artículo 23 del Decreto 33 de 1984, demandado dentro de ese proceso, por cuanto el análisis que en esa ocasión hizo la Sala sobre la legalidad de la citada norma no se refirió concretamente a la circunstancia de que ella pretendiera consagrar una función de carácter jurisdiccional, sin respaldo legal,

A este respecto, como ya también se ha afirmado, de las normas de carácter legal citadas dentro del proceso no resulta el otorgamiento de la controvertida potestad.

Por el contrario, de otras normas del citado decreto reglamentario 33 de 1984, surgen elementos que permiten establecer contradicciones con los mencionados artículos 21 y 23 y ratificar que estos últimos son contrarios al régimen previsto para el juego de apuestas permanentes.

Así, el artículo 4o., al definir el contrato de concesión de apuestas permanentes, expresamente se refiere a que el objetivo del mismo consiste en que las personas naturales o jurídicas concesionarias " ejecuten *por su cuenta* todos los actos correspondientes del juego de apuestas permanentes ".

Por su parte, el artículo 17 expresa que " los premios que corresponda pagar conforme al plan establecido en el presente decreto *serán de la exclusiva responsabilidad del concesionario,* quien podrá delegar esta función en sus agencias debidamente autorizadas. *En ningún caso las autoridades concedentes serán responsables del pago de premios que corresponde pagar a los concesionarios*".

De manera más contundente, el artículo 22 establece que " *el no pago de premios por el concesionario,* o por la lotería, beneficencia o Servicio de Salud cuando no exista contrato de concesión, *dará lugar, por parte del jugador, a ejercer las acciones previstas en el Código de Procedimiento Civil,* sin perjuicio de lo que para los casos especiales establezcan las disposiciones legales vigentes ". (Subrayas del Despacho).

c) Tampoco considera la Sala que la expedición de los actos demandados pueda tener fundamento legal, como lo pretenden la entidad demandada y el Tribunal de primera instancia, en las normas que otorgan poder sancionatorio a las entidades concedentes del juego de apuestas permanentes.

En efecto, si bien es cierto que el artículo 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 y los artículos 64 a 69 del Decreto Reglamentario 33 de 1984 consagran el

poder sancionatorio a favor de las loterías o beneficencias frente a los concesionarios y vendedores, determinando las conductas que dan lugar a sanción y las sanciones correspondientes, en ninguna de esas normas aparece como sanción la de " ordenar la efectividad del pago de un premio por parte de un concesionario y a favor de un apostador", como lo hicieron los actos demandados. La realidad es que a pesar de que entre las conductas de los concesionarios que dan lugar a sanción se encuentra la de " la renuencia del concesionario en el pago de los premios..." (artículo 65, literal b) del Decreto 33 de 1984), las únicas sanciones previstas son las de multas en cuantías allí mismas especificadas para las infracciones en que se incurra por primera o segunda vez, y la de caducidad del contrato, con la cancelación de todas las licencias y carnets, para el caso de que se incurra en infracción por tercera vez (artículos 6o. del Decreto 386 de 1983 y 64 del Decreto 33 de 1984).

A este respecto, vale la pena hacer notar que el artículo 86 del Decreto 33 de 1984 establece que " si el concesionario, sin causa justificada, no cancela al apostador la totalidad del premio derivado de la apuesta efectuada, la entidad concedente declarará la caducidad del contrato y cancelará la licencia correspondiente. Igualmente, la entidad concedente hará efectiva la fianza o depósito y con ella cancelará el premio requerido ". De esta norma reglamentaria, que no fue invocada

3. *El restablecimiento del derecho*

Como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, procederá el restablecimiento del derecho solicitado por la sociedad actora, en los términos siguientes:

Como en el expediente aparece probado que la sociedad demandante pagó el 31 de marzo de 1987 la suma de $640.000.oo en cumplimiento de los actos acusados (fls. 39 y 46 Cdno. No.1), una vez descontados los impuestos, se ordenará su devolución.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corporación y el artículo 178 del C.C.A., y dentro del marco de las peticiones de la demanda, la suma que se ordena devolver estará sometida a la actualización monetaria, tomando como base el índice de precios al consumidor certificado por el DANE, a partir del 31 de marzo de 1987 y hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Igualmente, la suma que se ordena devolver devengará los intereses legales del seis por ciento anual, establecidos en el artículo 1617 del C.C., desde el 31 de marzo de 1987 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

De acuerdo con el último inciso del artículo 177 del C.C.A., las sumas que resulten de la liquidación anterior, devengarán intereses comerciales, durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de este término.

Para los efectos correspondientes la condena se entiende en concreto y deberá ejecutarse dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A.

En mérito de las consideraciones anteriores el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído al concepto del señor Agente del Ministerio Público, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Primero. REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 16 de marzo de 1989, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda instaurada por la sociedad Compañía Nacional de Apuestas Permanentes e Inversiones Ltda. "CONAPI LTDA." contra las Resoluciones Nos. 002127 de 1986 (diciembre 2) y 000262 de 1987 (marzo 16), expedidas por la Lotería de Bogotá y, en su lugar se dispone:

Segundo. DECLARASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 002127 de 1986 (diciembre 2) y 000262 de 1987 (marzo 16), expedidas por la Lotería de Bogotá, mediante las cuales se resolvió ordenar la efectividad del pago del premio en cuantía de OCHOCIENTOS MIL PESOS ($800.000.oo) M/CTE., por parte del concesionario CONAPI LTDA., AGENCIA No. 12, y a favor del señor JOSE FERMIN PARDO LADINO y se ordenó la cancelación de dicha suma mediante consignación en la Tesorería de la entidad.

Tercero. CONDENASE a la Lotería de Bogotá a devolverle a la Compañía Nacional de Apuestas Permanentes e Inversiones Ltda. " CONAPI LTDA. " la suma de SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($640.000.oo) M/CTE., actualizada desde el 31 de marzo de 1987 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia, de conformidad con los índices de precios al consumidor certificados por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE-.

Cuarto. CONDENASE a la Lotería de Bogotá a pagarle a la Compañía Nacional de Apuestas Permanentes e Inversiones Ltda. " CONAPI LTDA. ", a título de intereses, el seis por ciento anual sobre la suma de SEISCIENTOS CUARENTA MIL PESOS ($640.000.oo) M/CTE., liquidados desde el 31 de marzo de 1987 hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia.

Quinto. Las sumas de dinero reconocidas en esta sentencia devengarán intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término, de conformidad con el artículo 177 del C.C.A.

Sexto. En cumplimiento del artículo 176 del C.C.A., la Lotería de Bogotá deberá adoptar las medidas necesarias para la ejecución de esta sentencia, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación.

Septimo. En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

ICFES-Facultades/ **INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR**-Vigilancia/ **INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN**-Vigilancia

El Presidente de la República a través del decreto acusado está plenamente facultado para otorgar funciones al ICFES, ya que la inspección y vigilancia no puede concebirse sin unas funciones administrativas que puedan ser ejercidas de manera técnica y especializada por esta entidad creada precisamente para tal efecto. Si el ICFES tiene funciones que le permiten colaborar con el Gobierno en la inspección y vigilancia de las instituciones docentes públicas y privadas e instituciones de utilidad común, y, a la vez, poder para sancionar a las mismas cuando incumplan normas constitucionales, legales y estatutarias, logicamente tiene facultades disciplinarias para responsabilizar a los infractores por las faltas disciplinarias cometidas. Sin embargo, la norma demandada que habla de perjuicios se está enmarcando dentro de la responsabilidad civil o patrimonial cuya determinación compete, previo debido proceso, a quienes tienen la función de administrar justicia.
DECLARA LA NULIDAD del parágrafo del artículo 5o. del Decreto 1227 de 1989 (junio 13) expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C. veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expedientes Nos. 1226, 1241, 1293, 1306 y 1325 (Acumulados). Actor: José Roberto Sáchica Méndez. Acción de nulidad promovida en relación con el Decreto 1227 de 13 de junio de 1989 expedido por el Presidente de la República.

Los ciudadanos JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ, GONZALO CUERVO ROJAS, JOSE MARIA DEL CASTILLO ABELLA, CARLOS ARIEL SALAZAR VELEZ Y DARIO RODRIGUEZ JAUREGUI, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación, en demandas separadas que se rituaron inicialmente en procesos diferentes y que fueron acumulados por decisión de la Sala Unitaria en proveído de 8 de febrero de 1991 (fl. 52 exp. 1226), la nulidad del decreto 1227 de junio 13 de 1989 expedido por el Presidente de la República " por el cual se dictan normas sobre la facultad de inspección y vigilancia en las instituciones de educación superior ", en el que se dispone (f. 1 a 3 exp. 1226):

" DECRETA:

Artículo 1o. A través del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES- el Presidente de la República de Colombia en uso de su facultad de inspección y vigilancia sobre las instituciones de educación superior, públicas y privadas, velará porque éstas cumplan con los fines sociales de la cultura y la mejor formación de los educandos, y en estas últimas, porque sus rentas se conserven y apliquen exclusivamente al objeto social educativo previsto por los fundadores.

" *Artículo 2o.* En virtud de la facultad de inspección y vigilancia sobre las instituciones de educación superior, públicas y privadas, el ICFES podrá:

" a. Fijar las políticas y los planes para que la educación superior cumpla con los objetivos que le ha fijado la ley.

" b. Adoptar las medidas necesarias para que éstas en su actividad educativa, no se desvíen de sus objetivos esenciales y para que se dé estricto cumplimiento a las disposiciones vigentes sobre la materia.

" c. Solicitarles informes financieros, contables, administrativos y académicos, con el fin de practicar las evaluaciones que sobre ellas y los programas que ofrecen, establece la ley.

" d. Emitirles órdenes para que tomen las medidas correctivas y de saneamiento cuando se han violado las disposiciones legales.

" e. Imponer a las instituciones vigiladas, a su representante legal, a los miembros de los consejos superiores, consejos directivos y personas naturales, las sanciones para las que está facultado, previo el procedimiento legal.

" f. Suspender las funciones del rector y/o consejos superiores y directivos de ellas, cuando se presente una de las situaciones de que trata el artículo 3o. del presente decreto a juicio del Director del Icfes, previo concepto de la Junta Directiva y con el voto favorable de su presidente.

" g. Examinar los presupuestos y planes de inversión de las instituciones.

" *Artículo 3o.* La suspensión de funciones de que trata el artículo anterior se dará cuando se presente una de las siguientes situaciones:

" a. Cuando la institución haya rehusado la exigencia que se le haga de someter todo lo relacionado con los asuntos administrativos y académicos a la inspección del Icfes.

" b. Cuando hayan rehusado a ser interrogados sus directivos, administradores o representantes legales, bajo juramento, sobre la actividad desarrollada.

" c. Cuando incumplan reiteradamente las órdenes e instrucciones del Icfes debidamente establecidas.

" d. Cuando persistan en violar sus estatutos o las disposiciones legales que les son aplicables.

" e. Cuando persistan en el manejo de la institución de educación superior en forma no autorizada.

" *Artículo 4o.* Para la suspensión de funciones en las instituciones de educación superior y cumplidos los requisitos de que trata el literal f del artículo 2o. del presente decreto, el Director del Icfes notificará al consejo superior y consejo directivo según el caso, y al rector y/o representante legal quienes quedarán directamente bajo sus órdenes a través de él o de los funcionarios que éste designe.

"PARAGRAFO: Esta suspensión se conservará hasta que se haya normalizado la situación o se haga necesaria la cancelación de la personería jurídica, en el caso de las instituciones no oficiales, evento en el cual el ICFES utilizará los mecanismos legales necesarios para transferir a los estudiantes a otras instituciones de educación superior.

" *Artículo 5o.* Sin perjuicio de las medidas que tome el ICFES durante la suspensión de funciones, adelantará las investigaciones disciplinarias institucionales, si a ello hubiere lugar, para determinar responsabilidades.

" PARAGRAFO: Los miembros de los consejos superiores y directivos y los representantes legales y rectores que violen o permitan que se violen las disposiciones legales, serán personalmente responsables por los perjuicios que se causen a las instituciones, a los estudiantes y a terceros.

" *Artículo 6o.* La Junta Directiva del Icfes, mediante Acuerdo, reglamentará los procedimientos para la suspensión de funciones y las investigaciones disciplinarias institucionales.

" *Artículo 7o.* Para los efectos del presente decreto el Director del ICFES, mediante resolución, integrará comisiones técnicas las cuales se regirán por las siguientes normas:

" 1. En su integración, a más de los funcionarios del Icfes, el Director puede incluir los técnicos contratados o en comisión de otras dependencias del sector educativo que considere necesarios, así como personas que presten sus servicios *ad honorem.*

" 2. Sus trabajos se adelantarán en coordinación con las dependencias competentes según el objeto del procedimiento adelantado.

" *Artículo 8o.* Con el fin de garantizar el ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia, en los consejos directivos de cada una de las instituciones de educación superior no oficiales, habrá un delegado del Ministerio de Educación Nacional, quien asistirá a las sesiones del respectivo organismo con voz, pero sin voto.

" PARAGRAFO: Para ser delegado del Ministerio de Educación Nacional en las instituciones de educación superior no oficiales, se requiere ser ciudadano Colombiano, mayor de treinta y cinco años (35) y haber sido profesor universitario por más de cinco (5) años ".

I. CONCEPTO DE VIOLACION DE LAS DEMANDAS RADICADAS BAJO LOS Nos. 1226 y 1241

Consideran los actores que con el acto demandado en su totalidad, se quebrantaron las siguientes disposiciones (fl. 13 a 19 y 4 a 7):

- Artículo 135 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto el decreto acusado constituye delegación de competencias que atribuyen los ordinales 12 y 19 del artículo 120 de la Carta Política al Presidente de la República, para la inspección y vigilancia de la instrucción pública nacional, y sobre las rentas de las instituciones de utilidad común, y la delegación no puede tener como destinatarios sino a los funcionarios taxativamente enumerados en el artículo 135 ibídem y nunca a los organismos descentralizados como el ICFES.

- Artículos 41 y 120 nums. 12 y 19 de la Constitución Nacional de 1886, porque el decreto rebasa facultades que autorizan al Gobierno para la inspección y vigilancia de los institutos docentes e institucionales de utilidad común, al autorizar una franca intervención e injerencia indebida en la gestión de los entes controlados, equivalente a una co-administración, otorgando poder al ICFES para ordenar, imponer exigencias, cambiar rectores y tener delegados en el seno de los consejos directivos, con voz, es decir con la posibilidad de participar en la adopción de decisiones.

- Artículo 120 nums. 12 y 41 de la Constitución Nacional de 1886, ya que el decreto extiende sus efectos a las instituciones docentes de carácter privado, cuando el num. 12 del artículo 120 ibídem se refiere unicamente a la instrucción pública nacional. Además de que los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos corresponde fijarlos al legislador.

- Artículo 76 nums. 10 y 9 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto la organización y estatutos básicos de los establecimientos públicos del orden nacional deben ser expedidos por el Congreso, mediante ley, y el acto acusado en su artículo 7o., al autorizar la contratación de personal y la constitución de comisiones técnicas de estudio y evaluación, está modificando el Decreto 1156 de 1968 (Estatuto Orgánico del Icfes).

- Artículos 55, 58 y 61 de la Constitución Nacional de 1886, al atribuir funciones de tipo judicial y disciplinario al ICFES, como son el poder de investigación y determinación de responsabilidades de los directores y administradores y facultándolo para legislar, desconociendo así las tres ramas del poder público que tienen funciones separadas y diferentes.

- Artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, porque el decreto impugnado en su artículo 6o. faculta a la Junta Directiva del ICFES para variar, a su talante, en cualquier momento, mediante acuerdos, los procedimientos disciplinarios que sólo pueden ser establecidos por el legislador y nunca por el mismo Juez, además de que el decreto no establece ni causas ni procedimientos para aplicar las penas.

- Artículos 34 y 44 de la Constitución Nacional de 1886, en razón a que el decreto acusado en su artículo 4o. invade, sin fórmula de juicio, el campo privado de las fundaciones, corporaciones y asociaciones, a la vez que ejerce de hecho cierta confiscación; y en el caso del artículo 8o. del acto impugnado, al permitirse la intromisión del delegado del Ministerio de Educación Nacional, implica una violación de la iniciativa privada de pensamiento, palabra, opinión, deliberación y decisión personal.

II. CONCEPTO DE VIOLACION EN LA DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 1293

El actor hace en síntesis, los siguientes cargos contra los artículos 1o. y 2o., literal f, 3o. y 4o. del Decreto 1227 de 13 de junio de 1989 (fls. 12 a 24).

Primer cargo. Violación del artículo 120 ordinal 12 de la Constitución Nacional de 1886, en concordancia con el artículo 41 ibídem, porque la inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos y privados corresponde al Estado cuyo órgano político es el Congreso, y el Gobierno debe ejercerlas mediante ley que defina las opciones políticas fundamentales con base en las cuales el Presidente ejerza las que le corresponden en relación con la educación según lo dijo el Consejo

de Estado en sentencia de 31 de mayo de 1977, expediente 2310, ponente: Dr. Humberto Mora Osejo. Que, además, el Decreto ley 80 de 1980 por el cual se organiza el sistema de educación post-secundaria, dictado con base en las facultades conferidas por la ley 8 de 1979, consagraron una autonomía para las instituciones de educación superior en cuanto a su decisión y organización, por lo que el Gobierno Nacional debe circunscribirse a lo expresado en la ley.

Segundo cargo. Violación del artículo 135 de la Constitución Nacional de 1886, si se considera que la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común corresponde al Presidente de la República, y éste no puede delegar funciones sino en los Ministros, Gobernadores y Jefes de Departamentos Administrativos quienes las ejercen directamente o a través de sus dependencias; y el ICFES no es una dependencia del Ministerio de Educación Nacional sino un establecimiento público del orden nacional.

Tercer cargo. En el evento de que se considerare que el artículo 41 de la Constitución Nacional de 1886 no hubiera modificado el ordinal 12 del artículo 120 de la Carta Política, y que por ende esta última disposición no estuviera subordinada a la primera, el decreto acusado es nulo por inconstitucional, ya que la atribución del ordinal 12 citado al coexistir con el artículo 41, se circunscribe únicamente a la instrucción pública, por lo que no se puede extender tal atribución a las instituciones privadas de educación superior, y al hacerlo, se constituye una abierta y clara intervención sobre dichas instituciones.

Cuarto cargo. Violación del artículo 20 de la Constitución Nacional de 1886 y 18 del decreto ley 80 de 1980 porque el acto acusado quebranta el principio de la libertad de enseñanza, al disponer la separación de los directivos de las instrucciones no oficiales de educación superior del ejercicio de sus funciones.

Quinto cargo. Violación del artículo 120, ord. 3 de la Constitución Nacional de 1886, ya que el Gobierno ha debido hacer uso de la potestad reglamentaria, teniendo en cuenta que los artículos 140, 142 y 182 del Decreto ley 80 de 1980 con base en los cuales se profirió el decreto no facultan al Gobierno para expedir normas como las acusadas.

III. CONCEPTO DE VIOLACION EN LA DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 1306

Cita el actor las siguientes normas como infringidas frente al Decreto acusado en su artículos 2o., 3o., 5o., y 8o. (fls. 13 a 52).

- Violación del artículo 44 de la Constitución Nacional, por cuanto los artículos 2o., literal f, y 3o. del Decreto 1227 de 1989, al suspender las funciones del rector y consejo superior y directivos, afecta el derecho de asociación constitucionalmente protegido que conlleva a la capacidad de dirigir la instrucción.

- Violación de los artículos 638 y 641 del C.C., por cuanto las normas que consagran el derecho de asociación no contemplan la suspensión de los representantes legales, directores, consejos superiores y/o directivos.

- Violación de los artículos 20, 41, 120 ord. 12 y 19 de la Constitución Nacional de 1886; 18, 138, 139, 141, 142, 145, 182 y 183 del decreto 80 de 1980 porque el Gobierno Nacional al expedir el decreto 1227 en sus artículos 2o., literal f, 3o. y 8o., extralimitó sus funciones al permitir que el Icfes paralice el funcionamiento de los órganos directivos de las personas jurídicas, máxime si ni la Constitución, ni el decreto 80 de 1980 contemplan la figura jurídica de la suspensión, además de que entra en directísima confrontación con la autonomía universitaria. En relación con el artículo 8o. del acto acusado, se está añadiendo un nuevo requisito a nivel de órganos directivos con la creación de la figura del delegado del Ministerio de Educación.

- Violación de los artículos 34, 36, 55, 58 de la Constitución Nacional de 1886, en cuanto en el literal f, del artículo 2o. del decreto demandado se permite aplicar la suspensión " a juicio del Director del Icfes ", lo que significa que se ha convertido a esta entidad en un establecimiento público que administra justicia, además que dentro de las funciones discrecionales que asume está la de administrar los patrimonios de las instituciones universitarias privadas, sin ningún tipo de limitación, lo que significa que el ICFES tiene la capacidad de imponer la pena de confiscación.

- Violación de los artículos 76, ord. 1 y 2, de la Constitución Nacional de 1886; 1568 a 1580 del C.C., en cuanto al parágrafo del artículo 5o. que adiciona al código civil una nueva forma de responsabilidad solidaria que afecta directamente en forma ilimitada el patrimonio de los rectores y miembros de los órganos directivos de las instituciones privadas de educación superior.

IV. CONCEPTO DE VIOLACION EN LA DEMANDA RADICADA BAJO EL No. 1375

Estima el actor, que con la expedición del decreto acusado en su artículo 8o. se violaron las siguientes normas (fls. 11 a 16):

Artículos 12, 41, 55, 62, 120, ord. 12 y 19 de la Constitución Nacional de 1886; 18, 140, 141, 142, 145, 182 del Decreto 80 de 1980.

Fundamenta el actor el concepto de la violación, así:

1. Corresponde al Congreso señalar mediante ley el campo de acción de la inspección y vigilancia de los institutos docentes públicos y privados, y al presidente ejercerla dentro del campo señalado en la ley.

2. El Decreto Ley 80 de 1980 en ninguna parte previó la posibilidad de que al Consejo Directivo de las instituciones no oficiales pudiera asistir un delegado del Ministerio de Educación Nacional, y por el contrario en su artículo 18 dicho decreto

señaló que las instituciones de educación superior son autónomas para darse su organización y gobierno, por lo que el decreto acusado desbordó el campo de ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia, vulnerando la autonomía y limitando la libertad consagrada en favor de las instituciones.

3. Los reglamentos autónomos no tienen la capacidad para adicionar, modificar o derogar la ley, por ello el Gobierno no puede establecer mediante decreto la forma de constitución de las personas jurídicas, ni determinar sus órganos de gobierno y dirección, por lo que al expedirse el acto acusado, se excedió la órbita de su competencia invadiendo la del Congreso, al regular aspectos atinentes al funcionamiento y organización de las personas jurídicas de derecho privado.

V. EL TRAMITE DE LOS PROCESOS

Los cinco procesos que se deciden por medio de esta sentencia, fueron acumulados en virtud de auto de fecha 8 de febrero de 1991 (fl. 52 exp. 1226) por solicitud del Agente del Ministerio Público.

En cada uno de ellos se admitieron las respectivas demandas y se denegaron las solicitudes de suspensión provisional así:

- Expediente No. 1226, por auto de fecha 8 de agosto de 1989 (fl. 24 a 27).

Sala al estudio tanto de los cargos formulados genericamente contra la totalidad del decreto, esto es los contenidos en las demandas radicadas bajo los Nos. 1226 y 1241, así como de la censura que en forma parcial se hace del acto acusado en sus diferentes artículos en los restantes procesos, por tener puntos comunes que convergen a una misma decisión.

En este orden de ideas se sintetizan así los motivos de impugnación:

PRIMER CARGO: El decreto 1227 de junio 13 de 1989 es violatorio de los artículos 120, numerales 12 y 19; 41 y 135 de la Constitución Nacional de 1886 porque:

a) Extiende sus efectos a instituciones de carácter privado cuando el numeral 12 del artículo 120 se refiere unicamente a la instrucción pública; además de que los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos corresponde fijarlos al legislador.

b) La inspección y vigilancia corresponde al Estado, por lo que el Gobierno debe ejercerla conforme a la ley.

c) El Presidente de la República delegó competencias en funcionarios distintos a los taxativamente mencionados en el artículo 135 de la Constitución Nacional.

Esta Corporación en otras oportunidades ha dicho que el artículo 41 de la Carta Política de 1886 (que corresponde al artículo 14 del Acto Legislativo No. 1 de

1936), modifica el artículo 120, num. 12, en el sentido de señalar que corresponde al Estado la suprema inspección y vigilancia de las instituciones docentes públicas y privadas; que el órgano político del Estado es el Congreso, por lo que mediante ley se deben señalar o definir las opciones políticas fundamentales con base en las cuales el Presidente, como suprema autoridad administrativa, ejerza las que le corresponden (Sentencia de mayo 31 de 1977, Sección Primera, expedientes 2310, 2320 y 2342).

Observa la Sala que, el Congreso como órgano político del Estado expidió la ley 8 de 1979, por la cual se otorgan facultades extraordinarias al Presidente de la República, conforme al artículo 76, num. 12, de la Constitución de 1886, para establecer la naturaleza, características y componentes de la educación post-secundaria y se fijan requisitos para la creación y funcionamiento de instituciones públicas y privadas de educación post-secundaria.

En desarrollo de las facultades conferidas, el Presidente de la República expidió el decreto ley 80 de 1980 " Por el cual se organiza la educación post secundaria " y en su artículo 82 señaló:

> " Sin perjuicio de la facultad que para dirigir, reglamentar e inspeccionar la instrucción pública nacional corresponde al Presidente de la República, la suprema inspección y vigilancia de las instituciones de educación oficial y no oficiales, que el Estado le asigna al artículo 41 de la constitución Política, *será ejercida por el Gobierno* (se subraya) Nacional de acuerdo con las disposiciones del presente Decreto, con la inmediata colaboración del ICFES ".

Significa lo anterior que en el Presidente de la República está radicada la suprema inspección y vigilancia de las instituciones docentes públicas y privadas de acuerdo con la norma transcrita contenida en el Decreto 80 de 1980, que como ya se dijo se expidió con base en facultades extraordinarias, lo que hace que tenga fuerza de ley.

Precisa, además, el artículo 82 citado, que, esta inspección y vigilancia la ejercerá el Gobierno Nacional CON LA INMEDIATA COLABORACION DEL ICFES, y no podía ser de otra manera, ya que este establecimiento público que antes correspondía al Fondo Universitario Nacional, y en virtud del decreto 3156 de 1968 se denominó Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior - Icfes-, tiene dentro de su principal finalidad, como reza el artículo 2o. del citado decreto, la de servir de órgano auxiliar dél Ministerio de Educación Nacional en lo relativo a la inspección y vigilancia de la educación superior, y como objetivo primordial, según se establece en el decreto 2743 de octubre 14 de 1980 (Estatuto General de la entidad), COLABORAR con el Gobierno Nacional en la suprema inspección y vigilancia de las instituciones de educación superior, y ejercer en los términos que disponga el Presidente de la República la inspección y vigilancia que para las instituciones no oficiales de educación superior, se deriva de su naturaleza de instituciones de utilidad común. Igualmente el artículo 1o. del decreto 81 de

1980 señala al Icfes como auxiliar del Gobierno para el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le corresponden con respecto a la educación superior.

Por consiguiente, estima la Sala, que el Presidente de la República a través del decreto acusado está plenamente facultado para otorgar funciones al Icfes, ya que la inspección y vigilancia no puede concebirse sin unas funciones administrativas que puedan ser ejercidas de manera técnica y especializada por esta entidad creada precisamente para tal efecto. Además, el artículo 132 de la Constitución Política de 1886 y la nueva Carta, artículo 189 num. 17, autorizan al Presidente de la República para distribuir los negocios, según su naturaleza, entre Ministerios, Departamentos Administrativos y establecimientos públicos.

En lo tocante a la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común, no cabe discusión alguna sobre que esta competencia está radicada en cabeza del Presidente de la República (art. 120 num. 19 Constitución de 1886, hoy num. 26 art. 189) por lo que éste puede desarrollar mediante reglamentos constitucionales o autónomos dicha facultad, con absoluta exclusión del Congreso, situación que hoy ha variado en virtud de lo dispuesto en el numeral 8o. del art. 150 de la C.P.

El cargo por lo tanto no está llamado a prosperar.

SEGUNDO CARGO. Violación de los artículos 20, 34, 41, 44, 120 num. 12 y 19, de la Constitución Nacional de 1886; 18, 138, 139, 141, 142, 145, 182 y 183 del decreto ley No. 80 de 1980; 638 y 641 del Código Civil.

El cargo se fundamenta en los siguientes argumentos:

a). El decreto acusado rebasa las facultades que autorizan al Gobierno para la inspección y vigilancia de los institutos docentes e instituciones de utilidad común, al permitir una franca intervención e injerencia indebida en los entes controlados, equivalente a una coadministración, al otorgar al Icfes competencia para ordenar, imponer exigencias, cambiar rectores y, tener delegados en el seno de los Consejos Directivos, es decir, posibilitarlo para participar en la adopción de decisiones.

b). Quebranta la libertad de enseñanza al disponer la separación de las directivas de las instituciones no oficiales de educación superior del ejercicio de sus funciones.

c). Invade, sin fórmula de juicio, el campo de las fundaciones, corporaciones y asociaciones, pues sus normas no contemplan la suspensión de los representantes legales.

d). Al permitir que la suspensión se aplique " a juicio del director del Icfes", se da capacidad para imponer la pena de confiscación.

e). Se pierde la capacidad de autogobernarse, lo que entra en contradicción con la autonomía universitaria.

De la lectura del cargo se impone deducir que éste necesariamente atañe a los artículos 2o. literal f., 4o. y 8o. del Decreto impugnado.

Preceptúa el literal f. del artículo 2o.:

" Suspender las funciones del rector y/o consejos directivos y superiores de ellas cuando se presenta una de las situaciones de que trata el artículo 3o. del presente decreto a juicio del Director del Icfes, previo concepto de la Junta Directiva y con el voto favorable de su Presidente ".

Señala el artículo 4o.:

" Para la suspensión de funciones en las instituciones de educación superior y cumplidos los requisitos de que trata el literal f. del artículo 2o. del presente decreto, el Director del Icfes notificará al Consejo Superior y al consejo directivo según el caso, y al rector y/o representante legal, quienes quedarán directamente bajo sus órdenes a través de él o de los funcionarios que éste designe ".

" Parágrafo: Esta suspensión se conservará hasta que se haya normalizado la situación o se haga necesaria la cancelación de la personería jurídica, en el caso de las instituciones no oficiales, evento en el cual el Icfes, utilizará los mecanismos legales necesarios para transferir a los estudiantes o a otras instituciones de educación superior".

Reza el artículo 8o.:

" Con el fin de garantizar el ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia en los consejos directivos de cada una de las instituciones de educación superior no oficiales, habrá un delegado del Ministerio de Educación Nacional, quien asistirá a las sesiones del respectivo organismo con voz, pero sin voto ".

Parágrafo. Para ser delegado del Ministerio de Educación Nacional, en las instituciones de educación superior no oficiales, se requiere ser ciudadano colombiano, mayor de treinta y cinco años (35) y haber sido profesor universitario por más de cinco (5) años ".

Si bien es cierto la Carta Política de 1886 y la nueva Constitución Nacional consagran la libertad de enseñanza y la autonomía universitaria, no es menos cierto que ésta debe ejercerse dentro de unos parámetros que no son otros, que sujetarse al cumplimiento de las normas constitucionales, legales y estatutarias. La autonomía y la libertad de enseñanza, no tienen pues el alcance de independencia por encima de todo régimen como algunos lo han entendido.

Inspeccionar y vigilar, conlleva necesariamente la acción de controlar, exigir, ordenar y sancionar, pues de otra manera resultaría ilusoria en sus efectos esta función establecida precisamente para desarrollar el precepto constitucional del derecho a la educación, que como servicio público que es y función social que presta, sólo puede hacerse efectivo, si las instituciones que lo tienen a su cargo, cumplen a cabalidad con las finalidades y objetivos propuestos.

Es menester tener en cuenta, como ya lo dijo esta Corporación en sentencia de fecha 20 de septiembre de 1990, con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, que:

" Al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, corresponde ejercer la inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que son personas jurídicas. A dicha atribución especial y directa dada por la Constitución al ejecutivo corresponde la facultad de establecer los medios necesarios y adecuados a los fines de inspección y vigilancia sobre el grupo de personas jurídicas mencionado ".

" Los objetivos que debe tener el ejercicio de la inspección y vigilancia son:

"a). Para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y

"b). Para que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

Al analizar la norma del literal f, del artículo 2o. del acto acusado, frente a las anteriores consideraciones, encuentra la Sala que es perfectamente lícito y constitucional que el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones que le confiere el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, hoy, numeral 26 del artículo 189 de la de 1991, pueda ordenar la suspensión de las funciones del rector y/o consejos directivos y superiores.

A esta conclusión llega la Sala, pues a quien se compruebe que esté realizando actos con fines distintos a aquéllos para los cuales fue creada la institución, o estén violando las leyes o sus estatutos y pongan en peligro los bienes y rentas de la misma, es lógico que se les pueda separar transitoriamente del ejercicio de sus funciones hasta tanto se normalice la situación y haya cesado la violación y con ello el peligro de que sus rentas sean dilapidadas o indebidamente aplicadas a fines distintos, impidiendo que se cumpla así con la voluntad de los fundadores. Se trata, pues, de un medio adecuado y necesario para los fines de la inspección y vigilancia, pues sería absurdo que las personas que están incumpliendo la voluntad de los fundadores y ejecutando actos que ponen en peligro las rentas de la institución, sigan en pleno ejercicio de su cargo, cometiendo tales desafueros ante la absoluta pasividad de quienes tienen el sagrado deber de velar por el cumplimiento de la Constitución y de la ley y los estatutos.

Estima la Sala, sin embargo, que la expresión " a juicio del Director del Icfes " torna en discrecional y potestativa la función de suspensión que inexorablemente

debe ser aplicada ante la presencia de las causales taxativamente señaladas en el artículo 3o., por lo que indirectamente convierte en discrecional y potestativa la inspección y vigilancia al introducir un elemento subjetivo como es el criterio personal del Director del Icfes. Empero, como de un lado no se ha formulado cargo alguno con indicación de norma superior quebrantada, en relación con dicho aspecto -la actora se refiere a que con ello se da capacidad para imponer pena de confiscación-, y de otro lado, para la Sala es inexistente ese poder o facultad discrecional, si se tiene en cuenta que el Director del Icfes sólo puede adoptar las medidas cuando se den una o alguna de las causales taxativamente señaladas en el art. 3o. del Decreto acusado, se abstendrá de hacer un pronunciamiento de nulidad sobre dicha expresión.

En lo atinente a la violación de los artículos 18, 138, 139, 141, 142, 145, 182 y 183 del decreto ley 80 de 1980, la Sala no observa que hayan sido transgredidos ya que los artículos acusados no prohiben a las personas naturales y jurídicas crear instituciones de educación superior, ni que éstas puedan adoptar la forma de personas jurídicas a través de instituciones de utilidad común organizadas autonomamente. Por lo demás, tampoco las normas acusadas violan el art. 142, pues ellas no se oponen a la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

En lo que respecta a la violación de los artículos 145, 182 y 183 del decreto ley 80 de 1980, no asiste razón a los impugnadores puesto que lo que buscan las normas acusadas es que dichas instituciones cumplan con sus estatutos, para lo cual al Presidente de la República ejerce la inspección y vigilancia con el objetivo de procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

No encuentra la Sala fundamento válido que permita afirmar la violación del artículo 34 de la Constitución Política de 1886, pues según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, confiscar es privar a una persona de sus bienes para aplicarlos al fisco, y, por ninguna parte se observa que el decreto acusado establezca que los bienes de las instituciones docentes públicas y privadas e instituciones de utilidad común, se transfieran como pena a manos del Estado, lo cual no acontece ni siquiera en el evento de la cancelación de la personería jurídica, pues en este caso, el patrimonio de la fundación o corporación educativa se liquidará de conformidad con lo establecido en sus estatutos.

En lo relativo a la violación de los artículos 638 y 641 del C.C., tampoco resultan infringidos toda vez que se entiende que la voluntad de la mayoría de la Sala de una corporación es la voluntad de la corporación, pero esto no autoriza a sus miembros para actuar en contra de la Constitución y de la ley. Mucho menos resulta transgredido el artículo 641 que precisamente manda que " los estatutos de una corporación tienen fuerza sobre ella y sus miembros están obligados a obedecerlos bajo las penas que los mismos estatutos impongan ", que es la finalidad para la cual se estableció la suspensión de las funciones a que hacen referencia los artículos 2o. y 4o. del acto acusado.

Finalmente, en lo tocante al artículo 8o. del Decreto 1227 de junio 13 de 1989, que consagra la presencia del delegado del Ministerio de Educación Nacional en las sesiones de los Consejos Directivos y/o superiores, por tratarse de una materia que fue objeto de estudio por esta Corporación al analizar la legalidad del decreto 554 de 1975 " Por el cual se establece la representación del Gobierno en los establecimientos de Educación Superior de carácter privado ", y por haberse abstenido de decretar su nulidad por encontrarse ajustado a la Constitución y a la ley, estima la Sala que le basta con remitirse a lo dicho en esa oportunidad. En efecto, en sentencia de 31 de mayo de 1977 del Consejo de Estado, Sección Primera, expedientes 2310, 2320 y 2342, se dijo:

"...Las medidas específicas que pueden adoptarse, con base en la Constitución y en la Ley, con el fin de ejercer la inspección y vigilancia de los ' Institutos Docentes ' -entre ellas, observa la Sala, la de disponer que haya delegados del Presidente de la República en los Consejos Superiores o Directivos de las universidades privadas, con voz pero sin voto- quedan comprendidas dentro de la discrecionalidad administrativa, mientras no violen, desconozcan o quebranten esos preceptos de jerarquía superior " (Anales, tomo XCII, Nos. 453-454, primer semestre 1977, pag. 193).

Por lo demás, en el citado artículo se indica que el delegado tendrá voz, mas no voto, lo que implica que sea vocero del Gobierno en las deliberaciones, y no en la adopción de decisiones ya que para ello se requiere del voto.

TERCER CARGO. Violación de los artículos 76, ord. 1 y 2, 55, 58 y 61 de la Constitución Nacional de 1886, 1568 a 1580 del Código Civil, porque el decreto demandado en sus artículos 3o. y 5o. y parágrafo atribuye funciones de tipo disciplinario y judicial como son el exigir el juramento sobre la actividad desarrollada y poder de investigación y determinación de responsabilidades, adicionando al Código Civil una nueva forma de responsabilidad solidaria que afecta ilimitadamente el patrimonio de los rectores y miembros de los órganos directivos de las instituciones privadas de educación superior."

Señala el literal b. del artículo 3o.:

" Cuando hayan rehusado a ser interrogados sus directivos, administradores o representantes legales bajo juramento sobre la actividad desarrollada ".

Prescribe el artículo 5o.:

" Sin perjuicio de las medidas que tome el Icfes durante la suspensión de funciones adelantará las investigaciones disciplinarias institucionales si a ello hubiere lugar, para determinar responsabilidades ".

" Parágrafo: Los miembros de los Consejos superiores y directivos y los representantes legales y rectores que violen o permitan que se violen las disposiciones

legales, serán responsables por los perjuicios que se causen a las instituciones, a los estudiantes y a terceros".

En cuanto al juramento de que trata el literal b del artículo 3o. transcrito, la Sala advierte que de conformidad con el artículo 57 del C.C.A., serán admisibles en el trámite administrativo todos los medios de prueba señalados en el C. de P.C.

En efecto, el Código de Procedimiento Civil señala que sirven como prueba: La declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos y los indicios. Significa lo anterior que la administración, perfectamente está autorizada, en sus investigaciones disciplinarias, para acudir a los medios de prueba señalados en la ley, y dentro de éstos, la declaración de parte que según la ritualidad establecida para su recepción consagra el juramento, lo que quiere decir que la exigencia de tal formalidad no significa administrar justicia ni con ello se están usurpando funciones de la rama jurisdiccional, ya que los medios de prueba no son del resorte exclusivo de ésta.

Si el establecimiento público denominado Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior -ICFES- como ya vimos, tiene funciones que le permiten colaborar con el Gobierno en la inspección y vigilancia de las instituciones docentes públicas y privadas e instituciones de utilidad común, y, a la vez, poder para sancionar a las mismas cuando incumplan las normas constitucionales, legales y estatutarias, logicamente tiene facultades disciplinarias para responsabilizar a los infractores por las faltas disciplinarias cometidas. Por esto, no tiene asidero jurídico el cargo frente al literal b. del artículo 3o. y artículo 5o.

Sin embargo, en lo relativo al parágrafo del artículo 5o., habrá de declararse su nulidad, pues al hablar de perjuicios se está enmarcando dentro de la responsabilidad civil o patrimonial cuya determinación compete, previo debido proceso, a quienes tienen la función de administrar justicia, conforme a los arts. 55 y 58 de la C.N. de 1886.

CUARTO CARGO. Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886 por cuanto el decreto impugnado en su artículo 6o. faculta a la Junta Directiva del Icfes para variar en cualquier momento, mediante acuerdos, los procedimientos disciplinarios que sólo pueden ser establecidos por el legislador y nunca por el mismo juez, además que el decreto no señala ni causas ni procedimientos para aplicar las penas.

" Artículo 6o : La Junta Directiva del Icfes mediante Acuerdo reglamentará los procedimientos para la suspensión de funciones y las investigaciones disciplinarias institucionales ".

Dentro de las facultades que asigna el Decreto 2743 de 14 de octubre de 1980 (Estatuto General del Icfes) a la Junta Directiva de dicha entidad, está la señalada en el artículo 9o. num. 5o., en que la autoriza para expedir los actos administrativos de carácter general que se requieran para lograr el cumplimiento de las funciones

del instituto. Dentro de estos actos administrativos generales se encuentra el Acuerdo reglamentario de los procedimientos para la suspensión de funciones e investigaciones disciplinarias.

Es así como la Junta Directiva del Icfes, expidió el Acuerdo No. 100 de 24 de agosto de 1989, en el cual se consagra la competencia, campo de aplicación, las conductas que originan el proceso disciplinario institucional y el procedimiento que ha de aplicarse en la suspensión de funciones e investigaciones disciplinarias.

Por lo anterior no observa la Sala violación del derecho de defensa.

QUINTO CARGO. Violación de los artículos 76, num. 9 y 10 de la Constitución Nacional de 1886, ya que el decreto acusado en su artículo 7o. autoriza la contratación de personal y constitución de comisiones técnicas de evaluación y estudio, con lo cual modifica el Decreto 3156 de 1968 (Estatuto Orgánico del Icfes).

Según el artículo 7o.:

" Para los efectos del presente decreto, el Director del Icfes, mediante resolución, integrará las comisiones técnicas, las c es se regirán por las siguientes normas:

" 1. En su integración a más de los funcionarios del ICFES, el Director puede incluir técnicos contratados o en comisión de otras dependencias del sector educativo que considere necesarios, así como personas que presten sus servicios *ad honorem.*

" 2. Sus trabajos se adelantarán en coordinación con las dependencias competentes según el objeto del procedimiento adelantado ".

El Decreto 2743 de 1980, en su artículo 9o. numeral 14, modificado por el decreto 3767 de diciembre 29 de 1981 autoriza al Icfes, celebrar contratos de prestación de servicios, por lo que la integración de comisiones técnicas con técnicos contratados no implica modificación en la planta de personal que requiera aprobación del Gobierno, ya que el Icfes, puede celebrar válidamente este tipo de contratos.

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

FALLA :

1o. Declárase la nulidad del parágrafo del artículo 5o. del decreto 1227 de 13 de junio de 1989.

2o. Deniéganse las demás súplicas de las demandas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Educación Nacional y al Director General del ICFES, y archívese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL-Prohibición/ **CONTRALORIA DEPARTAMENTAL**-Facultades/ **CONTROL FISCAL**

Mediante los actos enjuiciados la Contraloría se inmiscuyó en funciones que escapan a su órbita de acción como organismo de mera vigilancia de la gestión fiscal del Departamento y las " órdenes " que impartió.en ellos le están atribuidas al Gobernador. Las funciones de las contralorías, en general, no van más allá de las inherentes a su propia organización y la competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración se circunscribe al control numérico legal del gasto público. *CONFIRMA LA NULIDAD de los oficios 0269/89 y 508/89, expedida por el Contralor General del Departamento del Quindío.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1360. Actor: Departamento del Quindío.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 20 de octubre de 1989.

I. ANTECEDENTES

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

El señor Carlos Alberto Gómez Buendía, en su condición de Gobernador del Departamento del Quindío, y como tal su representante legal, a través de apoderada, demandó ante el Tribunal Administrativo de dicho Departamento, la nulidad de los

actos administrativos expedidos por la señora Contralora General del Departamento del Quindío contenidos en los oficios 0269 del 24 de enero de 1989 y 508 del 27 de marzo del mismo año.

b. *Los actos acusados*

Lo son los referidos oficios, los cuales obran a folios 37, 72 y 73 del Cdno. No.1. Mediante el primero, dirigido a la Auditoria Delegada ante la Caja Departamental de Previsión, con copia al señor Gobernador, al Gerente de la Caja y a los miembros de su Junta Directiva, la señora Contralora del Departamento manifiesta que se deben acatar las normas del presupuesto aprobado por la Asamblea Departamental y, por consiguiente, abstenerse de aceptar el presupuesto aprobado ilegalmente por la Junta Directiva de la Caja, presidida por el Secretario de Hacienda. Por el segundo, dirigido al Gobernador del Departamento, con copia a otros funcionarios departamentales, reitera la determinación anterior.

c. *Los hechos de la demanda*

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 93 a 95 del Cdno. No.1):

1. Con oficio No. SH 225 de 4 de octubre de 1988 se remitieron a la Asamblea Departamental quince (15) ejemplares del proyecto de presupuesto del Departamento del Quindío, para la vigencia de 1989, en cumplimiento de las normas legales.

2. Los proyectos de presupuesto de la Caja Departamental de Previsión Social y del Instituto Departamental de Tránsito fueron envíados directamente a la Asamblea por sus respectivos Gerente y Director el 7 y el 20 de octubre de 1988, en su orden.

3. La Asamblea mediante proyecto de Ordenanza, cuyo tercer debate se surtió el 18 de noviembre de 1988, expidió el presupuesto de ingresos, rentas y apropiaciones de gastos del Departamento del Quindío y de los institutos descentralizados del orden departamental, para la vigencia fiscal de 1989, el que fuera remitido al Gobernador para su revisión y sanción el 5 de diciembre siguiente.

4. El 19 de diciembre de 1988 se sancionó dicho proyecto, con excepción del artículo 28 que expidió los presupuestos de los dos entes descentralizados aludidos, entre otros, que fue materia de objeciones publicadas en la Gaceta Departamental No.602 de la misma fecha, las que se remitieron a la Secretaría de la Duma al día siguiente para que fueran consideradas por ésta en sus próximas sesiones ya que en ese momento se encontraba en receso.

5. Ante la inexistencia de Ordenanza que expidiera los presupuestos de la Caja Departamental de Previsión Social y del Instituto Departamental de Tránsito y Transportes del Quindío y ante la ausencia de norma expresa que ordenara dicha expedición por parte de la Duma, la Caja y el Instituto decidieron ejecutar para la

vigencia fiscal de 1989 sus respectivos proyectos de presupuesto que habían presentado directamente a la consideración de la Asamblea el 7 y 20 de octubre de 1988, ejecución que se surtió normalmente hasta tanto se produjo el pronunciamiento de la Contraloría Departamental sobre la supuesta improcedencia de su aplicación, consignado en el oficio 0269 del 24 de enero de 1989, acusado.

6. En vista de tal pronunciamiento, las Juntas Directivas de los dos entes descentralizados aludidos, decidieron ejecutar en 1989 el presupuesto definitivo con el que terminó la vigencia de 1988, decisiones que fueron comunicadas por el Gobernador a los respectivos Gerente y Director de los citados entes.

7. Ante estas decisiones de las Juntas Directivas consignadas en el hecho precedente, las Auditorías Delegadas ante las dos entidades oficiales solicitaron al respecto instrucciones a la señora Contralora quien, mediante oficio 508 del 27 de marzo de 1989, acusado, dirigido al señor Gobernador, reiteró su decisión enunciada en el oficio antes citado, esgrimiendo, entre otros motivos, la supuesta improcedencia de las objeciones del gobierno departamental al proyecto de ordenanza de presupuesto por ser aparentemente extemporáneas.

8. El Director del Instituto Departamental de Tránsito del Quindío, al conocer el contenido del oficio 508 mencionado en el hecho anterior, se dirigió al Gobernador con oficio SG 207 del 4 de abril de 1989 solicitándole impartir instrucciones relativas a determinar la aplicabilidad del presupuesto de 1988 para la vigencia del año 89.

Ante este nuevo hecho, la Junta del Instituto en sesión del día 14 de abril de 1989 consideró más ajustado a derecho aplicar el artículo 53 del Decreto 2407 de 1981, ordenando la ejecución para la vigencia 89 del presupuesto aprobado inicialmente por ella el 20 de octubre de 1988, que fue oportunamente presentado a la Asamblea para su expedición, derogando de esa manera su decisión de repetir el presupuesto de 1988. Esta determinación se fundamentó en que la repetición del presupuesto de 1988 era improcedente por cuanto tal evento unicamente es viable cuando el proyecto no es presentado oportunamente a consideración de la corporación de elección popular competente para expedirlo, de lo cual quedó constancia en actas, al igual que de las demás decisiones que se tomaron sobre este particular, como también lo hizo la Junta de la Caja de Previsión del Departamento.

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

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 95 a 104 Cdno. No.1):

Artículos 20 y 194 -2 -6 - de la Constitución Nacional; 78, 81, 83, 94 -2 - 7, 95 -19 y 247 del Decreto 1222 de 1986; 53 del Decreto 2407 de 1981; 66 y 132 -1 del Decreto 01 de 1984, y 505-3 y 508 del Código Fiscal del Quindío (Ordenanza 25 del 23 de enero de 1987).

Al proferir los actos acusados, la señora Contralora viola los artículos 20 de la C.N.; 247 del Decreto 1222 de 1986; 505 numeral 3o., y 508 del Código Fiscal del Quindío al ejercer funciones distintas a las que conforme a las leyes le corresponden, ya que con sus actos está interviniendo en la aplicación de un acto administrativo que no es de su competencia, como es el de decidir cuál presupuesto ha de ejecutarse en la vigencia de 1989, cuando dicha decisión le corresponde a las Juntas Directivas presididas por el señor Gobernador, como Jefe de la Administración Seccional y a los órganos administradores y directores de los establecimientos públicos. A la Contraloría le Compete única y exclusivamente el control de la ejecución del presupuesto, pero nunca la determinación del que ha de ejecutarse en caso de dudas, en el Departamento o en cualquiera de los entes descentralizados del orden departamental, como en el evento aquí planteado.

Viola asimismo los artículos 194 numerales 2 y 6 de la C.N.; 94 numeral 2 y 95, numeral 19, del Decreto 1222 de 1986; 53 del Decreto 2407 de 1981 y 66 del Decreto 01 de 1984, al desconocer el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan al Gobernador para la buena marcha de la administración, toda vez que impide el acatamiento de las decisiones de las Juntas de la Caja de Previsión y del Instituto de Tránsito en asocio del señor Gobernador, como Presidente de las mismas y como Jefe de la Administración Seccional, siendo dichas decisiones actos administrativos expedidos por las autoridades competentes, con base en facultades legales y de los cuales se predica la presunción de legalidad, ya que no han sido declarados nulos o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por consiguiente de obligatorio cumplimiento.

Igualmente viola los artículos 78, 81 y 83 del artículo 94-7, del Decreto 1222 de 1986 al exigir con su determinación el cumplimiento de una decisión de la Asamblea que no está revestida del carácter de ordenanza habida cuenta de la falta de sanción ejecutiva, ya que las objeciones relativas a los presupuestos de la Caja de Previsión y del Instituto de Tránsito no han sido resueltas por la Duma por encontrarse en receso, y al querer imponer el criterio del Presidente de la Asamblea, quien de manera personal consideró extemporáneas las objeciones hechas al proyecto de ordenanza del presupuesto, sin ser él competente para tomar tal determinación que solo le corresponde a la Asamblea hacerlo con *quorum* decisorio en las siguientes sesiones ordinarias o en extras citadas para tal efecto. En respaldo de este argumento transcribe apartes de sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, proferida el 26 de enero de 1983.

Los actos acusados violan, además, dice la actora, el artículo 132, numeral 1, del Decreto 01 de 1984 por cuanto sin ser la Contralora la autoridad competente para ello, determina la ilegalidad del acto expedido por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social del Quindío, siendo que dicha competencia está radicada en el Tribunal Administrativo en primera instancia, tal como lo consagra la disposición en este punto señalada como infringida, y viola también con ello el artículo 20 de la Constitución Nacional al estar ejerciendo funciones que corresponden a otras autoridades u organismos.

Refuerza su concepto sobre la violación de las normas constitucionales y legales mencionadas, transcribiendo apartes de un auto proferido por esta Corporación confirmando la suspensión provisional de un concepto de la Contraloría de la República extractados del Tomo II del Código Contencioso Administrativo Comentado, del doctor Miguel González Rodríguez, Librería Jurídica Wilches, páginas 67 a 72.

Concluye afirmando la demandante que los actos acusados se encuentran viciados de nulidad por concurrir en ellos las siguientes causales conforme al artículo 84 del C.C.A.:

1. Violación de norma jerárquica superior

2. Desviación de atribuciones

3. Incompetencia

4. Errónea o falsa motivación.

Cabe anotar que aunque señaló el artículo 94-7 del Decreto 1222 de 1986 como violado, no dio ninguna explicación sobre su pretenso quebrantamiento.

e. *Las razones de la defensa*

La señora Emma Peláez Fernández, quien se constituyó parte impugnadora, aunque no contestó la demanda, en su alegato de conclusión expresa en síntesis los siguientes argumentos (fls. 136 a 162 del Cdno. No.2A):

Es la Contraloría Departamental la que tiene facultad dentro de sus funciones eminentemente administrativas para señalar a los Auditores Delegados qué actos administrativos deben ser acatados frente al desembolso del gasto público, y en el caso presente considerar que la Ordenanza No.19 del 19 de diciembre de 1988 - Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia de 1989-, demandada, era de obligatorio cumplimiento hasta tanto el Consejo de Estado desatara la apelación interpuesta por el Gobierno Departamental contra el auto interlocutorio de suspensión provisional de la Ordenanza antes citada o se produjera el fallo definitivo, como así sucedió, decretándose la nulidad por parte del Tribunal Administrativo del Quindío el día 23 de junio de 1989, providencia que quedó definitivamente ejecutoriada el día 7 de julio del mismo año y comunicada al Gobierno Seccional el 10 de julio siguiente, fecha desde la cual quedaban por obvias razones sin ningún efecto los oficios demandados.

Como la suspensión provisional de la Ordenanza 19 decretada por auto de febrero 2 de 1989 por el Tribunal Administrativo del Quindío dentro del proceso en que ella había sido demandada fue apelada por el representante del gobierno departamental, al no quedar ejecutoriada dicha providencia la Ordenanza continuaba vigente y era de obligatorio cumplimiento tanto para el Gobierno Seccional como

para la Contraloría Departamental, de conformidad con el artículo 192 de la Constitución Nacional, de allí que los Oficios demandados tenían plena vigencia por excepción de ilegalidad. Además, artículos como el 495 y 508 del Código Fiscal del Quindío facultan a la Contraloría para ejercer el control fiscal sobre la gestión administrativa del departamento y especificamente sobre su presupuesto.

f. *La actuación surtida*

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

Mediante providencia del 14 de junio de 1989 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 125 a 128 Cdno. NO.1).

Por auto del 22 de septiembre de 1989 se confirmó por esta Sección Primera de la Corporación la suspensión provisional aludida en el punto inmediatamente anterior (fls. 29 a 33 del Cdno. No. 2), medida que había sido apelada por los impugnantes de la demanda, Emma Peláez Fernández y José Jesús Laverde Ospina, quienes fueron reconocidos como tales por el *a quo* (fl. 7 Cdno. 2).

Por auto del 31 de julio de 1989, visible al folio 1 del Cdno. No.3 se decretaron las pruebas pedidas por la parte demandante.

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. 183 a 196 del Cdno. No. 2A):

Dejó primeramente sentado el Tribunal que lo que es materia de estudio en este proceso es si la señora Contralora Departamental al expedir los mentados actos lo hizo en uso de las facultades que la Constitución y las leyes le otorgan y no si lo que dispuso en los mentados oficios relacionado con las actuaciones de la administración a las que hacen referencia, es legal o no; es decir si tuvo razón o no en negarse a darle aplicación a los presupuestos que la administración resolvió aplicar.

También dejó dicho que no entra a estudiar la posible violación de los artículos del Código Fiscal del Quindío citados como transgredidos, por no haberse aportado al proceso copia auténtica del texto de dicho código como lo exige el artículo 141 del C.C.A., pues se trata de una norma que no tiene alcance nacional.

Afirma que no es procedente entrar a estudiar la posible violación de los artículos 78, 81, 83 y 94 numeral 7 del Decreto 1222 de 1986, por no ser materia de este proceso el análisis de si tuvo o no razón la Contralora al disponer en los oficios demandados la aplicación del presupuesto aprobado por la Asamblea Departamental para la vigencia de 1989.

Después de lo anterior consignó que es claro que las contralorías sólo tienen funciones administrativas cuando hagan referencia a su propia organización, sin que puedan intervenir en la formación y elaboración de los actos que corresponda expedir a otras autoridades departamentales, intervención que llevó a cabo la Contraloría Departamental del Quindío al disponer en el oficio 0269 que la Auditora Delegada ante la Caja Departamental de Previsión debía negarse a aceptar el presupuesto aprobado por la Junta Directiva de dicha Caja, con lo cual pretendió obligar a esta entidad a darle aplicación al presupuesto que la Contraloría consideró era el ajustado a la ley; es decir, el aprobado por la Asamblea Departamental, lo que igualmente dispuso mediante el oficio 508 enviado al Gobernador del Departamento, función esta de carácter administrativo, como es la de disponer cuál es el presupuesto al que se debe someter la Administración Departamental, que le está atribuida al Gobernador del Departamento por el artículo 194 numeral 2, de la Constitución Nacional y por el artículo 94 numeral 2., del Decreto 1222 de 1986 y a las Juntas Directivas de los establecimientos públicos por sus estatutos, actuaciones con las que violó en forma directa el artículo 247 del Decreto antes citado, al atribuirse funciones que la ley no le confiere, con lo cual las usurpó y violó en forma directa el artículo 20 de la C.N. y los otros artículos en este párrafo citados.

Y al examinar el oficio No. 0269, manifiesta el *a quo,* se advierte en él que la funcionaria que lo expidió califica de " ilegal " el presupuesto aprobado por la Junta Directiva de la Caja Departamental presidida por el Secretario de Hacienda, sin que existiera providencia de funcionario judicial competente que así lo hubiera declarado. Igualmente, al estudiar el oficio No. 508 se observa que en el numeral 5 la funcionaria que lo expidió toma partido en favor de la posición adoptada por el Presidente de la Duma Departamental al calificar de extemporáneas las objeciones formuladas por el Gobernador a la ordenanza sobre el presupuesto del departamento, función que no le corresponde, pues se atribuyó las que legalmente le están concedidas a la jurisdicción contencioso administrativa, respecto al estudio y declaración de la legalidad o ilegalidad de los actos de la administración y a la Asamblea Departamental en pleno, de estudiar la objeciones formuladas por el Gobernador a las ordenanzas expedidas por ella.

Finalmente manifiesta que mal puede afirmarse que por estar haciendo uso la Contraloría en los oficios demandados de la excepción de ilegalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta, le estuviera permitido intervenir en las funciones administrativas adscritas a otros funcionarios, pues aunque se llegare a aceptar que sí estaba haciendo uso de dicha excepción, debe tenerse en cuenta que su ejercicio de todas maneras le quedaría circunscrito al ámbito de sus funciones.

III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Al sustentar la apelación contra la sentencia del Tribunal (fls. 37 a 53 del Cdno. No.2), la impugnante Emma Peláez Fernández basicamente reitera los argumentos por ella misma esgrimidos en el alegato de conclusión de la primera instancia y reseñados en esta providencia en el acápite " e. *Las razones de la defensa* ". Agrega que el Consejo de Estado con ponencia de los Consejeros de la Sección Primera ha

reiterado que las Contralorías pueden y están en la obligación de vetar actos de desembolso de fondos públicos que considere ilegales, criterio con el cual se compadece la expedición de los oficios acusados.

A este mismo criterio de apelación anexa documentos que solicita se tengan como pruebas, cuya práctica fue denegada por auto del 20 de septiembre de 1990 (fl. 7 del Cdno. No. 4) por las razones allí expuestas.

IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora nada dijo respecto de las razones del recurrente, como que no hizo uso del derecho de alegar de conclusión en esta segunda instancia.

V. EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación, pese a que incurre repetidamente en el error de señalar que es la actora la que interpone el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, concluye diciendo que no deben prosperar las pretensiones de la recurrente, dado que los oficios acusados " decayeron " frente a la Ordenanza 19 declarada nula en otro proceso (fls. 10 a 12 del Cdno. No.4).

VI. CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Analizados tanto los antecedentes administrativos que dieron orígen a los actos demandados y que obran en el proceso, la demanda intentada contra ellos, la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, de fecha 20 de octubre de 1989, y el escrito de apelación contra la misma, la Sala considera que la decisión que cabe adoptarse mediante esta providencia ha de ser la de confirmar la sentencia apelada, por las siguientes razones:

Sea lo primero advertir que auncuando la Ordenanza No.19 de 1988, mediante la cual se expidió el Presupuesto de Rentas y Gastos del Departamento del Quindío para la vigencia fiscal de 1989, fue declarada nula en sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del mencionado Departamento el 23 de junio de 1989 (fls. 10 a 12 Cdno. No.2), y a pesar de que los actos demandados en este proceso guardan íntima relación con el mencionado presupuesto, no cabe argumentarse, como lo insinúa el Agente del Ministerio Público, que al haber éstos decaído en sus efectos o por pérdida de fuerza ejecutoria de los mismos, lo procedente sería dictar un fallo inhibitorio. Pero sucede que lo expresado, a más de no ser compartido por la Sala, no es posible y, en cambio, en virtud de reciente jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación se impone un fallo sobre el fondo del asunto, en razón de que la anotada circunstancia "... no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que los cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. (Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo. Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Actor: Robert Bruce Raisbeck. Expediente No. S-157, sentencia de 14 de enero de 1991).

Tal como lo plantea el *a quo* en la sentencia apelada, el fondo de la *litis* se contrae a determinar si los actos administrativos demandados fueron expedidos por la Contralora Departamental del Quindío en uso de las facultades que le otorgan la Constitución y la Ley, o por el contrario, violan dichos ordenamientos.

Del estudio de la providencia apelada, se deduce que la decisión del Tribunal descansa sobre sólidas bases legales, pues la Contraloría, mediante los actos enjuiciados se inmiscuyó en funciones que escapan a su órbita de acción como organismo de mera vigilancia de la gestión fiscal del Departamento y las " órdenes" que impartió en ellos le están atribuidas al Gobernador, conforme a la competencia que en su favor dimana de los artículos 194-2 de la -hoy derogada- Constitución Política y 94-2 del Decreto 1222 de 1986.

De otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido no sólo uniforme sino reiterada en cuanto a que las funciones de las Contralorías, en general, no van más allá de las inherentes a su propia organización y que la competencia para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la Administración se circunscribe al control numérico legal del gasto público, no estando habilitadas, en consecuencia, para discutir y menos aún, como en el presente caso, para arrogarse la facultad de decidir sobre la ilegalidad del acto del Ejecutivo Departamental mediante el cual se objetó parcialmente el proyecto de Ordenanza de presupuesto.

De tal manera que, independientemente de la discusión sobre la posibilidad jurídica de objetarse parcialmente el proyecto de Ordenanza por el cual se adoptaba el presupuesto de rentas y gastos para la vigencia fiscal de 1989 y sobre el presupuesto que debía regir para determinados organismos descentralizados en virtud de las objeciones formuladas, lo único cierto e irrefutable es que la Contraloría Departamental del Quindío, al expedir los actos enjuiciados, excedió la órbita de su competencia, al desconocer tanto el acto mediante el cual la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social decidió ejecutar el proyecto de presupuesto presentado a consideración de la Asamblea y la decisión del Instituto Departamental de Tránsito y Transporte de, así mismo, ejecutar el proyecto de presupuesto aprobado por su Junta Directiva y presentado a consideración del mencionado cuerpo administrativo, los que debía, por el contrario, respetar y acatar en virtud del principio de legalidad de los actos administrativos.

Además de lo expresado, la Sala considera que llegada esta etapa procesal no han sufrido variación alguna las circunstancias y las consideraciones que llevaron unanimemente a esta Sala a confirmar el auto de 14 de junio de 1989, proferido por el *a quo,* mediante el cual se decretó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados. En efecto, en providencia de 22 de septiembre de 1989, esta Sala expresó:

" Durante la vigencia de los oficios acusados ¿se deban los requisitos de ley para suspender provisionalmente sus efectos? Esto es: cuando el *a quo* suspendió

provisioriamente los efectos de los oficios de Contraloría, de la simple comparación que exige el artículo 152-CCA ¿surgía la violación manifiesta de norma superior?.

" Al respecto la Sala no puede pasar por alto la evidente incursión realizada por la Contraloría del Quindío mediante sus dos oficios en áreas propias de la administración, esto es, en zonas ajenas completamente a la órbita de las funciones meramente contraloras. No puede admitirse que *so* capa de " hacer que se cumplan la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y demás actos administrativos ", como alega la impugnadora, se tolere la extralimitación de funciones en que ciertamente se colocó la Contraloría departamental con la emisión de sus oficios acusados y suspendidos.

" La Sala comparte plenamente tanto el decreto de suspensión provisional del *a quo,* como los fundamentos en donde se apoyó para optar a tal medida y que arriba han quedado transcritos. La Sala encuentra que el Tribunal de origen dictó su proveído apelado con buen entendimiento y aplicación de las normas jurídicas atinentes al caso, razón por la cual el auto atacado en apelación recibirá confirmatoria, toda vez que es palmaria la violación, entre otras normas superiores, del artículo 247 del Código de Régimen Departamental (Decreto 1222 de 1986) por parte de los oficios en cuestión".

Las anteriores razones son suficientes para establecer la ilegalidad de los actos acusados y, por ende, para confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío, objeto del recurso de apelación.

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

FALLA :

Primero. CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío el 20 de octubre de 1989.

Segundo. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano. Víctor M. Villaquirán.,* Secretario.

FUNCIONARIO DE HECHO/ ACTO ADMINISTRATIVO-Validez/ **PRESUNCION DE LEGALIDAD**

Los actos administrativos expedidos por los funcionarios de hecho son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, pues se considera como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho. En virtud de la declaratoria de nulidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea, sus integrantes se transformaron en funcionarios de hecho, pero sus actos, a la luz de la doctrina, son válidos por cuanto ejercieron sus funciones en la misma forma y apariencia como si las hubiera desempeñado una Mesa directiva elegida regularmente y porque para la opinión general del Departamento se creía razonablemente, antes de que se produjera la declaratoria de nulidad, que se trataba de funcionarios elegidos validamente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintiséis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1453. Actora: Isabela Pava Rivera. Recurso de apelación contra la sentencia de 21 de Febrero de 1990 del Tribunal Administrativo del Quindío.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la actora contra la sentencia de 21 de Febrero de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La ciudadana ISABELA PAVA RIVERA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó

demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío, tendiente a que se declarara la nulidad de la Ordenanza número 022 de 9 de Junio de 1989 " Por medio de la cual se conceden facultades extraordinarias al Gobierno Departamental para expedir el Código Fiscal del Departamento del Quindío ", expedida por la Asamblea Departamental del Quindío.

1.2. La demanda aparece fundamentada en los siguientes hechos:

1o. El señor Gobernador del Departamento del Quindío presentó a consideración de la Asamblea el proyecto de Ordenanza " Por medio de la cual se conceden facultades extraordinarias al Gobierno Departamental para expedir el Código Fiscal del Departamento del Quindío ".

2o. Dicho proyecto fue negado por la Asamblea en la sesión del 2 de Junio de 1989.

3o. No obstante la negativa anterior, el 9 de Junio del mismo año apareció una Ordenanza, la número 022, expedida por una Asamblea espúria, o sea, conformada por un grupo de diputados que actuaron por la vía de hecho, encabezada por una Mesa Directiva dirigida por el doctor RODRIGO ARCILA IDARRAGA y como Secretaria General MARIA ROCIO URBANO CALDERON.

4o. El señor Gobernador del Departamento sancionó la Ordenanza número 022 el día 14 de Junio y ordenó su publicación en la Gaceta Departamental número 637 el 15 del mismo mes extralimitando así su función pública y colocándose con su proceder en el campo de los particulares, conforme lo señala el artículo 20 de la Constitución Nacional.

1.3. Como fundamentos de derecho de la demanda se invocaron la violación del artículo 20 de la Constitución Nacional y en haberse incurrido en abuso y desviación de poder.

Para sustentar dichas violaciones, se adujo lo siguiente:

El señor Gobernador del Departamento al sancionar el 9 de Junio de 1989 la Ordenanza número 022, la cual había sido negada y archivada por la Asamblea, desbordó sus facultades constitucionáles y legales, porque dicho proyecto de Ordenanza fue expedido por un grupo de diputados, que colocándose también en el campo de los particulares, como lo hizo el Gobernador, aprobó un proyecto de Ordenanza sin ningún piso jurídico por cuanto el Tribunal del Quindío en auto de 16 de Junio del año en mención había decretado la suspensión provisional del acto de elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, realizado el día 30 de Mayo del mismo año, conformada por los señores: RODRIGO ARCILA IDARRAGA (Presidente), EFRAIN CASTRO LOPEZ (Primer

Vicepresidente), NORHA ACOSTA DE MEJIA (Segundo Vicepresidente) y MARIA ROCIO URBANO CALDERON (Secretaria General).

El grupo de diputados que expidió la Ordenanza número 022 de 9 de Junio se extralimitó y desvió en sus funciones públicas, colocándose en el campo de los particulares, ya que por la vía de hecho se tomaron la Mesa Directiva de la Asamblea. Todos los actos proferidos por ese grupo de diputados y su Mesa Directiva ilegal e inconstitucional, carecen de validez jurídica y por lo tanto es viable su nulidad.

Se incurrió en abuso y desviación de poder dado que se excedieron los límites de la competencia y se utilizó ésta con un fin distinto al que la ley le otorga.

1.4. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, habiéndose surtido todas las etapas previstas para éste en el C.C.A.

La petición de suspensión provisional que formuló la actora en el libelo de la demanda, fue denegada por el Tribunal Administrativo del Quindío mediante auto de 30 de Junio de 1989, el cual fue confirmado, por vía de apelación, por esta Sección en auto de 6 de Octubre del mismo año.

1.5. El Tribunal Administrativo del Quindío puso fin a la primera instancia mediante sentencia de 21 de Febrero de 1990 que denegó las súplicas de la demanda, la cual fue oportunamente apelada por la actora.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para negar las súplicas de la demanda, el Tribunal Administrativo del Quindío razonó, en esencia, de la siguiente manera:

1o. La providencia de 16 de Junio de 1989, que decretó la suspensión provisional del acto de elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, y en la cual sustentó la actora la petición de suspensión provisional de la Ordenanza acusada, sólo se encuentra en el expediente en una copia sin autenticar y sin constancia de firmeza. Por lo tanto, no constituye prueba de que haya quedado sin efectos el acto de elección en mención, y ello descarta la idea de que los actos aprobados por la Duma, se encuentren viciados de nulidad por ese aspecto.

2o. No se da la violación del artículo 20 de la Constitución Nacional, pues en razón de su contenido abstracto no es susceptible de una violación directa, como sí lo serían las normas constitucionales o legales a las cuales deben estar sujetos los servidores del Estado o las que consagran las funciones que el mentado artículo prohibe omitir o extralimitar.

3o. La violación y desviación de poder no aparece demostrada y más bien se observa una confusión de la parte demandante respecto de estas figuras porque son distintas y contrapuestas.

En el presente caso ninguna de esas figuras se dio puesto que la Asamblea Departamental tenía competencia y bien podía autorizar, como lo hizo, al Gobernador para expedir el Código Fiscal del Departamento, con la aprobación o voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros, no obstante que esa misma autorización hubiera sido negada con anterioridad por dicha Corporación. Y el Gobernador, por su parte, estaba en todo el derecho de sancionar dicha Ordenanza.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La actora manifiesta en el escrito de sustentación del recurso su discrepancia con la sentencia, aduciendo lo siguiente:

1o. A través de las piezas probatorias allegadas con el libelo de la demanda se demostró: que la Asamblea del Departamento del Quindío negó por mayoría de votos las facultades solicitadas por el Gobernador para la expedición de un Código Fiscal; y que dichas facultades posteriormente fueron dadas por una Asamblea dirigida por una Mesa Directiva espúria.

2o. Que la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 2a. instancia, la cual acompaña, decretó la nulidad del acto de elección de la Mesa Directiva de la Asamblea por no gozar del mas mínimo piso jurídico; y que al haber sido anulado dicho acto de elección, que es el principal, igual suerte deben correr los accesorios como la Ordenanza número 022 de 9 de Junio de 1989 acusada.

IV. CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de esta Corporación se muestra partidario que se acceda a las pretensiones de la apelante, decretando la nulidad de la Ordenanza acusada, y arguye al efecto:

Como quiera que en el cuaderno de la segunda instancia, a folio 37, aparece la sentencia definitiva proferida por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado por la cual se declaró la nulidad del acto declaratorio de la elección de la Comisión de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío efectuada en sesión extraordinaria de 30 de Mayo de 1989, se desvirtúa así la presunción de legalidad que debe amparar a los actos administrativos; como que éstos, proferidos precisamente por esa Mesa Directiva, quedan de la misma forma viciados de nulidad, como expresamente se concluye de la sentencia aludida.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para expresar su desacuerdo con la sentencia apelada, la actora sostiene que las facultades extraordinarias fueron conferidas por una Asamblea, dirigida por una Mesa Directiva espúria, pues el acto de elección de esta última fue anulado mediante sentencia de 19 de Abril de 1990 de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa del Consejo de Estado; y que al haber sido anulado

dicho acto, que es el principal, igual suerte deben correr los accesorios, como la Ordenanza acusada.

En orden a decidir, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

Sea lo primero advertir, que en el evento de que la copia de la sentencia proferida por la Sección Quinta antes mencionada tuviera alguna incidencia en esta decisión, la Sala no podría examinarla habida cuenta que no fue pedida como prueba en el libelo de la demanda, salvo que se recaudara oficiosamente.

Entrando al fondo del asunto se observa, que el cargo de la actora contra la sentencia se concreta a que por haber sido anulado el acto de elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, todos los actos expedidos por dicha Asamblea resultan ilegales.

Sobre el particular cabe tener en cuenta, que en esencia, la tesis planteada por el apelante es la de que la Mesa Directiva de la asamblea estaba conformada por funcionarios de hecho o de facto, cuyos actos fueron nulos.

En el campo de la doctrina, siempre se ha considerado que los actos administrativos expedidos por los funcionarios de hecho son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, pues se considera como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho. Al respecto, el tratadista y Consejero de estado doctor MIGUEL GONZALEZ RODRIGUEZ, en su obra " LA FUNCION PUBLICA EN COLOMBIA ", 2da. edición, Librerías Jurídicas Wilches, 1987, páginas 38 a 44, anota lo siguiente:

"... a) Los funcionarios de hecho o de facto.

Se dice habitualmente que se está en presencia de un funcionario de hecho cuando la persona natural que ejerce funciones públicas, o ejerce un cargo o destino público, carece de título alguno para ello, o tiene un título irregular.

Esas situaciones, anota SAYAGUES LASSO, pueden originarse así:

...En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esa situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos..."

"...elección anulada luego de asumir el cargo el electo..."

"...para que pueda hablarse de funcionarios de hecho es preciso que exista ejercicio efectivo de las funciones públicas, como si realmente fuesen verdaderos funcionarios..."

"...Para que se configure la hipótesis que da lugar al funcionario de hecho, se requieren determinadas circunstancias. Cuando se reúnen dichas condiciones existe lo que se ha denominado investidura plausible -que se adquiere con la toma de posesión- y, por lo tanto, cabe admitir que se está en presencia de un funcionario de hecho..."

"...En los regímenes de normalidad institucional las condiciones requeridas son:

...Que existan de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente..."

"...Pero admítese como suficiente que el cargo y la función tengan, existencia legal aparente, aunque con posterioridad se declara su invalidez. Esto puede ocurrir..."

"...por un acto administrativo con violación de la ley, siempre que no sea una ilegalidad notoria..."

"...El cargo ha de haberse ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, de modo que, en la opinión general, pudo creerse razonablemente que se trataba de un funcionario incorporado validamente a la administración..."

"...La teoría de los funcionarios de hecho tiene como objeto principal decidir sobre la validez de los actos realizados por aquéllos. Hasta puede afirmarse que es su razón de ser..."

"...admítese cierta validez de los actos de los funcionarios de hecho, frente a los terceros afectados por aquellos. Las razones que llevan a esta conclusión son diversas, pero coincidentes en su finalidad.

Tratándose de regímenes institucionales normales, el fundamento esencial radica en el interés de la administración de que los particulares, sin averiguaciones previas, admitan como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto capacitados para realizar validamente los actos propios de sus funciones. Es también el interés de los administrados, pues en la generalidad de los casos no podrían entrar a determinar si el funcionario ha sido designado regularmente. Si no fuese así, la actividad administrativa se resentiría profundamente y resultaría comprometido el interés público. Además, no puede responsabilizarse a una persona determinada por un error común a todos..."

"...Innecesario es decir que la afirmación de validez de los actos emanados de los funcionarios de hecho, salva unicamente el vicio en la incorporación de aquéllos a la función pública. Los demás vicios que pudieran afectar dichos actos, proyectarán las mismas consecuencias que si hubiesen emanado de funcionarios de jure.

Sobre este particular de los gobernantes de facto, en alguna ocasión el Consejo de Estado colombiano -Sentencia de 17 de Junio de 1959, Consejero ponente doctor PEDRO GOMEZ VALDERRAMA, Anales LXI bis 1960, páginas 74 y ss- se pronunció en los siguientes términos que ratifican lo que expone SAYAGUES LASSO:

Ahora bien, lo que legitima los gobiernos de facto, lo que los hace posibles juridicamente, es el consentimiento nacional, la aceptación que el pueblo gobernado les brinda, y que se traduce en la posibilidad para el gobierno de facto, de ejercer su misión pacificamente. Es decir la doctrina de facto tiene su validez cuando su aplicación desemboca en una solución jurídica, en una confirmación de los poderes de hecho que ejerce el gobierno..."

"...El otro aspecto del problema, es el que convalida los actos realizados por los gobiernos de facto, en atención a la salvaguardia de los derechos del individuo y de la sociedad..."

"...Las anteriores consideraciones, sirven de base para señalar algo evidente, y que es los actos realizados por los gobiernos de facto se justifican desde el punto de vista jurídico, en cuanto tiendan al orden y al equilibrio..."

De lo transcrito se desprende que en virtud de la declaratoria de nulidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Quindío, sus integrantes se transformaron en funcionarios de hecho, pero sus actos, a la luz de la doctrina, son válidos por cuanto ejercieron sus funciones en la misma forma y apariencia como si las hubiera desempeñado una Mesa Directiva elegida regularmente y porque para la opinión general del Departamento del Quindío se creía razonablemente, antes de que se produjera la declaratoria de nulidad, que se trataba de funcionarios elegidos válidamente.

Significa lo precedente, que la ilegalidad de la elección de la Mesa Directiva de la Asamblea, nó afectó los actos expedidos por ésta.

Además de lo expuesto, la Sala considera que la Ordenanza acusada, por medio de la cual se concedieron facultades extraordinarias al Gobernador del Departamento del Quindío para expedir un Código Fiscal, es un acto independiente y diferente al de la elección de la Mesa Directiva, pues está sujeto en su expedición, a otras normas del Código de Régimen Departamental, para el caso: por haberse expedido en sesiones extraordinarias, que se ajuste al temario de ellas (artículo 28); que el proyecto tenga unidad de materia (artículo 74); que sea discutido y aprobado en tres (3) debates celebrados en tres días distintos (artículo 75); y que sea sancionado por el Gobernador (artículo 77). Vale la pena resaltar, que por ninguno de estos aspectos fue censurada la Ordenanza demandada.

En conclusión, debe la Sala mantener en firme la sentencia recurrida.

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

Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A :

Se confirma la sentencia apelada.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 25 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

PERSONAL DOCENTE/ PRESTACIONES SOCIALES/ NACIONALIZACION DE LA EDUCACION

La norma demandada no se aparta de las prescripciones de la ley que reglamenta, ya que ésta ordenó que el proceso de redistribución de la participación del impuesto a las ventas debía garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal de los centros educativos nacionalizados, y una forma de hacer efectiva la garantía allí consagrada era la de que se administrara y contabilizara separadamente, de los demás recursos de la Nación y las entidades territoriales. El hecho de que manejen y contabilicen separadamente los recursos destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal educativo nacionalizado, no implica que se restrinja el pago de las prestaciones sociales del personal restante de los servidores de la Nación y de sus entidades territoriales.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá D.C., septiembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1422. Actora: María del Pilar Guerrero Orejuela y otra. Acción de nulidad contra el artículo 1o. del Decreto Reglamenario 221 de 21 de Enero de 1986, expedido por el Gobierno Nacional.

Las ciudadanas MARIA DEL PILAR GUERRERO OREJUELA Y MARIA ISABEL NIETO JARAMILLO, obrando en su propios nombres y en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., han ocurrido ante esta Corporación a demandar la nulidad de la expresión "personal docente y administrativo nacionalizado ", contenida en el artículo 1o. del Decreto Reglamentario número

221 del 21 de Enero de 1986. Con carácter subsidiario solicitan se concrete dicha nulidad a la expresión "nacionalizado".

I. EL ACTO ACUSADO

El artículo 1o. del Decreto Reglamentario número 221 de 21 de Enero de 1986, es del siguiente tenor:

> " Artículo 1o. Los recursos que la Nación y la entidad territorial deban aportar a las cajas de previsión social o entidades oficiales que hagan sus veces, así como el porcentaje de redistribución del impuesto a las ventas a que se refiere el artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 y la Ley 12 de 1986 destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del *personal docente y administrativo nacionalizado* por la Ley 43 de 1975, se administrarán y contabilizarán separadamente de los demás recursos de esas entidades." (Las subrayas son de la Sala).

II. CAUSA PETENDI

II.1. Hechos:

1o. El artículo 2o. de la Ley 12 de 1986 en su literal d) establece que a partir del 1o. de Julio de la vigencia fiscal de 1986, un porcentaje de la participación en el impuesto a las ventas será asignado para los Departamentos, las Intendencias y las Comisarías, con destino a las Cajas Seccionales de Previsión o para sus presupuestos, cuando atiendan directamente el pago de las prestaciones sociales.

2o. El Presidente de la República, con base en el artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional, expidió el Decreto 221 de 21 de Enero de 1986, mediante el cual reglamenta las Leyes 43 de 1975 y 12 de 1986.

3o. El artículo 1o. del mencionado Decreto al utilizar la expresión " personal docente y administrativo nacionalizado ", para referirse al personal que se beneficia del porcentaje del impuesto a las ventas que garantiza el pago de sus prestaciones sociales, restringe la órbita de aplicación la Ley 12 de 1986, que quiso abarcar a todo el personal pagado por las Cajas de Previsión Social o por entidades oficiales que hagan sus veces, excluyendo de esta manera al personal administrativo diferente a los que la Nación cubre dentro de su nómina y desvirtuándose así el alcance de la Ley que quiso cubrir a todo el personal. Igualmente se le están inyectando recursos a los presupuestos de las Cajas de Previsión Social, sin que esos recursos puedan ser invertidos en planes de desarrollo similares, convirtiéndose así en rentas con destinación específica.

II.2. Fundamentos de Derecho:

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 16, 55 y 120 ordinales 3o. y 11 de la Constitución Nacional.

El concepto de violación fue explicado así por las demandantes:

1o. El Decreto acusado al utilizar la expresión "personal docente y administrativo nacionalizado" en su artículo 1o. viola al artículo 16 de la Carta puesto que restringe el pago de las prestaciones sociales del personal a cargo de las Cajas de Previsión Social o entidades que hagan sus veces, al personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975, dejando por fuera al resto de personal, con lo cual no se asegura el cumplimiento de los deberes sociales del Estado.

2o. La violación del artículo 55 de la Constitución Nacional se presenta al reglamentar el Presidente de la República la Ley 43 de 1975 no dándole cumplida ejecución a la Ley 12 de 1986, extralimitándose en el poder reglamentario, pues se restringe considerablemente la cobertura que le da el literal d) del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986.

3o. El artículo 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional le confiere al Presidente de la República el poder de reglamentación de las leyes con la obligación de darles una cumplida ejecución. El artículo 1o. del Decreto 221 de 1986 no le da cumplida ejecución a lo consagrado en el artículo 2o. literal d) de la Ley 12 de 1986 por cuanto limita el pago de las prestaciones sociales al " personal docente y administrativo nacionalizado ", excluyendo al resto del personal pagado por las Cajas de Previsión Social o por las entidades oficiales que hagan sus veces, que eran efectivamente cubiertos por la Ley 12 de 1986.

4o. El artículo 120 ordinal 11 de la Constitución Nacional exige que el Presidente de la República sólo puede administrar las rentas y caudales públicos y decretar su inversión con arreglo a las leyes. El artículo 1o. del Decreto 221 de 21 de Enero de 1986 no le da cumplimiento a la citada norma por cuanto distorsiona el sentido del literal d) del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986 al limitar la inversión del porcentaje del impuesto al valor agregado (IVA) al pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975, sin cubrir a todo el personal cuyas prestaciones sociales son pagadas por las Cajas de Previsión, o entidades oficiales que hagan sus veces.

III. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal. En el auto admisorio de la demanda de 23 de Abril de 1990, se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, que habían solicitado las demandantes.

III.1. La Contestación de la Demanda

El Ministerio de Educación Nacional, en representación de la Nación, se hizo parte en el proceso y en tiempo oportuno contestó la demanda por medio de apoderada, mediante escrito, en el cual sostiene lo siguiente:

1o. El artículo 1o. del Decreto 221 de 1986 se refiere unicamente al personal docente y administrativo nacionalizado, porque reglamentó la Ley 43 de 1975.

2o. Dicho artículo no viola el literal d) del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986, como quieren darlo a entender las demandantes, puesto que se refiere al personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975, sin que ello signifique que se excluya al personal no nacionalizado que seguirá cobijado por la Ley 12 de 1986 y demás normas que la reglamentan.

III.2. Concepto Fiscal

La señora Fiscal Primera de la Corporación en su vista fiscal se muestra partidaria que no se acceda a las súplicas de la demanda. Para ello, razona de la siguiente manera:

A raíz de la nacionalización de la educación ordenada por la Ley 43 de 1975, la Nación asumió los gastos de la educación primaria y secundaria y las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos que habían de nacionalizarse.

La expresada Ley, para la atención de los gastos originados por la nacionalización de la educación, redistribuyó la participación en el impuesto a las ventas, señalando porcentajes así: al Ministerio de Educación Nacional (4.92%); a las Cajas de Previsión Seccionales o a los Departamentos " cuando éstos atiendan directamente el pago de prestaciones " (3.0%); y a los Municipios (22.08%).

La Ley 12 de 1986, en sus artículos 2o. y 3o. modificó los porcentajes de participación en el impuesto a las ventas aumentando gradualmente, año por año, el porcentaje anteriormente fijado por la Ley 43 de 1975 (artículo 8 literal b) para las Cajas de Previsión Seccionales o para los presupuestos de los Departamentos " cuando éstos atiendan directamente el pagto de las prestaciones ".

Es decir, que la letra d del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986, vino a modificar el porcentaje señalado en el artículo 8o. literal b) de la Ley 43 de 1975, pero manteniendo la destinación de la participación.

De lo anterior se deduce, que el artículo 1o. del Decreto 221 de 21 de Enero de 1986 al referirse al porcentaje de participación del impuesto a las ventas de que tratan las Leyes 43 de 1975 y 12 de 1986 " destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado por la Ley 43 de 1975 " está en concordancia con el contenido y la finalidad de la primera, que reglamenta, y no contraría la 2a., como erroneamente lo afirman las demandantes.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud de la Ley 43 de 1975, se nacionalizó la educación primaria y secundaria. Para la asunción de dicho servicio público por la Nación en los niveles de educación mencionados, en lo tocante a prestaciones sociales, el artículo 2o. dispuso lo siguiente:

1o. Respecto de las prestaciones sociales del personal adscrito a los establecimientos educativos nacionalizados causadas hasta el momento de la nacionalización debían asumir su pago las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá, directamente, o a través de sus respectivas Cajas de Previsión.

2o. Las prestaciones sociales de dicho personal que se causaren a partir del momento de la nacionalización estaban a cargo de la Nación.

3o. En lo concerniente a las prestaciones sociales de dicho personal no causadas, o no exigibles al tiempo de la nacionalización, debían ser pagadas por las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá a la Nación, dentro del término de diez (10) años, por cuotas partes y a través de común acuerdo entre aquéllas y ésta.

El parágrafo del citado artículo consagró, por su parte, que para atender las obligaciones a que se refieren los puntos 1o. y 3o. antes mencionados, las entidades territoriales y el Distrito Especial de Bogotá, o sus respectivas Cajas de Previsión, debían garantizar su pago con el porcentaje que por concepto de la redistribución de la participación en el impuesto a las ventas debían recibir de la Nación, el cual, según el literal b) del artículo 8o. de la Ley 43 de 1975, era del 3% cuando atendían el pago de prestaciones sociales.

La Ley 12 de 1986 dispuso, a partir del 1o. de Julio de la vigencia fiscal de 1986, incrementar la participación del impuesto a las ventas a que se referían, entre otras Leyes, la 43 de 1975. En su artículo 2o. ordenó que parte de ese incremento era de un porcentaje para los Departamentos, Intendencias y Comisarías, con destino a sus Cajas de Previsión Social o para sus presupuestos, cuando atendieran directamente el pago de las prestaciones sociales. El artículo 3o. fijó en forma progresiva y anual el porcentaje del literal b) del artículo 2o, así: a partir del 1o. de Julio de 1986 el 0,4% del producto anual del impuesto a las ventas; en 1987 el 1,8%; en 1988 el 3,8%; en 1989 el 6%; en 1990 el 9%; en 1991 el 12,5%; en 1992 y en adelante el 16,8%.

El artículo 1o. del Decreto 221 de 1986 determinó que la Nación y las entidades territoriales administraran y contabilizaran separadamente dos clases de recursos de los demás de dichas entidades: a) los que deban aportar a las Cajas de Previsión Social, o entidades oficiales que hagan sus veces; y b) los destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal docente y administrativo nacionalizado producto del porcentaje de redistribución del impuesto a las ventas, a que se refiere el parágrafo del artículo 2o. de la Ley 43 de 1975 y el literal d) del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986.

El citado artículo 1o, por consiguiente, no se aparta de las prescripciones de la Ley 43 de 1975 que reglamenta, ya que ésta, como se ha visto, en el parágrafo de su artículo 2o. ordenó que el porcentaje de redistribución de la participación del impuesto a las ventas debía garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal de los centros educativos nacionalizados, y una forma de hacer efectiva

la garantía allí consagrada era la de que se administrara y contabilizara separadamente, de los demás recursos de la Nación y las entidades territoriales, como en efecto se dispuso en el mencionado artículo 1o.

La Sala considera que no se violan los mandatos contenidos en los artículos 16, 55 y 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional dado que del hecho de que se manejen y contabilicen separadamente los recursos destinados a garantizar el pago de las prestaciones sociales del personal educativo nacionalizado, no implica que se restrinja el pago de las prestaciones sociales del personal restante de los servidores de la Nación y de sus entidades territoriales. Tampoco se da la violación del numeral 11 del mencionado artículo 120 ya que el artículo 1o. acusado no distorsiona el sentido del literal d) del artículo 2o. de la Ley 12 de 1986, pues, como ya se anotó, el incremento que dispuso dicho estatuto legal se refirió a la redistribución de la participación del impuesto a las ventas que había ordenado la Ley 43 de 1975.

En conclusión, estima la Sala, que los cargos no prosperan y ello constituye razón suficiente para que se despache desfavorablemente la pretensión de nulidad de la norma acusada.

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

FALLA :

1o. No se accede a las súplicas de la demanda.

2o. Devuélvase el remanente de los gastos ordinarios del proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de Septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE/SUSPENSION PROVISIONAL- Improcedencia

Con la expedición del Decreto 1787 de 1990 " por el cual se dicta el estatuto nacional del transporte público colectivo municipal de pasajeros y mixto", surgen algunas dudas e interrogantes cuya absolución implican consideraciones de orden jurídico a fin de determinar quién es la "autoridad competente en su jurisdicción " (Alcalde u otras autoridades de tránsito) para definir los niveles de servicio, etc. Igualmente se precisa definir si la norma citada como violada en la solicitud de suspensión provisional (Resolución del Intra), se encuentra vigente o fue derogada por el decreto mencionado.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución número 2125 de 1990 (noviembre 8), expedida por el Alcalde Municipal de Cúcuta (Norte de Santander).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santafé de Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1808. Actor: Elías Jaimes Castillo. Apelación interlocutorio.

Le corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Municipio de Cúcuta, contra el auto del 2 de julio de 1991, en virtud del cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander suspendió provisionalmente los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 2125 del 8 de noviembre de 1990, expedida por el Alcalde de la ya citada entidad territorial.

LA ACCION

Es la de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., interpuesta por el señor Elías Jaimes Castillo contra los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 2125 del 8 de noviembre de 1990 " Por la cual se modifica el artículo 2o. de las Resoluciones Nos. 1578 y 1858 de 1989, y se establecen unas condiciones para la prestación del servicio Ejecutivo Urbano de Buses".

Dentro del mismo escrito de la demanda el actor solicita la suspensión provisional de los artículos acusados después de considerar que ellos " contrarían directa y ostensiblemente lo preceptuado por la Dirección General del Intra en la Resolución 573 de 1982, la cual creó el Servicio Ejecutivo, de transporte urbano en buses y estableció los requisitos que deben reunir los vehículos que presten este nivel de servicio".

LA PROVIDENCIA APELADA

En el auto objeto del recurso, el *a-quo* se limita a expresar:

" Flagra la falta de competencia del Alcalde Municipal para subrogar disposiciones de un rango jerárquico superior contenidas en la Resolución 573 de 1982 del Intra, razón más que suficiente para acceder sin mayores comentarios a la solicitud de suspensión provisional inserta en el texto de la demanda "(folio 24).

EL RECURSO INTERPUESTO

El Municipio de Cúcuta, parte demandada, discrepa de la providencia del Tribunal, pues considera que en virtud de los dispuesto en los Decretos 80 de 1987, 1066 de 1988 y 1787 de 1990, el Alcalde es la autoridad competente para definir los niveles de servicio, las condiciones de éste y el tipo de vehículos que puede autorizarse para la prestación del servicio ejecutivo, teniendo en cuenta, entre otras circunstancias las especificaciones, capacidad, disponibilidad, seguridad y comodidad de los equipos.

Agrega la recurrente que " La modificación contenida en la Resolución demandada se hace amparada en la facultad que tiene el Alcalde Municipal tal como lo señala el literal d) del artículo 7 del Decreto 1787 de 1990. De forma que la Resolución 573 de 1982 no es una camisa de fuerza como lo pretende hacer ver el accionante porque ésta quedó implicitamente derogada con la expedición del Decreto No. 80 de 1987 y sus desarrollos reglamentarios, Decretos 1066 de 1988 y posteriormente el 1787 de 1990; obviamente, tanto el Decreto No. 80 como sus desarrollos reglamentarios están jerarquicamente por encima de la resolución traída como fundamento para la suspensión provisional".

SE CONSIDERA :

La Alcaldía Municipal de Cúcuta mediante el artículo primero de la Resolución acusada modifica el artículo 2o. de las Resoluciones 1578 y 1858 de 1989, por las

cuales había autorizado a la Empresa TRANSTONCHALA S.A. para la prestación del servicio ejecutivo urbano de buses, en el sentido de eliminar la obligatoriedad de la " dirección adelantada " que como una de las características de los equipos establece en el artículo 4o. literal b) la Resolución 573 de 1982 expedida por el Director General del Instituto Nacional del Transporte.

Y, en virtud del artículo 2o., la misma providencia impugnada establece las siguientes condiciones y requisitos para la prestación del servicio ejecutivo de buses:

" a. Pueden ingresar vehículos de modelos 1986 y posteriores, debidamente acondicionados para el Servicio Ejecutivo.

" b. El vehículo puede tener puerta delantera y trasera.

" c. La silletería puede ser reclinable o no, pero sí alta ".

Las disposiciones anteriores, en principio, contrarían las normas del Intra contenidas en la Resolución 573 de 1.982, cuando al crear el Servicio Ejecutivo estableció como requisitos, la dirección adelantada (literal b art. 4); silletería reclinable (inciso 2o. art. 4o.); una sola puerta de acceso y descenso (literal a art. 4o.), y vehículos de último modelo (art. 8o.).

Con posterioridad a la normatividad precitada, el Presidente de la República expidió el Decreto 1787 de agosto 3 de 1990, " Por el cual se dicta el estatuto nacional del transporte público colectivo municipal de pasajeros y mixto ". Aquí, al clasificar el servicio público de transporte municipal, según los niveles de servicio, establece en el artículo 7o. literal d):

" La autoridad competente en su jurisdicción definirá los niveles de servicio que podrán denominarse como ordinario, de lujo, ejecutivo y los demás que determine teniendo en cuenta:

1. Las especificaciones, capacidad, disponibilidad, seguridad y comodidad de los equipos. Tanto los vehículos como las carrocerías deben ser previamente homologadas para el respectivo nivel de servicio por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito a petición de la autoridad municipal competente".

De la norma pretranscrita surgen algunda dudas y varios interrogantes cuya absolución implican consideraciones de orden jurídico a fin de determinar quien es la " autoridad competente en su jurisdicción" (Alcalde u otras autoridades de tránsito), para definir los niveles de servicio, previa consideración de las especificaciones, capacidad, disponibilidad, seguridad y comodidad de los equipos; y si tal autoridad, solicitó y obtuvo la correspondiente homologación de los vehículos y de las carrocerías por parte del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, tal como lo requiere el numeral 1o., literal d), artículo 7o. del Decreto 1787 de 1990.

Como consecuencia de lo dispuesto en el Decreto 1787 de 1990 se precisa también definir si la Resolución 573 de 1982 citada como violada en la solicitud de suspensión provisional, se encuentra vigente o por el contrario fue derogada por el decreto ya mencionado dependiendo del alcance y de la interpretación que se le de a sus ordenamientos y en particular al contenido en su artículo 125 por el cual deroga las normas que le sean contrarias.

En resumen, las circunstancias que se dejan expuestas, impiden por el momento observar la violación clara, flagrante, bultosa y ostensible de la Resolución 573 de 1982, en cuya violación fundamenta el actor la solicitud de la medida cautelar.

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

RESUELVE :

REVOCAR la suspensión provisional de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución No. 2125 del 8 de noviembre de 1990 decretada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en auto del 2 de julio de 1991.

Cópiese, notifíquese y en firme, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 25 de septiembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

Víctor M. Villaquirán., Secretario.

SECCION

SEGUNDA

PENSION DE JUBILACION/ EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN/ ISS/ CONGRESO/ COMPETENCIA/ REAJUSTE PENSIONAL

El hecho de que la actora estuviera cotizando al ISS no exonera a Empresas Públicas de Medellín, de reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, a la cual tenía derecho por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la ley. No puede el Concejo Municipal modificar los requisitos que dan derecho a prestaciones sociales ni las bases ni el sistema para fijar la cuantía de la pensión de jubilación para los servidores del orden municipal. La competencia es del Congreso o del Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia : Expediente Nº 3172. Asuntos Municipales. Actora: Bertha Giraldo de Quintero.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por las Empresas Públicas de Medellín, a través de mandatario judicial, contra la sentencia de 24 de agosto de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso instaurado por Bertha Giraldo de Quintero, encaminado a obtener las siguientes declaraciones :

" *PRIMERA:* Que se ha objetivado el silencio administrativo con relación a la petición de pensión mensual y vitalicia de jubilación formulada por la señora Bertha Giraldo de Quintero a las Empresas Públicas de Medellín, mediante memoriales de 11 de octubre de 1982 y 23 de marzo de 1984, lo mismo que la interposición de recursos contra la negativa presunta interpuestos en memorial de 23 de abril de 1985.

SEGUNDA : Que como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho las Empresas Públicas de Medellín están obligadas a reconocer y pagar a la señora Bertha Giraldo de Quintero una pensión mensual y vitalicia de jubilación en cuantía de un setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación correspondiente en todo momento al cargo desempeñado, incluyendo dentro del salario todos los factores que integran este concepto como primas de servicio, primas de navidad, sobrerremuneraciones y además eventualidades, pensión que deberá reconocerse con retroactividad al momento de la desvinculación del servicio.

TERCERA : Que las Empresas Públicas de Medellín darán cumplimiento en todo momento a lo dispuesto en los Acuerdos 34 de 1970 y 60 de 1975 expedidos por el H. Concejo Municipal de Medellín.

CUARTA : Que las Empresas Públicas de Medellín darán cumplimiento al fallo que resulte de este proceso en los términos señalados en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo. " (fls. 12 y 13).

La parte actora, con el fin de fundamentar sus pretensiones, relata los siguientes hechos :

" *Primero :* Las Empresas Públicas de Medellín constituyen un establecimiento público descentralizado del orden municipal, creado en virtud del Acuerdo número 58 de 6 de agosto de 1955 originario del Consejo Administrativo de Medellín, desarrollando las autorizaciones concedidas para el efecto por el Acto Legislativo número 5 de 1954 y el Decreto Ejecutivo 1815 de 1955, rigiendose por los estatutos adoptados mediante el decreto 375 de 18 de noviembre de 1955, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín.

Segundo : Al servicio de las Empresas Públicas de Medelín y mediante relación laboral legal y estatutaria, la señora Bertha Giraldo de Quintero vinculó su capacidad de trabajo para dicho ente autónomo.

Tercero : La relación laboral se extendió del 26 de julio de 1960 hasta el 21 de junio de 1982, en forma contínua e ininterrumpida, cumpliendo así veintiún (21) años, nueve (9) meses y cinco (5) días.

Cuarto : Mi representada ocupó el cargo de taquillera especial en el Departamento de Caja, en la categoría 109, Centro de Costos, 4121 de la Sección Recaudos, en la División de Tesorería.

Quinto : Mediante Resolución número 163A de 7 de junio de 1982, expedida por el Gerente General de las Empresas Públicas de Medellín, mi patrocinada señora Bertha Giraldo de Quintero fue declarada insubsistente en el cargo que venía desempeñando.

Sexto : La señora Bertha Giraldo de Quintero nació el 18 de marzo de 1929 en la ciudad de Marinilla, es decir, que en el momento de la desvinculación del ente autónomo ya contaba con cincuenta (50) años de edad.

Séptimo : Mediante memoriales de 11 de octubre de 1982 y 23 de marzo de 1984 mi poderdante señora Bertha Giraldo de Quintero solicitó, por reunir los requisitos legales, el reconocimiento de pensión mensual y vitalicia de jubilación por parte de las Empresas Públicas de Medellín, sin obtener respuesta alguna.- En tal virtud y entendiéndose fictamente negada la solicitud, mediante memorial de 23 de abril del corriente año hizo uso de los recursos de reposición y apelación subsidiaria, no habiéndose obtenido ningún pronunciamiento no obstante haber transcurrido dos (2) meses. " (fls. 11 y 12).

En el escrito demandatario, se citan como disposiciones violadas, el - "Artículo 17 de la Constitución Nacional, artículo 17 ordinal c) de la Ley 6ª de 1945, Decreto 2767 del mismo año, artículo 2° del Decreto 435 de 1971, Ley 5ª de 1969, artículo 6° del Acuerdo 32 de 1° de diciembre de 1959, artículo 10 ibídem, artículo 2° del Acuerdo 35 de 1967, artículo 1° ordinal b) inciso 2°, y 4° del Acuerdo 34 de 1970, artículo 1° del Acuerdo 60 de 12 de diciembre de 1975, todos expedidos por el H. Concejo Municipal de Medellín, artículo 21 del C.S. del Trabajo y demás disposiciones concordantes. " (fl. 13).

En la demanda, en desarrollo del concepto de violación, se afirma :

" Como la administración no se pronunció con relación a la petición de pensión de jubilación ni con respecto a los recursos interpuestos contra la negativa presunta, se entiende fictamente violadas las normas consignadas anteriormente.

El artículo 17 de la Constitución Nacional establece que el trabajo es una obligación social '. . . y gozará de especial protección del Estado.'.

El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, ordinal c) estableció, para los empleados y obreros nacionales el derecho a pensión de jubilación, por sus servicios oficiales de veinte años o más, cuando llegaren a los cincuenta años de edad. Dicha norma ha sufrido distintas modificaciones. El Decreto Nacional 2767 del mismo año dispuso que los Municipios quedarían obligados a reconocer a sus empleados y obreros las mismas prestaciones sociales de los empleados nacionales, salvo los casos de excepción contemplados en el mismo Decreto - estatuto que fue dictado en desarrollo de lo previsto en el artículo 22 de la misma Ley 6ª citada. El artículo 19 ibídem hace a la Nación como garante de las prestaciones a que está obligada la Caja Nacional de Previsión Social, como ente descentralizado de la Nación. Asimismo debe entenderse que los Municipios son garantes de las prestaciones correspondientes a los servidores de los entes descentralizados del orden municipal.

Lo ha dicho la jurisprudencia y así debe entenderse conforme a la doctrina jurídica, que las entidades de derecho público responden de todas las prestaciones sociales que correspondan a los organismos autónomos y descentralizados de las mismas.

Expresamente ha consignado el anterior criterio municipal de Medellín con relación a sus entes descentralizados, conforme al artículo 1° del Acuerdo 60 de 1975, expedido por el H. Concejo Municipal de Medellín.

El artículo 6° del Acuerdo 82 de 1959, emanado del H. Concejo Municipal de Medellín consagra en favor de sus servidores el derecho a pensión de jubilación después de veinte (20) años de servicios cuando el trabajador llegue a los cincuenta (50) años de edad, norma que fue modificada por el artículo 2° del Acuerdo 35 de 8 de junio de 1967, expedido por el mismo H. Concejo Municipal de Medellín, que elevó el porcentaje de las pensiones sin las limitaciones establecidas en el artículo 6° del Acuerdo 82 citado.

El inciso 2° del ordinal b) del artículo 1° del Acuerdo 34 de 1970, aclarado por el artículo 1° del Acuerdo 60 de 1975 ambos expedidos por el Concejo Muncipal de Medellín,establece que cada vez que las asignaciones sean aumentadas, las respectiva pensión de jubilación será automaticamente reajustada en las proporciones del mismo.

Conforme a la ley 5ª de 1969 la pensión jubilatoria se debe tasar incluyendo todos los factores que integran el salario, tales como primas, bonificaciones , etc. .

Tanto el artículo 10 del Acuerdo 82 de 1959 expedido por el Concejo Municipal de Medellín como el artículo 4° del Acuerdo 34 pluricitado establecen los derechos asistenciales a que tienen acceso los pensionados, suministrados directamente por la entidad.

No existe duda alguna sobre el derecho que asiste a mi mandante para obtener el reconocimiento pensional a los cincuenta (50) años de edad, conforme a las normas municipales, tal como lo tiene establecido la jurisprudencia y la doctrina.

El H. Tribunal Administrativo en sentencia de 30 de noviembre de 1984 con ponencia del H. Magistrado doctor Gustavo García Moreno dejó sentada la obligación de las Empresas Públicas de Medellín de Pensionar a sus empleados a los cincuenta (50) años de edad y reunir los requisitos de los Acuerdos expedidos por el H. Consejo de Estado de Medellín citados (proceso de Leonardo Gaviria contra las Entidades Públicas de Medellín). En igual forma se pronunció la misma Corporación en los procesos de Ramón de J. González y Juan Gale Holada contra la misma entidad.

Avala la H. Corporación su doctrina en la sentencia que declaró válido el Acuerdo 60 de 1975 antes citado, proferida por la Sala Plena del H. Consejo

de Estado el 24 de febrero de 1981, con ponencia del H. Consejero doctor Carlos Galindo Pinillo (sic) (actor : Juan Gale Holada Vs. Empresas Pública de Medellín).

Por último las Empresas Públicas de Medellín constituyen un establecimiento público descentralizado y autónomo del orden municipal del Municipio de Medellín, creado en virtud del Acuerdo 58 de 6 de agosto de 1955 expedido por el H. Consejo Administrativo de Medellín, en desarrollo de las autorizaciones que le confirió el Acto Legislativo número 5 de 1954 y el Decreto Ejecutivo 1816 de 1955, habiéndose reglamentado su funcionamiento por el Decreto 375 de 18 de noviembre de 1955, expedido por el Alcalde Municipal de Medellín.

Consecuencialmente los empleados de las Empresas Pública de Medellín deben gozar de las mismas prerrogativas y derechos laborales que los servidores de la entidad matriz Municipio de Medellín . " (fls. 13. 14 y 15).

En la contestación de la demanda, el apoderado de las Empresas Públicas de Medellín manifiesta, entre otras cosas, que legalmente corresponde al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de la actora toda vez que la entidad demandada afilia a sus trabajadores y empleados al referido Instituto con el fin de que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas cotizadas conceda dicha prestación, en virtud de los estatuido en la Ley 90 de 1946; comenta, asimismo, que sólo compete a la ley modificar el régimen pensional de los servidores oficiales (fls. 19, 20 y 21).

La Fiscal Segunda del Tribunal Administrativo a que se ha hecho mención, en su concepto de 11 de septiembre de 1986, emite concepto favorable a las pretensiones de la demandante, pues ". . . considera esta Agencia del Ministerio Público que los empleados de las Empresas Públicas de Medellín deben considerarse como trabajadores del orden municipal y que son los acuerdos expedidos por el H. Concejo Municipal de Medellín y en armonía con las disposiciones legales del orden nacional que le sean favorables los aplicables en el evento a estudio. . . " (fl. 132).

No aceptado el Tribunal del conocimiento, por decisión mayoritaria, el impedimento manifestado por uno de los Magistrados d la Corporación, *el a-quo* en sentencia de agosto 24 de 1987, adoptada con la participación de Conjuez, con motivo del empate presentado en dicho Tribunal en la decisión del proceso, acogió las súplicas de la demanda, en los siguientes términos :

"1° Que se ha operado el silencio administrativo con relación a la petición de pensión mensual y vitalicia de jubilación formulada por la señora BERTHA GIRALDO DE QUINTERO a las Empresas Públicas de Medellín, mediante memoriales de octubre 11 de 1982 y marzo 23 de 1984.

2° Que como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN están obligadas a reconocer y pagar a la señora Bertha Giraldo de Quintero una pensión mensual y vitalicia de jubilación, en cuantía de un setenta y cinco por ciento (75%) de la asignación correspondiente al cargo desempeñado, incluyendo dentro del salario todos los factores que integran este concepto como primas de servicio, primas de navidad, etc, pensión que deberá reconocerse con retroactividad al momento de la desvinculación.

3° Que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN al reconocer el derecho a la pensión de jubilación a la señora BERTHA GIRALDO DE QUINTERO darán cumplimiento en todo momento a lo dispuesto en los Acuerdos 34 de 1970 y 60 de 1975 expedidos por el H. Concejo Municipal de Medellín, en cuanto a los reajustes pensionales.

4° La Administración dará cumplimiento a este fallo en los términos del art. 176 del C.C.A. . " (fls. 152 y 153).

Para el comentado fallo, el Tribunal del conocimiento tuvo en cuenta la sentencia de marzo 20 de 1985 proferida por esa Corporación, en la cual tuvo la ocasión de analizar situación similar a la que se debate en el caso *sub-examine.*

El *a-quo,* finaliza la parte considerativa de la sentencia de agosto 24 de 1987, expresando lo siguiente :

" A lo anterior resta agregar frente a las dudas que pudieran plantearse, si se deja de lado la fuerza de verdad legal propia de la cosa juzgada que se desprende de la sentencia de febrero 24 de 1981 de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, mediante la cual se negó la nulidad del Acuerdo N° 60 de 1975, expedido por el cabildo del Municipio de Medellín y en que se dispuso extender los beneficios consagrados por el Acuerdo 34/70 de esa misma Corporación, a los pensionados de las entidades descentralizadas de ese distrito, que no puede desconocerse el mandato que consagra el Código de Régimen Municipal o Decreto 1333/86 al prescribir que las situaciones jurídicas laborales definidas por preceptos municipales, ' no serán afectadas por lo establecido en los dos arts. anteriores ' (art. 293 Parágrafo), es decir, para el caso, por el mandato del art. 291 ibídem que prescribe que el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos municipales será el que establezca la ley.

La situación de la demandante se definió con ceñimiento a las normas legales que consagran las garantías mínimas en materia social y también conforme las prescripciones más favorables consagradas en los Acuerdos expedidos por el Concejo de Medellín, cuya aplicación considera la Sala, le asiste pleno derecho.

En consecuencia, como está acreditado en el proceso que la demandante nació el18 de marzo de 1929, que laboró al servicio de la entidad demandada durante un lapso superior a 20 años, se harán las declaraciones impetradas en la demanda, por ajustarse a los criterios expuestos en esta providencia. " (fls. 150, 151y 152).

En salvamento de voto suscrito por tres Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia, éstos manifiestan que no comparten la decisión mayoritaria de la Corporación, en cuanto en su ordinal 3° se dispuso la aplicación de Acuerdos Municipales, números 34 de 1970 y 60 de 1975, toda vez que los reajustes pensionales se encuentran regulados por la Ley 4ª de 1976; por ello, no es procedente reemplazar las disposiciones por normas de inferior jerarquía, como es el caso de los citados Acuerdos Municipales (fls. 156 y 159).

En el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, se afirma :

" No comparte la decisión tomada por el Honorable Tribunal Administrativo en la sentencia citada, por cuanto al reconocer el derecho a la pensión de jubilación a la señora BERTHA GIRALDO DE QUINTERO se condenó a las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN a dar cumplimiento a lo dispuesto en los acuerdos Nos. 34 de 1970 y 60 de 1975 expedidos por el Honorable Concejo de Medellín, en lo referente a los reajustes pensionales . " (fl. 164).

El apoderado de la parte actora, solicitó reposición del auto mediante el cual el Tribunal del conocimiento concedió el recurso de apelación. El *a-quo,* consideró improcedente la interposición del recurso de reposición, toda vez que los autos que deciden la apelación o queja, una acumulación de procesos, o un conflicto de competencia, no admite recurso alguno (fls. 166, 167, 168 y 169).

Por auto de abril 15 de 1988, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de agosto 24 de 1987 (fl. 171). De la misma manera, por autos de agosto 11 del mismo año y de 26 de enero de 1989, se dio traslado a las partes por el término de 10 días para presentar sus alegatos por escrito y para que el señor Agente del Ministerio Público emitiera concepto de fondo, respectivamente (fls. 172 y 179).

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en concepto de febrero 13 de 1989, manifiesta lo siguiente :

" Todo lo aquí dicho se orienta al rechazo de lo resuelto en el fallo apelado en su numeral 3° ' Que las EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN al reconocer el derecho a la pensión de jubilación a la señora BERTHA GIRALDO DE QUINTERO darán cumplimiento en todo momento a lo dispuesto en los Acuerdos 34 de 1970 y 60 de 1975, expedidos por el H. Concejo Municipal de Medellín, en cuanto a los reajustes pensionales. ' (folios 152 y 153), porque en cuanto a lo resuelto en el numeral segundo,

compartimos lo consignado por el Tribunal en cuanto a que la actora, por satisfacer las exigencias de ley en orden a la obtención de la pensión jubilatoria, tiene incuestionable derecho a ella, y según los ordenamientos legales que disciplinan tal prestación para el servicio público, así el servidor idem esté, como parece en el caso, afiliado a los seguros sociales por razón de un convenio del Municipio de Medellín, o de sus Empresas Públicas, con dicha entidad.

Por lo discurrido, esta Agencia Fiscal considera que la sentencia apelada debe ser confirmada salvo el numeral tercero de su parte resolutiva. " (fl. 181).

SE CONSIDERA :

1- Consta en el proceso que la demandante nació el 18 de marzo de 1929 (fl.6) y que laboró al servicio de las Empresas Públicas de Medellín del 26 de julio de 1960 al 21 de junio de 1982 (fl. 52). Por consiguiente, la señora Giraldo de Quintero, completó un tiempo de servicio oficial superior a los 20 los 20 años, razón por la cual al momento de su retiro de la actividad pública, reunía los requisitos de edad y tiempo de servicio para tener derecho a disfrutar de la pensión de jubilación.

2- De conformidad con lo expuesto por el Jefe del Departamento de Personal de las Empresas Públicas de Medellín (fl. 52) y el Jefe de Afiliación y Registro del Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia (fl. 56), la actora cotizó por los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1° de enero de1967 hasta su desvinculación del servicio el día 21 de junio de 1982.

3- Es preciso anotar que, contra el acto presunto a que hace relación la comunicación de abril 23 de 1985, suscrita por la demandante y dirigida al Jefe de Personal de las Empresas Públicas de Medellín, no era indispensable interponer recurso de apelación, toda vez que la única autoridad administrativa que podía responder las solicitudes de la actora era el Gerente General de la entidad demandada, en calidad de representante legal, el cual no tiene superior jerárquico, por ser las citadas empresas un establecimiento público del orden municipal, según el Acuerdo N° 58 de 1955. Por ende no existiendo obligación legal para interponer el recurso de reposición, de conformidad con el Decreto Extraordinario 01 de 1984, vigente para la época en que fue presentada la comunicación de abril 23 de 1985, con el fin de agotar la vía gubernativa, el camino para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa estaba expedito.

4- La Sala considera que el hecho de que la señora Giraldo de Quintero estuviera cotizando al Instituto de Seguros Sociales no exonera a las Empresas Públicas de Medellín, de reconocerle y pagarle la pensión de jubilación, a la cual la demandante tenía derecho por haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos al efecto por la ley.

5- Si no fuera así lo planteado en el punto anterior, resultaría que el funcionario que haya cumplido los requisitos determinados en la ley para tener a una pensión

de jubilación, no podría disfrutarla, ya que estaría obligado a esperar a reclamar al Instituto de Seguros Sociales la pensión de vejez, después de haber cotizado 500 semanas por dicho riesgo y contar con 55 años si es mujer y 60 años si es hombre, situación que frente a un derecho consolidado, significa una evidente injusticia con el empleado.

Por ello, el fallo adoptado por el Tribunal del conocimiento en cuanto condena a las Empresas Públicas de Medellín a reconocer y pagar a la demandante una pensión mensual y vitalicia de jubilación, se ajusta a derecho.

6- En lo que se relaciona a la aplicación de los Acuerdos del Concejo Municipal de Medellín números 34 de 1970 y 60 de 1975, a que alude el fallo del Tribunal Administrativo de Antioquia, esta Corporación tuvo la oportunidad de manifestar en sentencia de 18 de de diciembre de 1989, Consejero Ponente : Doctor Reynaldo Arciniegas B. Proceso Nº 3052, Actor: Héctor Villa Zea, lo siguiente :

> " En lo atinente a la aplicación de los Acuerdos del Concejo Municipal Nos. 34 de 1970 y 60 de 1975 a efecto de reconocer las pensión de jubilación al demandante, ordenada por el *a-quo* en la sentencia impugnada, la Sala considera que esta decisión no consulta el ordenamiento jurídico contendio en la Constitución Política, porque, de conformidad con sus artículos 62 y 76, ordinal 10, al legislador le corresponde dictar la normatividad referente al régimen de las prestaciones sociales, y, por lo mismo, fijar las condiciones para tener derecho a la pensión de jubilación del tesoro público.
>
> Por mandato constitucional compete, pues, al Congreso o al Presidente de la República en ejercicio de precisas facultades extraordinarias para ese efecto, expedir la preceptiva que regula esas materias . Por consiguiente, no podía el Concejo Municipal de Medellín modificar los requisitos que dan derecho a esa prestación social ni las bases ni el sistema para fijar la cuantía de la pensión de jubilación para los servidores del orden municipal, sin transgredir los mandatos constitucionales mencionados.
>
> Es nutrida la Jurisprudencia de la Corporación en donde se sostiene ese criterio.
>
> En varios fallos se ha señalado la incompetencia de las entidades territoriales para expedir normas relacionadas con los aludidos temas.
>
> Por lo anterior, se repite, la Corporación considera que son inaplicables al caso in examine, por ser contrarios a la Constitución Política, los acuerdos Nos. 34 de 1970 y 60 de 1975 expedidos por el Concejo Municipal de Medellín y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia . " (fls. 11 y 12).

Es pues, claro, que las normas locales contenidas en los acuerdos mencionados son incompatibles con principios fijados por la Constitución en lo que atañe a la

organización del Estado, y de allí que la Sala haya de revocar el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentenciadel Tribunal de Antioquia dictada en este asunto.

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

FALLA:

1- Confírmase la sentencia de veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia en cuanto a sus ordinales primero, segundo y cuarto.

2- Revócase el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, fechada el veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987).

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONGRESO/ COMPETENCIA/ PRESTACIONES SOCIALES/ EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ REAJUSTE PENSIONAL

Es abundante la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual es potestad exclusiva del Congreso Nacional determinar por medio de ley lo relativo al régimen prestacional de quienes sirven en el sector público. En las entidades terrritoriales -departamentos y municipios- tanto las Asambleas como los Concejos pueden disponer sobre remuneración de los empleados oficiales de su respectiva jurisdicción. En punto a prestaciones sociales la facultad de disposición se encuentra radicada de modo expreso, exclusivo y excluyente, en el legislador, ordinario o extraordinario. El reajuste en la pensión jubilatoria a que aspira el demandante tiene su fundamento en Ordenanzas que son contrarias a la C.N. , en cuanto proveen sobre prestaciones de funcionarios departamentales, siendo imperativo declarar respecto de ellas la excepción de inconstitucionalidad y de consiguiente no darles aplicación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E. , julio cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno. (1991).

Consejera ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 4301. Actor : Yamil Namen Fraija.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de diciembre de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor YAMIL NAMEN FRAIJA pidió al Tribunal; declarar configurado el silencio administrativo negativo sobre el recurso de apelación interpuesto el 23 de marzo de 1983 contra la Resolución 1019 (22 de marzo) de 1983 de la Caja de

Previsión Social de Cundinamarca, y anular esa resolución. A título de restablecimiento del derecho solicitó el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste de su pensión jubilatoria en la cuota correspondiente a CAPRECUNDI y a partir del 22 de diciembre de 1981.

La realización de HECHOS fundamentales de la demanda puede sintetizarse así : que por resolución 000154 (enero 27) de 1975, CAPRECUNDI le reconoció y ordenó pagar su pensión jublitatoria; que asistió como Diputado a la Asamblea de Cundinamarca en el período 1980-1982 y que por ello solicitó el reajuste pensional, reajuste que le fue negado; que asistió a sesiones extraordinarias en 1981 y de nuevo pidió reajuste; que por resolución 1019(22 de marzo) de 1983, CAPRECUNDI otra vez negó el reajuste, argumentando que el peticionario no reunía los requisitos exigidos en las Ordenanzas 2 de 1976 y 18 de 1977; que interpuesta la apelación contra tal resolución, se configuró el silencio administrativo.

Como disposiciones violadas la demanda citó : artículo 2. Ordenanza 02 de 1976; artículo 3 Ordenanza 18 de 1977; artículo 1°, Ordenanza 2 de 1979, todas de la Asamblea de Cundinamarca; artículo 3 ley 5 de 1969; artículo 2 ley 29 de 1969; artículos 94 y 272 C.R.P.M. ; artículos 85, 135, 136 y 137 C.C.A. ; artículos 26 y 45 C.N. ; artículo 5 Ordenanza 9 de 1976; artículos 27 y 28 C.C.

El Tribunal declaró probada la excepción de Inconstitucionalidad de las Ordenanzas 2 de 1986 (sic) -es de 1976- y 18 de 1977 y negó las pretensiones de la demanda.

El apelante en extenso alegato fundamenta el recurso en la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad en este caso, por tratarse de ordenanzas departamentales, amparadas por el artículo 192 dela C.N.

Afirma en primer término que la jurisprudencia ha exigido para la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad, que se aplique por los jueces y no por los funcionarios administrativos.

Que es necesario que la norma cuya inaplicabilidad se pretende a través de la excepción afecte directamente un derecho particular o subjetivo protegido por la disposición constitucional que se dice violada. Que la transgresión de la Constitución por la ley sea de tal manera abrupta que para deducirla no haya lugar a profundas lucubraciones jurídicas, sino que ella se haga ostensible de la sola comparación de los textos incompatibles.

Que de acuerdo con el artículo 192 de la Constitución, las ordenanzas y los acuerdos son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Que respecto a la apelación de la excepción de inconstitucionalidad a los actos administrativos existe doctrina según la cual, debido a la presunción de legalidad ellos deben cumplirse mientras no sean anulados a suspendidos.

Sobre estas tesis hace amplios razonamientos y termina afirmando que le asiste al derecho de reajuste pensional, no obstante la interpretación que de la ley 5ª de 1969 hace el señor Fiscal, y por eso reitera su petición de revocatoria de la sentencia apelada que en su lugar se disponga el reconocimiento, liquidación y pago del reajuste.

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado expresa en su concepto de fondo que la sentencia apelada amerita confirmación.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Es necesario analizar en primer término si debe mantenerse o no la decisión del Tribunal en cuanto probada la excepción de inconstitucionalidad de las ordenanzas 2 de 1986 (sic) -la ordenanza fue expedida en 1976 y 18 de 1977, puesto que el reajuste pensional controvertido tiene su fundamento en los artículos 2 y 3 de la ordenanza N° 2 de 1976 y en el 3° de la ordenanza N° 18 de 1977, ambas expedidas por la Asamblea Departamental de Cundinamarca.

El argumento central para tal declaratoria de inconstitucionalidad lo hizo consistir el Tribunal en que la creación o regulación de prestaciones sociales, a la luz de la Constitución Nacional es facultad exclusiva y excluyente del Congreso, o, en su defecto, del Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias.

En la sentencia apelada se transcriben apartes de dos jurisprudencias del Consejo de Estado según las cuales también resulta imperatativo afirmar que el régimen prestacional de los servidores públicos se establece por atribución que sólo corresponde al Congreso o, como se ha dicho, el Ejecutivo, si al efecto ha recibido facultades del Legislativo.

A juicio de la Sala el Tribunal acertó en su decisión y ésta debe mantenerse.

En efecto, ya es abundante la jurisprudencia de esta Corporación, según la cual es potestad exclusiva del Congreso Nacional determinar por medio de ley todo lo relativo al régimen prestacional de quienes sirven en el sector público.

Por mandato expreso del articulo76 numeral 9 de la Constitución Nacional corresponde al Congreso " Determinar la estructura de la administración nacional (. . .) y fijar la escalas de remuneración de las distintas categorías de empleo, *así como el régimen de sus prestaciones sociales* " (subrayas fuera de texto).

Esta atribución se refiere a la administración pública Nacional , en cuanto a la determinación de su estructura, pero su regulación se extiende a las entidades territoriales en materia de régimen prestacional de acuerdo a lo dispuesto en la misma Constitución Nacional, artículo 76- numeral 10, en concordancia con lo establecido en los artículos 62 y 132 de la misma Carta política, que disponen que

el régimen prestacional de los empleados oficiales sea competencia del Congreso -o del Presidente en ejercicio de facultades extraordinarias-. Esta conclusión inequívoca se obtiene, además de las normas ya citadas, de lo dispuesto en los artículos 187-5° y 197-3ª, de la Constitución Nacional.

En efecto, conforme al primero, corresponde a las asambleas por medio de ordenanzas ". . . 5°) Determinar, a iniciativa del gobernador, la estructura de la administración departamental, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo ".

Y de acuerdo al segundo, entre las funciones de los concejos, que ejercen por medio de acuerdo, está : ". . . 3ª) Determinar la estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo ".

Se observa, entonces que mientras en las entidades territoriales -departamentos y municipios- tanto las Asambleas como los concejos pueden disponer sobre remuneración de los empleados oficiales de su respectiva jurisdicción, en punto a prestaciones sociales la facultad de disposición se encuentra radicada de modo expreso, exclusivo y excluyente, en el legislador, ordinario o extraordinario.

En virtud de los anterior, si el reajuste en la pensión jubilatoria a que aspira el demandante tiene su fundamento en lo establecido por la Asamblea de Cundinmarca en las Ordenanzas 2 de 1976 (julio 28) y 18 de 1977 (noviembre 29), y si - como se ha visto- tales Ordenanzas son contrarias a la Constitución Nacional en cuanto provean sobre prestaciones de funcionarios departamentales, es imperativo declarar respecto de ellas la excepción de inconstitucionalidad y, de consiguiente, no darles aplicación, conforme a lo establecido en el artículo 215 de la propia Carta Fundamental.

Es cierto que de acuerdo al artículo 192 de la C.N., las ordenanzas de las asambleas y los acuerdos de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo – Pero también lo es que esa obligatoriedad desaparece si tales ordenanzas o acuerdos pugnan con la Constitución, caso en el cual se impone su inaplicación por quien tenga competencia para ello y con efectos particulares.

En efecto, también es obligatorio la aplicación de la ley mientras está vigente, es decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible por sentencia que produce efectos de cosa juzgada *erga onmes*. Y no obstante esa obligatoriedad, es dable dejar de aplicarla en un caso concreto cuando es manifiesta su incompatibilidad con la Constitución.

La tesis de la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad respecto de Asambleas Departamentales y Acuerdos Municipales, derivada del artículo 192 de la Constitución llevaría a aceptar que mientras una ley puede dejar de aplicarse por ser contraria a la Carta Fundamental, una ordenanza o un acuerdo que no

solamente infringen la Constitución sino también la ley que está por encima en el orden jurídico, deben cumplirse inexorablemente hasta tanto por vía de acción no se consiga su nulidad o suspensión.

Razonando de esta manera se estaría, en últimas, ... normas de inferior jerarquía, olvidando que la Constitución ... debe ser respetada no sólo por el legislador sino también por las ... mentales y los Concejo Municipales, los cuales obviamente ta... conocer o contrariar la ley.

Acpetar la obligatoriedad de las previsiones ... señaladas Ordenanzas en materia prestacional y, en consecue... ecer para sacar avante las súplicas de la demanda, equivaldr... recho con título inválido por ser contrario a la ley el fundament... retensión.

En la sustentación del recurso, el apelante ... epción de inconstitucionalidad sólo se aplica de la ley; que p... ciso que la ley afecte directamente un derecho particular o ... nstitución protege; y que las Ordenanzas 2 de 1976 y 18 de 1... ido ningún derecho del demandante.

Discurre a continuación sobre algunos textos constitucionales de distintas épocas para reafirmarse en su aserto: que sobre las ordenanzas no es posible predicar la excepción de inconstitucionalidad.

A ello dirá la Sala, simplemente, que la excepción de inconstitucionalidad está prevista, no precisamente con la condición de que la ley afecte un interés particular y subjetivo, - pues que la ley por principio es general y objetiva- sino para cuando se presente, como lo dice el artículo 215 de la C.N. " Incompatibilidad " entre un dictado constitucional y una norma legal, y esa incompatibilidad sea ostensible, caso en el cual, obviamente, prevalece la Constitución.

¿ Y qué decir entonces si lo que se opone a la Carta Política no es siquiera una ley sino un dictado de menor categoría, como una Ordenanza departamental o un Acuerdo municipal ?

La tesis del apelante a sostener que por vía distinta de la ley podría vulnerarse abierta y flagrantemente cualquier artículo de la Constitución Política y que no sería dable de aplicar ese dictado contrario a la Carta, simplemente porque no está contenido en un ordenamiento de carácter legal.

Finalemente, la Sala observa que en el texto del fallo apelado se incurrió en error mecanográfico al citar en el ordinal 1° la Ordenanza 2 de *1986* en vez de 1976, que es lo correcto.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 9 de diciembre de 1988 dentro del proceso iniciado por YAMIL NAMEN FRAIJA, aclarando que la excepción de inconstitucionalidad se aplica respecto a las Ordenanzas 2 de 1976 y 18 de 1977, de la Asamblea de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 26 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

MINISTERIO DE TRABAJO/ COMPETENCIA

El acto acusado adolece del vicio de la incompetencia, porque cuando fue dictado por el Ministerio de Justicia ya éste no tenía la atribución legal de reconocer personerías jurídicas o aprobar reformas estatutarias de organizaciones de pensionados, porque ella había sido conferida al Ministerio de Trabajo.

DECLARASE NULO el acto administrativo contenido en la Resolución N° 3003 de 17 de diciembre de 1984, expedida por el Ministerio de Justicia, y por la cual se aprobaron reformas a los estatutos de la Unión de Pensionados Oficiales y Particulares de Colombia Upencol.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Bogotá D.E. , julio cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia : Expediente N° 1.523 (12.155). Resoluciones Ministeriales. Actores : Gabriel Oscar Adarve Moreno y otros.

Los ciudadanos Oscar Andarve Moreno, Milán Díaz García y Ernesto Forero Vargas, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el art. 84 del C.C.A. , impugnan la resolución 3003 de 17 de diciembre de 1984 emanada del Ministerio de Justicia, por medio de la cual se aprobó la reforma de los estatutos de la Unión de Pensionados Oficiales y Particulares de Colombia " UPENCOL ".

Es de anotar que, dando cumplimiento a lo ordenado en el decreto extraordinario 3825 de 1985, por auto de 4 de febrero de 1988 se tuvo por reconstruido el presente proceso, que se destruyó a raíz de los hechos de 6 y 7 de noviembre de 1985.

Los demandantes la fundamentan en los siguientes hechos :

1.- El Ministerio de Justicia aprobó la reforma de los estatutos de la Unión de Pensionados Oficiales y Particulares , ("UPENCOL "), por medio de la resolución

3003 de diciembre 17 de 1984, en usode las facultades que le confiera el derogado decreto 576 de 1974.

2.- El 12 de diciembre de 1984 fue sancionada por el presidente de la república la ley 43 del mismo mes y año, norma ésta que derogó el decreto antes mencionado dejando, por consiguiente, sin competencia al Ministerio de Justicia para reconocer personerías y aprobar reformas a los estatutos de las agremiaciones de pensionados, atribuyéndosela al Ministerio de Trabajo, y que, de acuerdo con lo ordenado en su art. 6°, entró a regir a partir de su sanción, derogando así todas las disposiciones que le fueron contrarias; por lo tanto, el 17 de diciembre, cuando el Ministerio de Justicia expidió la resolución demandada, *carecía de competencia* para conocer de estos asuntos.

Señalan los libelistas como normas violadas, los arts. 20 y 44 de la Constitución Política y 4° y 6° de la ley 43 de 1984 y exponen el concepto de su violación así :

El art. 20 de la Carta señala que los particulares son responsables por la infracción de la Constitución y las leyes, y los funcionarios públicos responden además por extralimitación o por omisión en el ejercicio de sus funciones. En el presente caso, el Ministerio de Justicia se extralimitó en el ejercicio de ellas, por cuanto la facultad de aprobar reformas de los estatutos de agremiaciones de pensionados, le fue quitada por la ley 43 de 1984.

Continúan diciendo los actores que en el ente administrativo violó también el art. 44 de la ley de leyes, si se tiene en cuenta que dicha norma pérmite la formación de agremiaciones que no sean contrarias al orden legal y " UPENCOL " obtuvo la aprobación de sus estatutos de un órgano sin competencia para ello.

Consideran pues los demandantes que se violaron los arts. 4° y 6° de la citada ley 43, porque el primero derogó el decreto 576 de 1974 atribuyéndole la competencia, que antes era del Ministerio de Justicia, al *Ministerio de Trabajo* y el segundo en cuanto señala su vigencia a partir de su sanción y está se produjo el 12 de diciembre de 1984.

No encontrándose vicio alguno que invalide la actuación,

PARA RESOLVER SE CONSIDERA :

Quepa advertir, en primer lugar, que, al admitirse el libelo por auto de cinco (5) de julio de mil novecientos ochenta y cinco (1985) (Fols. 6 y 7) y a petición de los ciudadanos-actores, la Sala Unitaria suspendió provisionalmente los efectos del acto acusado -resolución N° 3003 de 1984 (17 de diciembre), del Ministerio de Justicia-, argumentándose así para adoptar la medida en cuestión :

" Al efectuar la sencilla comparación exigida por el artículo 152 del decreto 01 de 1984, entre el acto acusado y las normas de la ley 43de 1984 (arts. 4° y 6° - Diario Oficial 36824) se llega a la conclusión de que, ciertamente, como

lo plantean los demandantes, desde el 12 de diciembre de 1984 en que fue sancionada y entró en vigencia dicha ley, solo al Ministerio de Trabajo le corresponde la expedición de los actos administrativos sobre el reconocimiento de personería jurídica de las organizaciones de pensionados y aprobación de reformas estatutarias.

Consecuentemente, el Ministerio de Justicia el 17 de diciembre de 1984 no tenía legal para expedir el acto cuya suspensión provisional se solicita "

Sin embargo, llegando el momento de proferir fallo de instancia, surge el interrogante acerca de si contra el acto administrativo impugnado, siendo como es creador de una situación individual y concreta en favor de una persona determinada -Unión de Pensionados Oficiales y Particulares de Colombia, " UPENCOL "-, es apropiado que unas personas ajenas a ella e invocando su condición de ciudadanos, hayan acudido en ejercicio de la acción de nulidad (arts. 84 del C.C.A.).

La Sala, sobre este tópico, reitera la doctrina que al respecto y, desde tiempo atrás, expuso la Corporación en el sentido de que, salvo casos excepcionales, la acción de nulidad contra actos de tal naturaleza, cuando el móvil del actor no sea obtener el restablecimiento de derecho subjetivo, sino que, por el contrario, sus motivaciones y finalidades se enderecen a la protección del orden jurídico abstracto quebrantado por la disposición acusada (veánse sentencias de 10 de agosto de 1961,y de 3 de agosto de 1979, consejeros ponentes doctores Carlos Gustavo Arrieta y Carlos Galindo Pinilla, respectivamente, en " Diccionario Jurídico ", A-C, Tomo 1), es ella procedente.

En verdad que no brota de autos que los propósitos que guiaron a los ciudadanos actores fueran los de buscar restablecimiento de derechos subjetivos de alguna clase a favor de ellos o de otra persona, bien expresa, bien implícitamente, sino que su afán ha sido el de proteger la legalidad abstracta que estiman afectada por el acto cuya nulidad impetran, al tenerlo por expedido por una autoridad carente del atributo de la competencia determinada por la ley. La Sala está en presencia, entonces, del denominado " contencioso objetivo impropio " dado que no se dirige contra un acto administrativo genérico.

Pues bien, al examinar el acto acusado y al compararlo con las normas que los actores tienen como violadas, no son necesarios mayores esfuerzos dialécticos ni enjundiosas disquisiciones para concluir que adolece de un vicio radical, el de la incompetencia, porque cuando fue dictado por el Ministerio de Justicia, ya éste no tenía la atribución legal de reconocer personerías jurídicas o aprobar reformas estatutarias de organizaciones de pensionados, porque ella había sido conferida al Ministerio de Trabajo.

Como es sabido, los poderes o facultades de los agentes públicos están rigurosamente atribuidos y repartidos por la ley. La noción de competencia es, por tanto, la base de todo derecho público, y en virtud de ella, ningún organismo público puede ejercer su actividad fuera del cuadro de la competencia jurídica que le haya

sido otorgada. Habiendo sido notificada unos días antes de la expedición del acto la competencia que antes tenía el Ministerio de Justicia al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 4° de la ley 43 de 1984) y habiendo entrado a regir dicha ley ese mismo día (12 de diciembre del mencionado año), es apenas obvio concluir que el acto administrativo en cuestión ostenta ese vicio que le atribuye la demanda.

De esta suerte, la Sala habrá de acceder a las súplicas de la demanda, máxime si se tiene de presente que la incompetencia constituye un medio de anulación que muestra un carácter de orden público y que aquí aparece, podría decirse, de pleno derecho, sin intermediación de prueba alguna.

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 acto administrativo contenido en la resolución N° 3003 de 17 de diciembre de 1984, expedida por el Ministerio de Justicia, y por la cual se aprobaron reformas a los estatutos de la Unión de Pensionados Oficiales y Particulares de Colombia " UPENCOL".

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE A LOS MINISTERIOS DE JUSTICIA Y DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL PARA SU CONOCIMIENTO Y DEMAS FINES Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE .- CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 26 de junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES/ ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ CADUCIDAD-Término

En el *sub lite* la acción se ejercitó después de 4 años de notificado el acto acusado; resulta por tanto comprobado el fenómeno de la caducidad de la acción; no sólo para la petición de reajuste de la cesantía, sino también respecto a la pensión jubilatoria, pues no se trata de la prescripción del derecho sino del vencimiento del plazo para ejercer la acción contencioso-administrativa. Por ser imprescriptible el derecho, se puede solicitar en cualquier momento pero el acto que reconoce o niega ese derecho, tiene que ser demandado dentro del término de 4 meses y precluido ese lapso, no es procedente la acción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 1204. Actor : Enrique Bolívar Quijano. Autoridades Nacionales. Reconstrucción - Proceso N° 7223.

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción prevista en el artículo 67 del antigüo Código Contencioso Administrativo, Enrique Bolívar Quijano, por medio de apoderado, solicitó a esta Corporación que se dispusiera lo siguiente ;

" 1°) Que es nula la resolución 482 del 30 de septiembre de 1977 del Hospital Militar Central que reconoce prestaciones sociales y pensión jubilatoria al doctor Enrique Bolívar Quijano; niega 1ª inclusión de complementos salariales devengados en el último año de servicio ; y se declara la existencia del silencio administrativo en relación al memorial cursado con fecha 1° de marzo de 1979, en el sentido de que incluyan los complementos de subsidio familiar,

prima de antigüedad y prima de navidad en virtud de haberlos pagado la jurisdicción laboral, lo mismo que en la cesantía."

" 2°) Que el Hospital Militar Central deberá pagarleal doctor Enrique Bolívar Quijano un ajuste en la cesantía por valor de $263.193,oo ml. , tomando en cuenta un subsidio familiar de $ 7.097,oo; una prima de antigüedad de $2.416,oo; una prima de actividad de $3.020,oo o en las sumas que resulten probadas en este juicio; y una pensión mensual jubilatoria, en consecuencia de $21.668,49 ml. , sin perjuicio de los reajustes pensionales de que trata el artículo 1° dela ley 4ª de 1976, más los intereses de mora a que hubiere lugar."

De los HECHOS de la demanda cabe mencionar los siguientes :

" 2.1. El doctor Enrique Bolívar Quijano como Médico Especialista en el Hospital Militar Central, prestó servicios por un tiempo de 21 años, 5 meses, 15 días hasta el 1° de julio de 1977, habiéndosele reconocido una pensión jubilatoria de $10.862,50 sin complementos salariales; sin tener en cuenta el memorial de fecha 1° de marzo de 1979 para que incluyera los complementos salariales que la jurisdicción laboral había pagado en virtud de sentencia del 30 de enero de 1971, hasta ahora, incurriendo en silencio administrativo; y sin reajustar la asignación básica pensional reconocida por medio de la resolución número 482 del 30 de septiembre de 1977 del Hospital Militar Central, tal como lo ordena la ley 4ª de 1976, pues en la práctica no se le ha dado cumplimiento.". . .

2.4. El H. Consejo de Estado, Sección 2ª mediante sentencia del 28 de octubre de 1981 se declaró inhibido para un pronunciamiento de mérito, por falta de requisito de demanda en forma, por indebida acumulación de pretensiones, en la demanda de Enrique Bolívar Quijano, por lo que se promueve en tiempo esta acción de nulidad en forma personal y particular. "

" 2.5 Está agotada la vía gubernativa. La cuantía reclamada por ajuste de cesantía y reajuste de pensión según el petitum cuantificado de la demanda es superior a $150.000.oo Los memoriales que agotaron la vía gubernativa obran en el proceso de nulidad N° 4084 del Consejo de Estado, Sección 2ª archivado con sentencia del 28 de octubre de 1981. "

Las normas legales citadas y el concepto de violación, aparece a folios 8-10.

La Fiscalía 4ª de la Corporación expresa su concepto favorable a la prosperidad de la pretensión respecto al reajuste pensional por tratarse de prestaciones periódicas y adverso en cuanto a la solicitud del reajuste de cesantía cuya acción estimó prescrita. (Fls. 141-142).

Se solicitó la reconstrucción del proceso por la parte demandante (Fl.17) y por auto de julio de 1987 se accedió a decretarla.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Pretende la demanda la nulidad de la Resolución N° 482 de septiembre 30 de 1977 del Hospital Militar Central, que en su artículo 1° dispuso reconocer y ordenar pagar al demandante por concepto de cesantía la suma de $313.329,62 mcte. y en artículo 3° ordenó " Reconocer y ordenar pagar por la Tesorería del Hospital Militar Central con cargo a la apropiación correspondiente del presupuesto de la Institución al Dr. Enrique Bolívar Quijano la suma de Diez mil ochocientos sesenta y dos pesos con 50/100 ($10.862,50)M/te, como pensión mensual de jubilación equivalente al 75% de $14.483,33 mcte. promedio de haberes percibidos en el último año de servicio, pensión que se pagará a partir del 1° de julio de 1977. " (Fl.5).

La Resolución 482 de 1977 fue notificada en debida forma al actor el 17 de octubre del mismo año, luego a partir de entonces debe contarse el término de que disponía el interesado para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, según lo dispone el art. 83 de la ley 167 de 1941.

En el *sub-lite* aparece que la demanda se presentó el 16 de junio de 1982 en la Secretaria de esta Sección. (Fl. 10) es decir que la acción se ejercitó después de 4 años de notificado el acto acusado; resulta por tanto comprobado el fenómeno de la caducidad de la acción, no sólo para la petición de reajuste de la cesantía como lo plantea la Fiscalía, sino también respecto a la pensión jubilatoria, pues no se trata de la prescripción del derecho sino del vencimiento del plazo para ejercer la acción contencioso administrativa.

Por ser imprescriptible el derecho, se puede solicitar en cualquier momento, pero el acto que reconoce o niega ese derecho, tiene que ser demandado dentro del término de cuatro (4) meses y precluído ese lapso, no es procedente la acción.

En cuanto a la petición de la demanda en el sentido de que se declare el silencio administrativo respecto del memorial de fecha marzo 1° de 1979, observa la Sala que es contradictorio porque si se está demandando un acto determinado, no puede invocarse la ocurrencia del silencio administrativo, salvo que contra el acto se hayan interpuesto los recursos de ley y el silencio sea respecto a ellos, lo que no se probó en el sub-lite.

Como la caducidad hace relación a los presupuestos procesales de la acción y debe ser declarada aún de oficio por el juzgador, así se hará en esta providencia.

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

FALLA

DECLARASE INHIBIDO para proferir sentencia de mérito, por CADUCIDAD DE LA ACCION, en el proceso promovido por Enrique Bolívar Quijano contra el Hospital Militar Central.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintinueve (29) de mayo de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Joquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Diego Younes Moreno, Guillermo López Guerra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/ PRUEBAS/ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

Cuando una autoridad administrativa como la Procuraduría General de la Nación por medio de sus distintas dependencias competentes ejercen sus facultades de " cuidar de que todos los funcionarios del Ministerio Público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que comentan "(art. 145 ordinales 1 y 3 C.N.) han de encontrar luz en las pruebas apreciadas en conjunto como factores que determinen la responsabilidad que nazca de la conducta del funcionario investigado disciplinariamente. De allí que el acto administrativo que emita la Procuraduría General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario externo deba estar antecedido de la recopilación de pruebas que permitan llegar razonadamente a un pronunciamiento que consulte los postulados de la sana crítica de esas pruebas. Y si de ello brota el convencimiento acerca de la responsabilidad disciplinaria del funcionario oficial, el acto administrativo estará acorde con esa convicción como si se tratara de una sentencia emitida por los jueces propiamente dichos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia : Expediente N° 3011. Actor y recurrente : Salvador Chaves Solano. Decretos del Gobierno (Apelación contra la sentencia de 25 de 1987, del Tribunal Administrativo del Cauca).

El apoderado de la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal del caso, interpuso apelación contra la sentencia calendada a veinticinco (25) de junio de mil novecientos ochenta y siete (1987), mediante la cual el Tribunal Administrativo del Cauca denegó las peticiones formuladas en el libelo, ejerciendo

la acción de restablecimiento del derecho (art. 85, C.C.A.) a nombre del doctor Salvador Chaves Solano contra la Nación (Ministerio de Justicia y Procuraduría General), recurso que entra ahora a resolver la Sala.

Ha solicitado el demandante la declaratoria de nulidad de los siguientes actos administrativos :

a) De la resolución N° 154 de 1984- 4 de diciembre-, dictada por el Procurador Regional de Popayán que, como resultado de la investigación disciplinaria que adelantara contra el doctor Chaves Solano, solicitó la destitución del mismo de su cargo de registrador de instrumentos públicos del Círculo de Popayán que en propiedad venía desempeñando;

b) De la resolución N° 70 de 1985 -24 de enero-, emanada del despacho del Procurador Segundo Delegado para la vigilancia Administrativa, que confirma la anterior, y

c) Del decreto N° 1212 de 1985 -30 de abril- , emitido por la Presidencia de la República, que, acatando lo decidido por la Procuraduría, impone la sanción de destitución al doctor Salvador Chaves Solano del cargo de registrador de instrumentos públicos del Círculo de Popayán.

Asimismo y como consecuencia de la nulidad de todos y cada uno de los actos arriba enumerados, el libelista impetra que se ordene el reintegro del actor al cargo en cuestión o a otro de igual o superior categoría y el pago de " toda clase de daños y perjuicios, el sueldo, el aumento que se haya presentado desde el cese de sus actividades hasta su reintegro, bonificaciones, primas y demás prestaciones que se causen por tal motivo, con los respectivos reajustes . "

1. LA SENTENCIA RECURRIDA.

1.1. *Antecendentes fácticos.- El a-quo* parte dela narración que se hace en el escrito demandatorio, según el cual antes de la investigación de caracter disciplinario adelantada por la Procuraduría General de la Nación contra el doctor Salvador Chaves Solano y que culminó con las dos resoluciones (de primera y segunda instancias, respectivamente) ya dichas, fueron varias las averiguaciones de igual carácter, aunque a nivel interno, que adelantó la superintendencia de Notariado y Registro, en razón de diversas anomalías atribuidas al entonces registrador de instrumentos públicos de Popayán. Una, tuvo origen en el oficio N° 229 de 26 de agosto de 1981 que el auditor regional ante la oficina a cargo del registrador cursó a la Superintendencia dándole cuenta de que, en la expedición de certificados de tradición, se estaba suscitando actuaciones contrarias a la ley, y concluyó con la resolución N° 4333 de 1981 -2 de noviembre- de la Superintendencia, que impuso al doctor Chaves Solano una multa de cinco mil pesos ($5.000.oo), contra la cual interpuso el sancionado el recurso de reposición, logrando " la rebaja " de la multa. Otra, se inició como resultado de una visita practicada el 30 de mayo de 1983 " Con el objeto de investigar presuntas irregularidades en el desarrollo de las funciones

de mi poderdante, sin hallar mérito para iniciar investigación disciplinaria ", más, a 27 de junio de ese mismo año, el Procurador Regional teniendo en cuenta que de las averiguaciones que estaba realizando en ilación con la conducta de la empleada de la Oficina de Registro, doctora Stella del Socorro Londoño Pabón se ameritaba proseguirla respecto al registrador Chaves Solano, ordenó que se compulsara copia tanto del pliego de descargos de la doctora Londoño como de las declaraciones de María Cristina Velasco de Campo, Libia Mercedes Muñoz Fajardo y Clemencia Estupiñán, lo que posteriormente condujo a que el visitador de la Procuraduría también se dirigiese a las autoridades judiciales en lo penal para que adelantasen la investigación en ese aspecto por un posible delito de peculado, igualmente atribuible al registrador Chaves por los hechos que se investigaban en el proceso disciplinario. Después de otras diligencias y pronunciamientos, el 30 de abril de 1984 se le formuló pliego de cargos al doctor Chaves, quien lo atendió el 7 de mayo y manifestó :

> " Pues bien el juzgado competente abrió la investigación. -(se refiere a la penal)- y dentro de ella se han (sic) suscitado una serie de incidentes qué le restan total valor a las afirmaciones de " *haber tramitado directamente* la elaboración de certificados de tradición y de haber recibido *directamente* el valor de estos trabajos " según afirma la Procuraduría. " Las pruebas que han sido recopiladas, entran a conformar un largo sumario *a cuyo texto me remito.* " Señor Procurador : tome Ud. atenta nota *de todos los hechos* consignados en el proceso que la jurisdicción penal me adelanta. . . . "

El 25 de mayo, el abogado visitador de la Procuraduría cursa informe personal al Procurador Regional en el que expresa :

> " Como se ordena en el auto de 22 de los corrientes, esta Visitaduría estima necesario pasar una visita especial o revisión de sumario que por el delito de Peculado se adelanta contra el doctor Chaves Solano, en el juzgado 4° Penal del Circuito para determinar a la luz de las pruebas que se han apoyado, cuál es la verdadera situación jurídica o de responsabilidad o de inocencia del sindicado. "

Y el 15 de junio siguiente, el visitador rinde nuevo informe respecto a la revisión del proceso penal, al que se sumó el informe de evaluación, y se pide el envió de otras piezas procesales que aparecen en el sumario. Finalmente, el Procurador Regional dicta el primero de los actos aquí acusados, es decir, *la resolución N° 154 de 1984,* solicitando la imposición de la máxima sanción contemplada en las leyes para " cualquier régimen disciplinario, aduciendo la violación del artículo 95 del Decreto 1250; artículo 56 ibídem ; 1° y 2° del Decreto 2156 de ese año, normas con cuya violación, estima la entidad falladora, el Registrador ha incumplido con los especiales deberes que le impone el artículo 6° del Decreto 2400 de 1968."

La anterior resolución fue confirmada el 28 de enero de 1985, por la resolución N° 0070, de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia

Administrativa; éste es el segundo de los actos acusados en el caso *sub-lite*. Fue notificada el 12 de febrero.

El tercero de los actos, el decreto 1212 de 1985 - 30 de abril-, de la Presidencia de la República, se reduce a dar cumplimiento a los pronunciamientos del Ministerio Público y , en consecuencia, destituye al doctor Chaves Solano del cargo de registrador de instrumentos del Círcuito de Popayán.

1.2.- *Objeciones al fallo de la Procuraduría, según el libelista.*- Anotó el hoy recurrente en la argumentación sostenida ante el *a-quo* para objetar la investigación disciplinaria que antecedió a las resoluciones sancionatorias, lo siguiente :

a) Falta de cotejo entre la declaratoria rendida por la Señora María Cristina Velasco de Campo rendida el 15 de noviembre de 1982, ante el abogado visitador de la Procuraduría, con el careo sostenido por ella con el acusado Chaves Solano en el Juzgado 8° de Instrucción Criminal, pues, si hubiera hecho la comparación, se habría observado que en la primera afirma " que los dineros los recibía directamente el registrador ", al paso que en el careo que contra él no tenía ningún cargo que hacer.

b) Se tuvo en cuenta la declaración de la señora Libia Mercedes Muñoz, rendida en la Procuraduría Regional, mas en ella no aparece ningún cargo concreto contra el doctor Chaves, sino contra la doctora Socorro Londoño Tobón.

c) No se trasladó ni se tuvo en cuenta la declaración del señor Octavio Jaramillo, quien controvierte las declaraciones de la señorita Clemencia Estupiñán ante la Procuraduría y ante el Juzgado de Instrucción Criminal.

d) No se trasladó ni se tuvo en cuenta la declaración rendida por la señora Yolanda López de Montealegre, quien controvierte lo dicho por la señora Leonor Cortés en lo atinente al cheque de $2.055,oo del Banco Ganadero y en lo relacionado con un cheque girado por $500,oo de la Sociedad Acetas Ltda. para el pago de un trabajo de mecanografía y que la segunda deponente " maliciosamente incluyó en la lista de cheques que ella entregó como base de la investigación, como si se hubiera pagado por servicios prestados por la oficina."

e) No se tuvo en cuenta la indagatoria del doctor Chaves ni las ampliaciones de la misma, y tampoco los documentos que presentó para respaldarlas.

f) Las declaraciones de los señores Antonio Moscoso y Oscar Darío Ramírez fueron ignoradas, pese a que con ellas se démostraba que con anterioridad al señor Roberto Jiménez sí existía auditoría en la Oficina de Registro de Popayán.

g) Igualmente ocurrió lo mismo con las declaraciones de Oscar Jurado, Hilde Lehman de Varón, Olga Vélez de Orozco, Henry A. López, Bernardo Delgado (2 declaraciones), Leonor Urrea (2 declaraciones), Alfonso Flor, Carlos Alberto Erazo, Otto Arnulfo Bolaños, Myriam Guzmán de Ordoñez, Carmenza Chaves

Rosero, Raúl Vernaza Garcés, Jaime Gómez Bolaños, puesto que de ellas se hubiera deducido que " no es cierto que el doctor Chaves Solano, como dice Leonor Cortés, hacía girar cheques a favor suyo para luego cobrarlos en su provecho. "

h) Los comprobantes de pago hechos por la firma de Carlos y Alvaro Hormaza, Ferretería Argentina - por las sumas de $22.800.oo y $32.632.oo, debidamente autenticados y allegadas por el doctor Chaves y en los cuales aparece la firma y sello de la cajera Leonor Cortés, si se hubieran considerado habrían rebatido lo afirmado por ella en el sentido de que los recibía directamente el registrador Chaves Solano. Lo mismo respecto al cheque por $8.000 del señor Carlos Alberto Erazo, recibido por esa empleada.

i) Tampoco se tuvo en cuenta la declaración del señor Leandro Sandoval, empleado de la sociedad Carlos y Alvaro Hormaza, quien sostiene que hizo en entrega de los mencionados cheques a esa cajera Leonor Cortés, ni la declaración de la señora Mariela de la Cruz Astaiza.

j) Se echa de menos en los análisis de la Procuraduría el testimonio del señor Héctor Helí Fernández en lo referente al cheque de $1.500.oo que la señora Leonor Cortés incluye en su lista de cheques " para hacer creer que correspondía a pagos de servicios de la Oficina de Registro, cuando en verdad fueron medios de pago de unos intereses a la doctora Alina Zúñiga de Chaves; igualmente en lo que hace a los documentos (letras de cambio y talonario de cheques) presentados por ese declarante.

k) No se tuvo en cuenta la constancia presentada por el doctor Chaves según la cual su única cuenta corriente era el Banco del Estado, y que en ella no aparece depositado un cheque por $7.376,85, girado por Carlos Alberto Erazo y que la cajera Leonor Cortéz incluye en su lista con la anotación de que había sido depositado en esa cuenta.

l) No fueron estudiadas y sopesadas en forma conjunta las declaraciones del señor Alvaro Galvis, pues si así se hubiera hecho, se habría concluido que únicamente en su última ampliación afirmó que el cheque por $22.000.oo lo entregó personalmente al registrador Chaves, no así en las anteriores.

m) No se observó que en el careo entre el doctor Chaves y el señor Alvaro Galvis éste incurre en una contradicción respecto a la ampliación de su testimonio, dado que en ésta dice que los dos cheques (el de $22.800.oo y el de $32.632.oo) fueron entregados personalmente por el doctor Chaves, y en aquel que fueron cambiados por él -Galvis- en el banco y sus valores entregados a Chaves.

n) No se tuvo en cuenta que en el careo que se realizó entre Leonor Cortés y Alvaro Galvis éste plantea una serie de evasivas porque si afirmaba una cosa podía perjudicar al doctor Chaves, quien era su jefe , o si afirmaba otra cosa, a la señora Cortés que era su compañera de trabajo.

o) No fueron tenidas en cuenta las declaraciones de los empleados de la Oficina de Registro Carmen Tulia Rodríguez y Luis Herland Quintero, quienes explican, cómo se tramitaba y expedian los certificados de tradición y a quienes correspondía la revisión fiscal. De esas declaraciones se deduce que guardan consonancia con las exposiciones sobre el mismo tópico que hacen María Cristina Velasco y Clemencia Estupiñán (en el careo entre éstas) y por el registrador Chaves Solano, estabelciéndose quiénes expedían los certificados.

p) Tampoco se tuvo en cuenta la declaración de Clemente Estupiñán cuando se realizó la investigación interna de la Superintendencia, pese a que el doctor Chaves la adujo al rendir indagatoria.

q) Tampoco se tuvo en cuenta el certificado de tradición de la Urbanización Antonio Nariño ni el acta de posesión de Clemencia Estupiñán, pese a que con ambos documentos se habría establecido que esos hechos a que se refería la señora Estupiñán sucedieron tres o cuatro años antes de que ella ingresara a la Oficina de Registro.

r) Tampoco se tuvo en cuenta la segunda declaración rendida por el señor Luis A. Jácome en razón de una cita que hizo a la ex-empleada Irma Férix de Rodríguez y que extrañamente sí se allegó al expediente fotocopia de la que antes había rendido el señor Jácome, de la cual dedujo la Procuraduría que surgían cargos de responsabilidad contra el doctor Chaves Solano.

Sin embargo, apunta el demandante, sí fue tenida en cuenta " la inspección judicial efectuada en asocio de los peritos Oswaldo Bravo y Carlos Humberto Sarria" tanto que en la resolución sancionatoria se dice que de esa inspección se extraen algunas conclusiones, como la de que " a partir de las instrucciones dadas por la Auditoría Regional ante la oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de esta ciudad, contenidas en los oficios Nos. 00226, 00227 y 00228 de agosto 26 de 1981, a partir de esa fecha no es posible para el Registrador de Instrumentos Públicos expedir certificados de tradición con inobservancia de los turnos de rigor", lo que el apoderado de Chaves glosa así : " Rara inexplicable y peligrosa tergiversación que hace la Procuraduría. Dentro de esa diligencia, que en su indagatoria había pedido el Registrador y en la que dio una explicación de la forma que pudieron llegar para su firma los certificados que no había sido debidamente turnados, se estableció que, dada la ubicación de su oficina y por tener vidrios esmerilados, los empleados no podían enterarse de qué personas ingresaban al despacho de él y que lo que se pudiera estar conversando era audible pero no entendible." En cuanto al punto tocado por la Procuraduría, lo que los peritos consignaron textualmente fue : Después de haber hecho una demostración práctica, es decir objetiva, de la posibilidad de diligenciar registro de escrituras o certificados de tradición, sin ser anotados en el libro o libros correspondientes, en asocio de los empleados de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, se llevó (sic) a la conclusión de que existía la posibilidad de diligenciar tales documentos o sea escrituras o certificados sin que se haga la anotación en el libro o libros

correspondientes". No se dice pues- concluye el demandante - que por parte del señor Registrador.

Continúan las glosas a la actuación de la Procuraduría diciendo que también se allegó la diligencia judicial ordenada por el Juzgado 25 de Instrucción Criminal del Cauca, con intervención de peritos (Nelson Ordoñez Ortega y Rubén Darío Erazo), pese a la " inexactitud y errores graves cometidos por los peritos", cuyo dictamen fue objetado . Y agrega : " Conviene agregar que, en perjuicio de la defensa de mi mandatario, la Procuraduría Regional pasó por alto una importantísima observación que en esta diligencia judicial dejó consignada el Juez 25 de Instrucción Criminal de la siguiente manera : " . . . que algunos de los casos relacionados como faltantes en esta diligencia fueron plenamente comprobados documentalmente de que valores fueron recibidos por el doctor Chaves Solano por conceptos personales, diferentes a las labores de oficina, como es el caso del cheque recibido de parte del señor Héctor Helí Fernández por valor de mil quinientos pesos. . . "

Acerca de una diligencia judicial practicada por el juez 8° de Instrucción Criminal, en asocio de peritos, en algunos bancos de la ciudad, en la que aparece que en los archivos del Banco del Estado se estableció que tres cheques (por $1.661,oo, $111.oo y $11.800.oo) fueron consignados en la cuenta corriente que en ese mismo Banco tiene el doctor Chaves, la que fue considerada por la Procuraduría , no se cotejó con la ampliación de indagatoria de éste ni con la declaraciones de los giradores Julio César Perafán , Ciro Lópezy Octavio Jaramillo Mora, ni el comprobante de pago por $11.800.oo llevado por el gerente de la sociedad Acetas Ltda. , en el cual, a manuscrito aparece una nota que dice : " Registrado en efectivo ". Y que tampoco se tuvo en cuenta la declaración de Esmeralda Arboleda Martínez, empleada de esa sociedad y quien dice que esa nota fue puesta por ella, seguramente en el año de 1978 y no en 1983, y que si lo hizo fue porque se le informó de ese reintegro, posiblemente por el doctor Gnneco documental y testimonial que " saca avante a mi representado, aunque el doctor Gnneco diga no haber recibido ese reintegro . "

Asevera también la demanda que el Procurador Regional practicó dos visitas especiales al sumario adelantado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito, y que en las actas correspondientes aparece una minuciosa y larga relación de todas y cada una de las actuaciones realizadas y recogidas, nada de lo cual fue tenido en cuenta por la Procuraduría, sino que sólo toma seis o siete testimonios y dos y tres de las diligencias judiciales, para derivar la responsabilidad disciplinaria del doctor Chaves Solano.

1.3.- *Criterios liminares de la sentencia recurrida.*- Después de señalar las diferencias entre el derecho penal común y el derecho disciplinario con cita de doctrinantes y de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal pasa al análisis de las garantías del debido proceso y al de la competencia que asiste a la Procuraduría en torno al ejercicio del poder disciplinario que le ha sido otorgado por la Constitución y por la Ley, para relievar cuál es la órbita que atañe a lo disciplinario interno y lo disciplinario externo, pasa al examen de lo que corresponde

concretamente a la investigación que se siguió al doctor Chaves Solano con un prolijo estudio de las pruebas que llevaron a la Procuraduría a sancionar al hoy actor. Dice el Tribunal :

> " Sentado inequívocadamente que la Procuraduría tenía y tiene competencia para ejercer el poder disciplinario en averiguación de la conducta del doctor Salvador Chaves Solano como Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Popayán, precisa examinar ahora si dicha investigación se surtió con observancia de las normas procedimentales pertinentes, si el actor ejerció el derecho de defensa y si esa defensa se cumplió o no sin desmedro.
>
> El escrito de fecha 7 de mayo de 1984 (fls. 54 a 56 cuaderno principal), el demandante contestó oportunamente el pliego de cargos y al referirse al proceso penal contra la doctora Stella del Socorro Londoño y él, por el delito de peculado dice : "... El Juzgado competente abrió la investigación y dentro de ella se han suscitado una serie de incidentes que le restan total valor a las afirmaciones de " haber tramitado *directamente* la elaboración de certificados de tradición y de haber *recibido directamente* el valor de esos trabajos".
>
> "Las pruebas que han sido recopiladas entran a conformar un largo sumario a cuyo texto me remito.
>
> "El estudio que Ud. debe hacer al proceso, que en el momento se tramita en el juzgado 25 de Instrucción Criminal le respaldará mi anterior afirmación, y le dirá a Ud. el motivo para elevar pliego de cargos, en las mismas condiciones que a mí, a todas y cada una de las personas que han sido indagadas, pues a ellas también las cobija su jurisdicción y competencia.
>
> "Siendo cuestionada la credibilidad de sus testimonios, me continúa amparando la presunción de inocencia y es ella la que ahora invoco ".

En realidad, el demandante se remitió a las pruebas practicadas en el proceso penal aludido el cual fue traído en copia y además el Tribunal dispuso la ratificación de la prueba testimonial, que se practicó en su mayor parte como aparece en el cuaderno respectivo. Cabe anotar que la Procuraduría estuvo pendiente del desarrollo del informe disciplinario y se allegaron diversas pruebas. En la investigación penal. el doctor Salvador Chaves Solano rindió una extensa indagatoria desde el 18 de de marzo de 1983 al 17 de abril de ese mismo año, aplicada en dos ocasiones, el 15 de junio de 1983 y el 6 de marzo de 1984, diligencias en las cuales refirió hechos, cuestionó testimonios y sirvieron para que se evacuaran todas las citas en la instrucción. Se practicaron inspecciones judiciales en asocio de peritos (fls. 10 a 85 cuaderno 3 y fls. 250 y ss. cuaderno copias proceso penal), dictámenes parciales cuyas objeciones no prosperaron según decisiones del señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Popayán y de la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán (fls.92 a 103 cuaderno 3). "

De todo ello deriva el Tribunal que el proceso disciplinario llevóse a cabo con plena observancia del derecho de defensa y que, por tanto, no aparece ningún vicio que afecte los actos expedidos por la Procuraduría ni contra el expedido por la Presidencia de la República como consecuencia de aquéllos. Por tanto como se ha visto, con fundamento en esas consideraciones, deniega las peticiones de la parte actora.

II. DE LA SUSTENTACION DEL RECURSO DE APELACION.

2.1.- *Violación del derecho de defensa por el acto emitido por la Procuraduría Regional de Popayán, del cual se deriva el quebranto de ese mismo derecho en cuanto hace a los demás actos acusados*.- Reitera, pues, el apelante (fls. 323 a 332 c.p.) su tesis central sostenida en su demanda y en el alegato de conclusión rendido en la primera instancia. Según se estima, la circunstancia evidente de que la Procuraduría no hizo allegar al expediente disciplinario la totalidad de las pruebas obrantes en el sumario penal, amén del análisis de todos y cada uno de los cincuenta y cinco (55) testimonios que aparecen en éste, la ausencia de cotejos de todos estos medios probatorios con los careos y las inspecciones judiciales así como la apreciación razonada de todos y cada uno de ellos, demuestran que la Procuraduría no hizo un estudio íntegro y pleno de esos elementos, porque de haberlo hecho de otra manera, habría concluido de manera diferente.

2.2.- *La parte motiva del fallo recurrido considera cuestiones no planteadas por él en la demanda ni a lo largo del proceso contencioso- administrativo.*- Sobre este tópico, dice la sustentación del recurso que nunca se ha dicho que para la terminación del proceso disciplinario hubiera que esperar a los resultados del proceso penal, pues entiende las diferencias existentes, según la doctrina, entre las dos esferas o campos jurídicos; lo que se pidió fue otra cosa: que se anularan todos los actos acusados porque el primero de ellos es violatorio del derecho de defensa consagrado en el art. 26 de la Carta Fundamental, en virtud de que no fueron allegadas todas las prueba obrantes en el proceso penal ni mucho menos apreciadas íntegra y plenamente. De los muchos vacíos y de la superficialidad de la investigación disciplinaria se llegaba al desconocimiento del derecho de defensa y, por ello, debió declararse nulo el acto e igualmente los demás que debían su existencia al mismo. Por eso se solicita la revocatoria del fallo y que, en su lugar, se despachen favorablemente las peticiones de la demanda.

II. DEL CONCEPTO FISCAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

El estudio de fondo, emitido por la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado, dice a la letra :

> " Del acervo probatorio traido a los autos, se saca en conclusión que el actor a pesar de todas las declaraciones surtidas en el proceso penal y administrativo, no pudo desvirtuar los hechos señalados como conductas sancionables disciplinariamente.

Varios de los declarantes vinculados a la entidad, y que laboraban con el actor, manifiestan que ellos se dieron cuenta de las anomalías que se presentaban en relación con los turnos y recibo de plata sin que entrara esta a las arcas de la entidad. Pero ninguno acusa directamente al actor, de esta falta, pero dejan traslucir que el demandante desde el cargo directivo que desempeñaba no cumplía, ni hacía cumplir las funciones de su cargo y las de los demás, al aceptar registros sin pago previo, saltandose los turnos de llegada etcétera.

En este sentido declararon , María Cristina Velasco (folio 83), Libia Fajardo, Claudia Estupiñan, en igual forma declara el ex-auditor de la Contraloría, Señor Roberto Jiménez.

Libia Muñoz dice que se supo que se había ordenado el registro de un documento de una empleada de la oficina, sin cancelarlo, pero no le había dado la orden el demandante. (folio 8 segundo cuaderno). A su vez, los declarantes Montealegre y Moscoso (Ex-auditor de la Contraloría) dicen que no tuvieron conocimiento de ninguna irregularidad (folio 15, 2° cuaderno).

Los declarantes Oscar Jurado, Hilda Varona, Olga Orozco, Luis Carlos Gómez, Leonor Llera Restrepo, Carlos Alberto Orozco, Carmenza Alvarez, señalan que siempre que fueron a la Oficina del Registro, hicieron turnos y no pagaron nada más de lo debido y a la Caja correspondiente, sin haber notado irregularidades (folios 26, 29, 33, 34, 48, 51 del 2° cuaderno). Estas diligencias fueron llevadas a cabo en el Tribunal correspondiente.

En relación con las enviadas al proceso por el Juez 4° Penal del Circuito se tiene que los señores Rafael Angel Piedrahita, Jose Manuel Cacino, Octavio Hernando Jaramillo, (folios 56, 62), nada aclaran sobre el asunto, ya que dicen no haber advertido ninguna irregularidad cuando estuvieron en el Oficina, y que siempre se sometieron a turnos.

Los señores Leonidas Carlos Gómez y Mariela de la Cruz Astanza, el primero dijo que no tuvo negocios con el actor y que si se saltaban los turnos no era de su incombencia. (folio 159, 2° cuaderno). La señora señala que. . . se necesitaron urgentemente unos documentos. Entonces, se sacó eso para pagar como horas extras a alguna de las empleadas, yo no recuerdo nada porque el que hizo eso fue Sandoval. . ."

En cuanto al señor Octavio Hernando Jaramillo, señala en relación con el cheque : El Doctor Chaves me dijo que girara uno solo cheque tanto por los servicios profesionales prestados a nuestra firma. . . y a los valores que pudieran tener los certificados o cuerpos o documentos expedidos en la Oficina de Registro. . . ".

Como se señaló hay acusaciones en relación con la falta de cumplimiento del actor de sus deberes señalados en el artículo 60 del Decreto 2400 de 1968 y

1950 artículo 132 literal a), por parte de personas vinculadas a la administración y ajenas a la misma, como el Doctor Octavio Hernando Jaramillo.

Los demás, nada aclaran al respecto, o no les costa nada, o afirman que cuando utilizaron la Oficina, todo se hizo normalmente.

En consecuencia, los hechos imputaron al actor, no fueron desvirtuados.

Se señala en la demanda que el proceso disciplinario de los Notarios y funcionaria del Ministerio Público, debe ser hecho por la División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos de conformidad con el Decreto 960 de 1970, capítulo IV artículo 209. Dice que la Ley 23 de 1984, artículo 11 faculta a la Procuraduría General de la Nación, para llevar a cabo investigaciones disciplinarias, y que de acuerdo con esta norma en principio podía la Procuraduría Regional hacer la respectiva averiguación sino fuera por el artículo 1° parágrafo de la Ley 13 de 1984, que ordena : " el régimen disciplinario previsto en la presente ley, no se aplicará a los funcionarios que en esta materia se encuentran regulados por leyes o decretos especiales. " . Se tiene entonces, que la Procuraduría, no podía adelantar la investigación.

Considera la Fiscalía que a los registradores de los Instrumentos Públicos, les son aplicables los decretos leyes 960 y 250 de 1970, pero también pueden ser investigados disciplinariamente por la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con lo estipulado en la Ley 25 de 1974, por tener esta entidad competencia prevalente de acuerdo con el artículo 143 de la Constitución Nacional. De manera que a términos de la norma citada se pueden presentar varias situaciones así :

1) Si algún servidor del Estado está siendo investigado disciplinariamente por la Procuraduría, no puede serlo por la entidad administrativa a que esté vinculado y se aplica lo regulado en la Ley25 de 1974.

2) Si la investigación es llevada por la Entidad Administrativa donde está vinculado el actor o por otro organismo señalado para casos especiales en la Ley, se puede llevar a cabo hasta su culminación pero se debe convocar a la Procuraduría. Si esta quiere continuarla, la entidad que la adelanta una vez enviadas las diligencias, pierde competencia, y sino, sigue conociendo el negocio.

En consecuencia la Procuraduría General de la Nación, podía llevar a cabo la presente investigación disciplinaria.

En cuanto a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por no permitir al actor ejercer en debida forma el derecho de defensa, se considera como se anotó con anterioridad en los descargos, el actor solicitó las pruebas en forma muy vaga, sin embargo, la Procuraduría para suplir esa falla solicitó las que reposaban en la investigación, por considerarlas necesarias. Si el actor

estaba inconforme con las que solamente se tuvieron en cuenta ha debido manifestarlo oportunamente, en la etapa correspondiente.

En este punto vale la pena señalar, que en el proceso disciplinario es autónomo e independiente por su origen, finalidad, jurisdicción, procedimiento y alcances frente al proceso penal. Por su origen, porque la ley señala separadamente las faltas y los delitos. Por su finalidad, en cuanto el derecho penal busca mantener el orden jurídico general y el derecho administrativo disciplinario, el buen funcionamiento del servicio público. El procedimiento en el primero es propiamente administrativo y en el otro es jurisdiccional. En consecuencia, al ser independiente entre sí, el resultado de uno no influye en el otro, por lo que no es posible suspender el juicio disciplinario en espera de fallo de la jurisdicción penal.

De acuerdo con lo expuesto, esta Agencia del Ministerio Público rinde concepto adverso a las súplicas de la demanda. "

Sentado lo anterior, superada la etapa de la nulidad planteada por el Ministerio Público con el auto de 10 de octubre de 1990 (fls. 351 a 355) y no observando la posibilidad de otra causal que incida en lo actuado, la Sala, para decidir

CONSIDERA :

1°) Es principio jurídico-procesal que " las pruebas deberán ser apreciadas *en conjunto,* de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las *solemnidades* prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que la asigne a cada prueba. " Sentado en esas palabras por el art. 187 del C. de P.C., se halla consagrado asímismo en el Código de Procedimiento Penal (art. 253) al decir : " Las pruebas deberán ser apreciadas *en conjunto,* de acuerdo con las reglas de la sana crítica . " Algo semejante ofrece el art. 61 del Código Procesal de Trabajo : " El Juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba *atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito* y la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exiga determinada solemnidad *ad-substantiam actus,* no se podrá admitir su prueba por medio. *En todo caso, en la parte motiva* de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento . " (las subrayas no son de los textos transitorios).

De modo que el juez -entendiendo este vocablo en su significado amplio extenso- no está obligado a apreciar las pruebas o medios de prueba *en su totalidad, sino en su conjunto.* No en forma análitica y pormenorizada de cada uno de los términos, declaraciones, inspecciones judiciales, etc. , etc. , sino uniéndolos, concatenándolos, mirando sus aspectos coyunturales y afines, midiendo su situación relativa entre ellos, juntándolos o enlazándolos para ver si hay contrariedad o separación; cuasalidad o efecto; oposiciones o diferencias; subordinación o dependencia, de tal manera que los lleve al conocimiento de que ese cotejo denota

certeza acerca de la determinación a tomar, conforme al objeto principal de la investigación o del proceso de que se trate.

Porque, ha de recordarse o precisarse , las pruebas judiciales conducen, a través de la ,objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas -o medios probatorios -van a llevar al juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un acto voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales o inmateriales.

Es ese principío actual que lleva al convencimiento del juez con base en la apreciación de conjunto y de acuerdo con las reglas sanas crítica, es aplicable, no sólo al juez en el sentido estricto o restringido del vocablo, al que administra la justicia como funcionario -o como corporación- de la rama jurisdiccional del Poder Público, sino también a quien en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido. Así, verbigracia, los árbitros, ya sea que expidan sus laudos en derecho o atendiendo el aforismo " verdad sabida y buena fe guardada ", no obstante que no poseen la calidad de funcionarios judiciales propiamente dichos, han de inspirarse necesariamente en el principio explicado de la apreciación *en conjunto* de los medios de prueba que se hayan solicitado y que hayan sido allegados al respectivo proceso o expediente. Así, cuando una autoridad administrativa, como la Procuraduría General de la Nación por medio de sus distintas dependencias ejercen sus facultades de " cuidar de que todos los funcionarios del ministerio público desempeñen fielmente su encargo, y promover que se les exija la responsabilidad por las faltas que cometan " (art. 145, ords. 1° y 3° , . C.N.), han de encontrar luz en las pruebas apreciadas *en conjunto* como factores que determinen la responsabilidad que nazca de la conducta del funcionario investigado disciplinariamente.

De allí que el acto administrativo que emita la Procuraduría General de la Nación ejercido del poder disciplinario externo deba estar antecedido de la recopilación de pruebas o medios probatorios que permita llegar razonadamente a un pronuncimiento que consulte los postulados de la sana crítica de esas pruebas o medios probatorios. Y si de ello brota el convencimiento acerca de la responsabilidad disciplinaria del funcionario oficial, el acto administrativo-disciplinario estará concorde con esa convicción como si se tratara de una sentencia emitida por los jueces propiamente dichos. En otras palabras, el agente de la Procuraduría es, cuando ejerce sus facultades disciplinarias, un " juez " en el sentido de " persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar".

2°) Sin embargo, es preciso hacer notar que la finalidad del poder disciplinario, como bien lo recuerda la doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, es el buen funcionamiento del servicio público " y por ende, distinta a la del derecho penal general, que busca ' mantener el orden jurídico general". Aunque ambos contemplan aspectos del comportamiento humano en sus relaciones con la sociedad y con los individuos, sus esferas son divergentes y, pese a que no se excluyan y muchas se

complementen y se auxilien mutuamente, obedecen a orígenes, jurisdicciones, procedimientosy alcances , y podría agregarse, filosofías e inteligencias, pero sus autonomías son evidentes.

El Derecho Disciplinario Administrativo - ya ha tenido ocasión de decirlo la Corporación- no se ciñe a los moldes tradicionales que informan el Derecho penal general o común porque su mira va dirigida a la modalidad y a la eficiencia del buen servicio público, entendido como una institución. Su base o fundamento es de tipo técnico, administrativo y político. Es más de inspiración social y estructural que individual y de allí que no puedan ser elementos suyos los atinentes a la tipicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, etc, con el rigor con que son analizados como si se tratara de una cuestión penal *strictu sensu.* Las sanciones disciplinarias, independientes de las penas por delitos estrechadamente ligadas a ellas ontologicamente hablando, se hallan, un vez impuestas, bajo el beneficio de la presunción de legalidad, y por tanto, hacen fe provisoriamente en justicia. Ellas se imponen ante la presencia de una falta institucional o disciplinaria que afecta la marcha de un establecimiento o institución. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sent. 13 de abril de 1988 (Exp. 2760).).

3°) En el caso *sub-lite*, la Sala ha revisado el expediente disciplinario contenido en las pruebas traídas a este proceso contencioso-administrativo (cuaderno N° 3) y observa, como lo observó el *a-quo,* que si bien es cierto que el Procurador Regional de Popayán no analizó con todo por menor todos los detalles de que dan cuenta las cincuenta y cinco declaraciones de testigos, ni todas y cada una de las inspecciones judiciales ni todas y cada una de las piezas obrantes en el proceso penal, sí hizo una apreciación *conjunta* de ellas conforme a la finalidad y al objetivo del Derecho Disciplinario. Basta leer la parte motiva de la resolución N° 154 de 1984 (octubre 4) expedida por el Procurador Regional de Popayán y compararla con las pruebas en cuestión para determinar que no hubo quebrantó alguno de derecho de defensa -en el aspecto disciplinario y probatorio - que asistía al funcionario público investigado y finalmente sancionado. Efectivamente, fueron observadas plenamente las formas propias del "juicio" disciplinario, se le oyó en descargos, se atendieron todas sus solicitudes, más el conjunto de ello llevó a la conclusión de su responsabilidad como funcionario acerca de las anomalías que ocurrían en el seno de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Popayán.

4°) Juzgáronse en este caso, por el Tribunal Administrativo del Cauca y ahora se juzgan por esta Sala, en apelación, tres actos administrativos cuya conexidad o ligazón resulta incontrovertible. Atacado directamente el primero de ellos con apoyo en sus antecedentes y arguyéndose que quebranta el derecho de defensa e indirectamente los otros dos como consecuencia obvia de lo que resulte contra aquél, la presunción de legalidad que los ampara como prerrogativa de su naturaleza ha sido puesta en duda. Mas la legitimidad de esos actos, su regularidad, su supuesto de perfección, como lo anotó con acierto el Tribunal y lo corroboró la Fiscalía Quinta del Consejo, no ha sido contradicha por el actor, dado que ni la resolución del Procurador Regional de Popayán, ni de contera, los otros que fueron consecuencia

lógica, no burlaron, como lo pretendió la demanda, el derecho de defensa a que se refiere el art. 26 de la Constitución.

Por ello, por consiguiente, imponése la confirmación de la sentencia apelada.

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

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada de 25 de junio de 1987 dictada en este asunto por el Tribunal Administrativo del Cauca.

No hay lugar a costas.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ALCALDE/ COMPETENCIA/ EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CUCUTA-Directivos

El alcalde municipal de Cucutá carece de competencia para nombrar y remover al personal de las Empresas Municipales de Cúcuta, con excepción del Gerente, y por consiguiente, el nombramiento y la separación del actor del ejercicio de sus funciones como director administrativo y financiero de las citadas empresas, no era de competencia del Alcalde, sino de la persona jurídica del orden municipal " Empresas Municipales de Cúcuta ", organismo que no fue demandado. Le asiste el derecho al actor a que se anule el acto acusado por haber sido dictado por autoridad que carecía de competencia para proferirlo, pero no le asiste razón para que la jurisdicción le autorice su reintegro, por carecer del derecho a ser nuevamente investido como empleado público de una empresa a la cual llegó por acto de funcionario incompetente, y porque esta jurisdicción no podría ordenar al municipio a dictar un acto de reintegro.

DECLARASE LA NULIDAD del decreto 016 del 15 de enero de 1987 proferido por el Alcalde del Municipio de Cucutá.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio doce (12) de mil novecientos noeventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 3622. Actor : Pedro León Díaz Sánchez. Asuntos Municipales.

PEDRO LEON DIAZ SANCHEZ, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad del Decreto Municipal N° 016 del 15 de enero de 1987, mediante el cual fue separado de las funciones de Director Administrativo y Financiero de las Empresas Municipales de Cúcuta.

Como hechos que su petición, señala que por su idoneidad profesional, el Alcalde de Cúcuta lo designó como Director Administrativo y Financiero del estableciemiento público " Empresas Municipales", mediante Decreto 043 del 31 de enero de 1986, cargo del cual tomó posesión el 25 de febrero de 1986 ante el Alcalde y el Secretario General de la Alcaldía. Señala , que con el cambio de Alcalde, en la administración del sucesor se produjeron despidos de personal, calificados como clientelistas, al cual no escaparon los empleados de las Empresas Municipales. Agrega que por versiones periodísticas se advirtieron presuntas irregularidades en dicha empresa, consistentes en excesivos salarios y falta de posesión en el cargo desempeñado por el actor, hecho éste que condujo a la expedición del acto acusado.

Como normas violadas cita las siguientes : Artículos 7, literal d) del Acuerdo 13 de 1961, estatutos del establecimiento municipal; 294 y 296 del C.R.M. y 26 de la C.N.

Finalmente, ataca el acto acusado por haber sido proferido por autoridad incompetente, pues no era el Alcalde quien debía producirlo, sino el Gerente de las Empresas Municipales según los estatutos, y de otra parte se le reiteró sin haber sido oído ni vencido en juicio.

El Municipio de Cúcuta se presentó al proceso mediante apoderado y se opuso a las pretensiones de la demanda, expresando que el Alcalde actúo así, ante las denuncias de la ciudadanía, por cuando se estableció que el actor no había tomado posesión del cargo que desempeñaba, pues no se halló el acta de posesión en la Alcaldía, en las Empresas Municipales, ni en la Contraloría, a lo cual se debía agregar que devengaba como Director Administrativo, en pesos Colombianos, $65.753 más $42.803 por gastos de representación y un mil seiscientos dólares mensuales.

Se expresa en el memorial, que el actor fue retirado con fundamento en que no había tomado posesión del cargo, el demandante no allega la prueba idónea de ella para controvertir el acto acusado.

En el término del traslado para alegar de conclusión, la parte actora señala que en la inspección judicial practicada en las dependencias del Departamento Administrativo de Seguridad " DAS " , se estableció que el demandante obtuvo su certificado judicial para tomar posesión de un cargo público e igualmente el Alcalde de la época, declaró haberle dado posesión y en consecuencia está plenamente probado que sí tomó posesión como Director Administrativo y Financiero de las Empresas Municipales de Cúcuta y que el error consistió en confundir " el acto de posesión con el acta de posesión . El hecho con la prueba".

La apoderada del Municipio de Cúcuta, reitera sus apreciaciones consignadas en la contestación de la demanda, y en especial agrega que, el actor aprobó documento que lo acreditara como un funcionario vinculado regularmente a las Empresas Municipales de Cúcuta, ya que no fue vinculado por acuerdo de la Junta

Directiva ni aparece acta de posesión y tampoco fue vinculado mendiante contrato y " su permanencia irregular en las Empresas Municipales de Cúcuta le costó al Muncipio de Cúcuta y al plan del nuevo acueducto de Cúcuta, la no despreciable suma de Dieciseis mil ochocientos dólar"es, por cuenta de un contrato que nunca existió como lo afirma el Gerente. "

El Fiscal 1° del Tribunal de Cúcuta conceptúa que no quedó demostrado que el Alcalde de Cúcuta, no era competente para nombrar y remover a los empleados de las empresas municipales y por lo tanto este cargo no puede prosperar.

Pero añade que, a su juicio esta probado por el actor sí tomó posesión por las declaraciones y certificaciones allegadas y por lo tanto la motivación del acto administrativo no fue verdadera.

Concluye que hubo una desviación de poder, por motivarse falsamente la providencia ya que al estarse investigando el hecho por la Procuraduría, ha debido esperar la correspondiente decisión, pues el acto acusado vino a constituir una verdadera sanción disciplinaria y por tal motivo debe accederse a las pretensiones de la demanda.

El Tribunal Administrativo de Cúcuta mediante fallo, niega las súplicas de la demanda y ordena compulsar copias para que se efectuén las investigaciones de carácter penal y administrativo por posible violación al estatuto cambiario y el pago doble de salarios, uno de ellos en dólares, hecho al actor PEDRO LEON DIAZ SANCHEZ.

Para tomar la decisión, el Tribunal analiza las diferentes situaciones debatidas en el proceso y concluye que no quedó demostrado en el expediente, que el Alcalde no fuera el competente para nombrar y remover al actor, así tampoco que con él se le sancionara, y en cambio sí encontró como irregular que un supuesto empleado no hubiera tomado posesión del cargo y que además estuviera precibiendo remuneraciones en pesos Colombianos y en dólares, contrariando así al artículo 64 de la C.N. y por consiguiente obró adecuadamente al separar del ejercicio de sus funciones a quien no estaba vinculado en las formas establecidas legalmente, sin que ello constituyera una sanción y además sin que se estableciera que su desvinculación tuviera un origen político.

Para resolver se considera :

1) El demandante ataca el acto acusado, con base en la incompetencia del Alcalde para removerlo y además en que el acto de retiro constituyó en el fondo una destitución al no dársele oportunidad de ser oído y vencido mediante un proceso disciplinario. Igualmente deja entrever que el retiro pudo tener como causa móviles políticos.

2) La entidad " Empresas Muncipales de Cúcuta", es un establecimiento público municipal, creado mediante el Acuerdo N° 013 del día 28 de marzo de 1961 del Concejo Municipal de Cúcuta. Los artículos 1° y 2° , preceptúan :

Artículo 1° :

" Créase la entidad EMPRESAS MUNICIPALES DE CUCUTA, la cual tendrá autonomía administrativa, con personería jurídica, y patrimonio aportado directamente por el Municipio de Cúcuta.-

Artículo 2°:

"La entidad EMPRESAS MUNICIPALES DE CUCUTA, que se crea y organiza por el presente Acuerdo tiene como función específica la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarrillado, aseo, recolección de basuras, mercados, matadero y todos aquellos que sean necesarios para el desarrollo del Municipio, además de los que en el futuro le asigne el Concejo Municipal. Asimismo deberá fomentar el desarrollo de la prestación de servicios públicos en el Municipio para lo cual podrá efectuar toda clase de contratos con cualquiera persona o entidad nacional o extranjera y dar en garantía los bienes que se adscriben.- "

3) La designación del Director Administrativo de dicha empresa, le corresponde hacerla al Gerente de tal entidad, quien debe someterla a la aprobación de la Junta Directiva, según lo determina el literal d) del artículo 7° de los citados estatutos.

" Artículo 7° :

" Son funciones de la Junta Directiva :

" . . . "

" d) *Aprobar los nombramientos* de los empleados *que haga la Gerencia.* " (se subraya).

La función transcrita se halla en un todo de acuerdo con la atribución del Artículo 184 de la ley 4ª de 1913, vigente para la época de expedición del citado acuerdo, según la cual, es atribución del Alcalde, " nombrar los empleados municipales, *siempre* que la designación no *esté atribuida a otra autoridad.* "Igualmente, y para la fecha de expedición del acto acusado, el día 15 de enero de 1987, el Decreto ley 1333 de 1986 y en especial de la lectura de los artículos 130, 132 literal 7° y 294, se concluye que el Alcalde Municipal, tenía competencia para nombrar y remover sus agentes, los empleados de su oficina y los empleados de la administración central.

Textualmente dicen estas disposiciones legales :

Artículo 130 :

" El Alcalde es el jefe de la administración pública en el Municipio y ejecutor de los acuerdos del Concejo. Le corresponde dirigir la acción administrativa, nombrando y separando libremente sus agentes y dictando las providencias necesarias en todos los ramos de la administración . "

Actualmente esta disposición, está contenida en el artículo 5° de la Ley 49 de 1987.

(. . .)

Artículo 132 :

" Las atribuciones generales de los Alcaldes son las siguientes :

(. . .)

7ª Nombrar y remover libremente los empleados de su oficina ;

(. . .)

Artículo 294 :

" La expedición de actos relacionados con el nombramiento; remoción y creación de situaciones administrativas del personal que presta sus servicios en la administración central de los Municipios corresponde a los Alcaldes. Estas atribuciones las podrán delegar conforme a las autoridades que para el efecto reciban de los Concejos. "

Del exámen del Código del Régimen Municipal y de los textos transcritos, en armonía con los estatutos de la Empresa, se concluye que el Alcalde Municipal de Cúcuta carece de competencia para nombrar y remover al personal de las Empresas Municipales de Cúcuta, con excepción del Gerente, y por consiguiente, el nombramiento del actor del ejercicio de sus funciones como Director Administrativo y Financiero de las Empresas Municipales de Cúcuta, no era de competencia del Alcalde Municipal de Cúcuta, sino de la persona jurídica de derecho público del orden Municipal " Empresas Municipales de Cúcuta ", organismo que no fue demandado y que no se presentó al presente proceso en ningún momento.

4) En la demanda promovida por el actor se ejercitó la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual contempla, de una parte la anulación del acto administrativo ilegal, y de la otra, el restablecimiento del derecho subjetivo del interesado, pero supeditado a que dicho derecho exista, pues sino existe, mal puede la jurisdicción contencioso administrativa, ordenar su restablecimiento, ya que no puede serle atribuido al patrimonio jurídico de una persona, un derecho que no tiene.

En este sentido se pronunció la Sección Segunda de esta Corporación, con ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, expediente 2339 de 15 de noviembre de 1990, Actor LUIS FRANCISCO RIOS PEREZ, Se dijo en esa oportunidad lo siguiente:

> " Ahora bien, como se venía explicando *ut supra,* la acción de restablecimiento del derecho (la misma que antes se conocía con el nombre de " acción de plena jurisdicción " (art. 667, C.C.A. , ley 167 de 1941) y hoy " acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 15, decreto ley 2304 de 1989), aunque en verdad es típicamente de carácter subjetivo (" Toda persona que se crea lesionada en un *derecho suyo*. . . "), guarda estrecha armonia (sic) con la acción de nulidad simple (tutelar del derecho objetivo), puesto como se deriva de la simple lectura del art. 84 del C.C.A. vigente, los motivos que se pueden invocar por el demandante, en una o en otra acción, son comunes. De allí que de una de las pretensiones que contempla la acción de restablecimiento del derecho *sea la anulación del acto administrativo* y que la otra, consecuencia de los resultados favorables de ésta, el restablecimiento en su derecho. Mas logicamente que ese restablecimiento está supeditado a que *el derecho subjetivo* del *interesado,* exista, porque si no existe, mal puede restablecersele en algo que nunca ha estado en el patrimonio jurídico de esa persona. Esto último fue lo que observó el Tribunal en el caso particular del actor, vio cómo las simples irregularidades de los actos que declaró nulos no lesionaron ningún derecho suyo, por lo cual denegó esa pretensión. La Corporación no encuentra, por ende, que por lo anotado, la sentencia que se analiza haya quebrantado las formas propias de este juicio, dado que la pretensión del restablecimiento del derecho que contempla el art. 35 no es una consecuencia necesaria de la pretensión de la anulación del acto, sino que obedece también como se ha explicado, a que el derecho del demandante *realmente* se haya lesionado por el acto que se anula.
>
> No prospera, por consiguiente, este primer cargo"

De acuerdo a lo expuesto, la Sala considera que al actor en el presente caso, si bien asiste el derecho a que se anule el acto acusado por haber sido dictado por autoridad que carecía de la competencia para proferirlo, no le asiste razón de una parte, para que la jurisdicción le autorice su reingreso, por carecer del derecho a ser nuevamente investido como empleado público de una empresa a la cual llegó por acto de funcionario incompetente, pues fue nombrado por el Alcalde de Cúcuta y de otra, porque esta jurisdicción no podría ordenar al Municipio, a sabiendas de su incompetencia para nominar empleados en la Empresa Municipal de Cúcuta, a dictar un acto de reintegro, como lo exige en caso de condena el artículo 170 del C.C.A. Tampoco podría ordenarle a las Empresas Municipales el pago de salarios y prestaciones sociales, pues no es procedente condenar a una persona que no fue demandada y que en ningún momento se constituyó en parte dentro del proceso contencioso-administrativo. Debe advertirse que no quedó debidamente probado que el actor haya tomado posesión del cargo, así como que su retiro se debiera a móviles de carácter político. En particular, debe señalarse que el actor no aportó el

acta de posesión, ni solicitó la práctica de las inspecciones judiciales que condujeran a su establecimiento. De otra parte, mal podría ordenarse en este caso un reintegro, dada la irregular situación salarial del actor.

En efecto, es principio general en la función pública nacional, en todos sus niveles, que *ningún funcionario puede tener salario distinto al señalado en las escalas salariales correspondientes a las distintas categorías de empleados, como lo señala con extraordinaria nitidez, la regla 3ª del artículo 197 de la Carta.*

Por los motivos antes expuestos, la sentencia apelada deberá ser modificada, en el sentido de revocar el artículo primero de la parte resolutiva y confirmar su restante articulado.

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 autoridada de la ley, en desacuerdo con el concepto Fiscal,

F A L L A :

PRIMERO : *REVOCASE EL ARTICULO PRIMERO DE LA SENTENCIA APELADA Y EN SU LUGAR SE DISPONE :*

DECLARASE LA NULIDAD DEL DECRETO 016 DEL 15 DE ENERO DE 1987, PROFERIDO POR EL ALCALDE DEL MUNICIPIO DE CUCUTA.

SEGUNDO : Niéganse las demás súplicas de la demanda, y en especial la solicitud de reintegro del actor.

TERCERO : Confírmanse los artículos segundo, tercero y cuarto del fallo apelado.

CUARTO : En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintiseis (26) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/ PENSION DE JUBILACION/ REAJUSTE PENSIONAL

Para el personal docente, no existe disposición legal especial aplicable al caso objeto de la controversia; sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que al docente se le ha otorgado pensión de jubilación y continúa prestando sus servicios docentes debe reliquidársele su pensión de jubilación, con base en el promedio de sueldos del último año de servicios anterior a su retiro definitivo del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Diego Younes Moreno.

Referencia : Expediente Nº 5131. Actor : Alfonso López Villate. Autoridades Departamentales.

El docente, ALFONSO LOPEZ VILLATE, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó se decrete la nulidad del acto administrativo negativo originado mediante el silencio administrativo, por parte de la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE BOYACA y según el cual se niega la reliquidación de su pensión de jubilación, con el objeto de que una vez efectuada la anterior declaración, se ordene la reliquidación correspondiente.

Como hechos de la demanda, el actor expresa que según Resolución Nº 0057 del 24 de Enero de 1984, la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEPARTAMENTAL, le confirió su pensión de jubilación, habiendo continuado prestando sus servicios docentes sin solución de continuidad, al Departamento, hasta el día primero de diciembre de 1986 fecha a partir de la cual le fue aceptada su renuncia mediante el

Decreto Departamental N° 001283 del 12 de Diciembre de 1986. Expresa el actor, que como luego de la concesión de su pensión de jubilación, laboró durante dos años, diez meses y siete días, tiene derecho a que se le reliquide su pensión con el sueldo promedio del último año de servicio.

Aceptada su renuncia, señala el actor, que solicitó mediante escrito de 16 de Octubre de 1987, a la CAJA NACIONAL DE PREVISION, la reliquidación de su pensión de jubilación y transcurridos más de tres meses sin que obtuviera respuesta, interpuso en escrito de 24 de Febrero de 1988, los recursos de reposición y apelación, sin que hubiera obtenido respuesta y por consiguiente con fecha 7 de Julio de 1988, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá. Como normas violadas, cita las siguientes : Artículo 19 de la Ordenanza N° 23 del 9 de Diciembre de 1959 de la Asamblea de Boyaca; 27 del Decreto 3135 de 1968; 73 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969; 93 del Decreto Departamental N° 1362 del 26 de Junio de 1987 y 31 del C.C.A.

La Caja de Previsión Social de Boyacá, se opuso a las pretensiones de la demanda expresando que no existe constancia en el proceso de que el demandante, una vez se retiró del servicio, haya sido reintegrado, para que le asista derecho a la reliquidación y normalmente se le ha reajustado la pensión como lo ordena la ley 4 de 1976. Expresa, con apoyo en el fallo de 9 de abril de 1984 del Consejo de Estado, que al actor le fue liquidada su pensión con base en el último año de servicio que " es aquel que termina el día en que se reuna en el tiempo los requisitos que la ley exige para que se adquiera la mencionada prestación ", que en el caso de la demanda lo fue entre el 13 de Agosto de 1978 y el 12 del mismo mes del año siguiente, pues la entidad no habría podido tener en cuenta al liquidar la pensión, de un año de sueldos que aún no había servido el demandante.

En el término del traslado para alegar de conclusión el demandante reafirmó sus pretensiones y reiteró el derecho que le asiste para demandar.

La Caja de Previsión Departamental, guardó silencio.

La Fiscal Tercero del Tribunal, solicita se denieguen las pretensiones del demandante porque este no se desvinculo del servicio luego de serle reconocida su pensión y "la liquidación que de la misma hizo la entidad de previsión es correcta y no está sometida a ser revisada con el último año de servicio prestado por el demandante."

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia, declaró " agotada la vía gubernativa por haberse producido el fenómeno del silencio administrativo de la Caja de Previsión Social de Boyacá " y declaró la nulidad del acto ficto negativo, con el cual, se le negó la reliquidación de la pensión al actor, y ordenó a la Caja reliquidarla.

Para tomar la decisión, el Tribunal señala que los reajustes pensionales del magisterio se delimitan en las figuras del reajuste pensional por reincorporación,

que no es la que se plantea en la demanda, y la reliquidación pensional por retiro definitivo del docente, figura esta última que es la que se ha originado en el presente caso.

Con base en las sentencias del Consejo de Estado, Sección Segunda, de fechas 15 de noviembre de 1983, procesos 5705 y de 21 de septiembre de 1988, expediente 1692, esta última con ponencia del doctor ALVARO LECOMPTE LUNA , concluye que al docente le asiste el derecho a que le sea reliquidada la pensión de jubilación con base en el último año de servicios luego de serle otorgada la pensión de jubilación. En grado de consulta, el Consejo de Estado le dio el trámite correspondiente y el Fiscal Noveno del Consejo de Estado, luego de analizar el debate procesal solicita se confirme la sentencia consultada.

Para resolver se considera :

1) El actor en la demanda no se muestra inconforme con la liquidación y año de servicio que la Caja de Previsión Social del Departamento tomó como base para liquidarle su pensión de jubilación mediante la Resolución N° 0057 de 1983. Su petición la orienta exclusivamente para que se le reliquide dicha pensión, con el promedio del sueldo básico y demás factores salariales que devengó en el último año de servicios y con posterioridad al otorgamiento de su pensión, por haber continuado laborando durante más de dos años, según quedó comprobado en el expediente y lo cual no fue objetado por la entidad demandada.

2) Para el personal docente, no existe disposición legal especial aplicable al caso objeto de la controversia ; sin embargo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que al docente que se le ha otorgado pensión de jubilación y continúa prestando sus servicios docentes, debe reliquidarsele su pensión de jubilación, con base en el promedio de sueldos del último año de servicios anterior a su retiro definitivo del servicio. En los términos antes señalados se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, Exp. N° 3994, mediante sentencia de 13 de octubre de 1989 : (Publicada en extractos de Jurisprudencia Tomo V p. 186).

" Entonces, si bien es verdad que no hay precepto alguno que se dirija a la situación especialísima de los maestros oficiales que, una vez reconocida y liquidada la pensión jubilatoria, han seguido al servicio de la enseñanza pública, devengando coetaneamente las mesadas de pensión y los sueldos y primas del caso, que su pensión les sea reliquidada o reajustada teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en el último año inmediatamente precedente al retiro definitivo. Porque si a los pensionados que retornan al servicio se les reliquida o reajusta la prestación, también es lógico y de elemental justicia - que se dé el mismo tratamiento a quienes, por disposición de la ley, pueden continuar en el empleo pese a que ya se les reconoció y les está pagando la pensión jubilatoria."

3) Por consiguiente, le asiste razón al Tribunal Administrativo, y la sentencia deberá confirmarse, haciendo la aclaración de que no es necesario declarar la nulidad de un acto que no existe en la realidad como lo hizo el Tribunal.

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

F A L L A :

PRIMERO : CONFIRMASE LA SENTENCIA CONSULTADA.

SEGUNDO : En firme este proveído devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día de diecinueve (19) de junio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Ausente; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FER/ LEGITIMACION POR PASIVA

La actora al momento de su desvinculación del servicio era funcionaria del Fondo Educativo Registro del Distrito Especial de Bogotá organismo nacional dependiente del Ministerio de Educación sin personería jurídica encargado de administrar los recursos para el funcionamiento de la educación en ese Distrito Especial, y por tanto, tenía la condición de empleada pública del orden nacional, circunstancia que determinaba la necesidad de dirigir la demanda contra la Nación, Ministerio de Educación, en razón de la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales. Habiéndose encaminado la presente acción contra el Distrito Especial de Bogotá y contra la Nación, se configura la ausencia de legitimación en la causa pasiva.

ABANDONO DEL CARGO

La accionante, sin que mediara la aceptación de su renuncia dejó de concurrir a su trabajo sin justa causa, conducta configurativa de abandono del cargo, el cual se encuentra tipificado en la legislación laboral adtiva, como causal lícita para disponer la separación del servicio público del funcionario que en él incurre.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E. , julio doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 9779 - 793. Actora : Ana Gladys Rodríguez Rubiano. Asuntos Municipales.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del Distrito Especial de Bogotá contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 27 de noviembre de 1981, en el proceso

promovido por Ana Gladys Rodríguez Rubiano con el fin de obtener la nulidad del Decreto 1835 de 5 de diciembre de 1978, expedido por el Alcalde Mayor del mencionado Distrito Especial, mediante el cual, a partir del 25 de septiembre de ese año, fecha del vencimiento de una licencia sin remuneración de que disfrutaba, se le aceptó la renuncia del cargo de Maestra escalafonada en primera categoría Zona Nº 6-C Concentración María Cano, dependiente de la División de Enseñanza Primaria. Asimismo, la actora a título de restablecimiento del derecho, solicitó su reintegro a dicho cargo y el pago de los haberes dejados de percibir a consecuencia de la expedición del acto acusado.

En la demanda se citaron como violados por la Administración de los artículos 16, 20, 30 y 62 de la Constitución Política y los artículos 25, 26, 27, 40 y 61 del Decreto 2400 de 1968 y 113 y 114 del Decreto 1950 de de 1973, cuyo concepto de transgresión se expuso en la forma como aparece a folio 11 del expediente.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada, accedió a las súplicas de la demanda, por cuanto consideró que la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá al proferir el acto demandado desconoció el procedimiento administrativo de la aceptación de la renuncia, toda vez que la admitió después de transcurridos 30 días desde la fecha de su presentación, siendo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, la Administración goza sólo de este término para pronunciarse positiva o negativamente sobre la aceptación de la dimisión de sus empleados.

Agregó el *a-quo,* que la demandante cuando renunció de su cargo se hallaba disfrutando de una licencia ordinaria y que "... cuando el empleado, encontrándose disfrutando de una licencia, hace uso, por escrito y en forma inequívoca, del derecho de renunciar del cargo, en un acto discrecional suyo, la Administración está obligada a darle un trámite regular a esta solicitud, no de cualquier manera sino de conformidad con la ley que, para el caso en estudio ha debido dar origen a una decisión de la Administración en uno de los siguientes sentidos : No aceptando la renuncia si existían motivos notorios de conveniencia pública, según el art. 112 del Decreto 1950 de 1973, aceptándola, con el señalamiento de la fecha en que se haría efectiva ' que no podía exceder de 30 días a partir de la fecha de su presentación ', pues, de lo contrario, ' el empleado podía separarse de su cargo sin incurrir en abandono del cargo', aunque si resuelve no hacerlo, ' la renuncia no tendrá efecto alguno ." (fl.6).

La Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, por intermedio de su apoderada, recurrió en apelación el fallo comentado, argumentando, entre otras cosas, que la Ley 167 de 1941, vigente cuando se inició la acción, en el numeral 1º) del artículo 84 disponía que en la demanda se designaran las partes y sus representantes, requisito que también exigía el Decreto Nº 01 de 1987 en el numeral 1º) del Art. 137 y, en el libelo incoativo del proceso, se expresó que la parte demandada está constituida por el Distrito Especial de Bogotá, cuando ha debido indicarse como tal la Nación, porque el acto acusado lo profirió la Junta Administativa del Fondo Educativo Regional " FER ", los cuales son de orden nacional. Por lo

tanto, al existir error en la designación de la parte demandada, pues ha debido señalarse como tal a la Nación - Ministerio de Educación Nacional.- se presente la ineptitud de la demanda. (fls. 47 y 48).

De igual manera, la parte demandada alegó que la accionante no trabajar a la Secretaría de Educación del Distrito desde el 25 de septiemb fecha en que se le venció la licencia sin remuneración que go desprende del oficio # 410-5664 de 13 de octubre de 1980, sus la División de Personal de la Secretaría de Educación del Bogotá. En consecuencia, concluye la parte recurrente, en Decreto #1835 de 1984 por el cual se admitió la dimisión de la expedido el 5 de diciembre de 1978, en virtud de que el Decreto contentivo del estatuto de Personal del Distrito Especial de Bogotá, en sus a os 53 y 54, prescriben que la renuncia no tendrá ningún efecto luego de transcurridos 30 días desde su presentación, siempre que el dimitente continúe en el desempeño del respectivo cargo y, en el presente caso, la actora no continúo prestando sus servicios a la entidad, lo cual significa que su renuncia si tuvo su efecto.

Y agrega :

" De no haber sido así las cosas, se le hubiera podido endilgar a quien la demanda, abandono del cargo, pero como venía disfrutando de una licencia sin remuneración, y con posterioridad renunció, repito que nada afectó en que después de los treinta (30) días, se hubiera proferido el Decreto N° 1835 de Diciembre de 1978, pues este se dictó conforme a la ley sin desviación de poder, simplemente se aceptó una renuncia de una maestra y como ya lo dije, se hallaba disfrutando de una licencia sin remuneración y *que además no se volvió a vincular a la Administación Distrital a ejercer el cargo luego de dicha licencia.* " (folios 49 y 50). (Subrayamos).

Reconstruido el proceso de conformidad con las prescripciones establecidas en el Decreto 3825 de 1985, se dispuso que quedaba para resolver el recurso de alzada, a lo cual se procede, previa las siguientes

CONSIDERACIONES :

A esta Corporación, corresponde conocer de la juridicidad del fallo impugnado, en virtud de la interposición del recurso de alzada parte de la Alcaldía Mayor del Distrito Especial de Bogotá, y por el Fiscal 7o. del Tribunal, funcionario que también recurrió la sentencia de primera instancia.- (fls. 28 y ss.).

La Sala observa que, inequivocamente, la demanda se dirigió contra el Distrito Especial de Bogotá, pues al designar las partes del proceso se expresó en el libelo :

" La parte demandada está constituída por el Distrito Especial de Bogotá, representado por el doctor Hernando Durán Dussán." (folio 11).

No obstante, es preciso tener en cuenta que por disposición de la Ley 43 de 1975, la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá, los Municipios, las Intendencias y las Comisarías se nacionalizó; que los Fondos Educativos Regionales se encargan de administrar descentralizadamente, en nombre de la Nación, los recursos fiscales y el personal docente y administrativo de los planteles educativos oficiales; que los Gobernadores, Intendentes, Comisarios, y el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá, en cada caso, en razón de la delegación hecha por el Gobierno Nacional a través del respectivo contrato interadministrativo, ostentan la facultad nominadora en relación con los funcionarios, tanto de los planteles educativos como administrativos del Fondo Educativo Regional correspondiente, los cuales tienen el carácter de empleados del orden nacional, con vinculación legal y reglamentaria con la Nación y no con el respectivo Departamento, Intendencia, Comisaría, o con el Distrito Especial de Bogotá y que, en consecuencia, los Gobernadores, Intendentes, Comisarios y el Alcalde Mayor de Bogotá, cuando actúan como Presidente de la Junta Administradora del FER de la entidad territorial que presiden, actúan como Agentes del Gobierno Nacional y comprometen al Gobierno Nacional y no al local que regentan.

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, la actora al momento de su desvinculación del servicio era funcionaria del Fondo Educativo Regional del Distrito Especial de Bogotá, organismo nacional dependiente del Ministerio de Educación Nacional, sin personería jurídica, encargado, como se dijo, de administrar los recursos para el funcionamiento de la educación en ese Distrito Especial y, por tanto, tenía la condición de empleada pública del orden nacional, circunstancia que determinaba la necesidad de dirigir la demanda contra la Nación - Ministerio de Educación Nacional-, en razón, se insiste, de la nacionalización de la educación primaria y secundaria oficiales, dipuestos por la Ley 43 de 1975.

Habiéndose encaminado la presente acción contra el Distrito Especial de Bogotá y no contra la Nación como era lo procedente, se configura la ausencia de legitimación en la causa pasiva, lo que determina la improcedencia de proferir decisión de fondo y la perentoriedad de declarar la inhibición para decidir sobre las súplicas del libelo.

De otra parte, la Sala no puede dejar de observar que el despacho favorable de las pretensiones de la accionante, como lo decidió el *a-quo,* implica el desconocimiento flagrante de una evidente verdad procesal, consistente en el hecho de que aquella, desde el mismo día que presentó su dimisión, motu propio, dejó de prestar sus servicios a la entidad, como el mismo Tribunal lo reconoce en el fallo impugnado.

En efecto, según consta en el expediente, el Jefe de la División de Personal de la Secretaría de Educación del Distrito Especial de Bogotá, al ser requerido para que informara si la demandante se había reincorporado a su cargo a partir del 25 de septiembre de 1978, es decir el día en que venció la licencia de que gozaba (fl. 131 vuelto), respondió tajantemente que a partir de la fecha indicada, a la señorita Ana

Gladys Rubiano " no le figura nueva vinculación al Magisterio de la Secretaria de Educación" (fl. 132 vuelto).

Significa lo anterior que la accionante, sin que mediara la aceptación de su renuncia dejó de concurrir a su trabajo sin justa causa, conducta configurativa de abandono del cargo, el cual se encuentra tipificado en la legislación laboral administrativa, como causal lícita para disponer la separación del servicio público del funcionario que en él incurre.

De suerte, que ordenar el reintegro al servicio oficial de una persona que carecía indiscutiblemente del derecho de permanecer en él y disponer el restablecimiento de prerrogativas que por inexistentes no pudieron vulnerarse, repele a la concepción de justicia y equidad y a los principios orientadores, que de acuerdo con el ordenamiento jurídico, deben imperar en el manejo de la función pública o de los recursos humanos al servicio del Estado.

Las consideraciones anteriores son suficientes para revocar la sentencia apelada y, en su lugar, declarar la inhibición para hacer un pronunciamiento de fondo en el presente proceso.

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:

1°) Revócase la sentencia de 27 de noviembre de 1981, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado por Ana Gladys Rodríguez Rubiano, con el fin de obtener la nulidad del Decreto 1835 de 1978, expedido por el Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá.

2°) declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 19 de Junio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/ REINTEGRO/ SENTENCIA-Cumplimiento/ **NOTIFICACION**

Si la actuación se realizó a petición del apoderado de la parte demandante, es obvio que a está o a su apoderado debió notificarse o por lo menos, comunicarse el acto de reintegro y como no se hizo así, dicho acto no pudo producir sus efectos jurídicos respecto de la accionante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá D.E. , julio quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 996. Actor :Carmen María Rodríguez de Narvaez. Resoluciones Ministeriales. Reconstrucción - Apelación Sentencia.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante apoderado, contra la sentencia de once (11) de marzo de 1983 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual se negaron las súplicas de la demanda (Fl.11).

ANTECEDENTES

Se demandó la nulidad de la Resolución N° 04156 de marzo 24 de 1980 del Ministerio de Educación Nacional, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la actora por no haberse presentado a ejercer en la Normal de Varones de Corozal, Sucre, al cual fue reintegrada por orden judicial.

Los HECHOS pertinentes de la demanda pueden resumirse así :

a) La accionante quien prestaba sus servicios en la Normal de Señoritas de Monpos (Bolívar) fue declarada insubsistente mediante Resolución N° 3082 de mayo 11 de 1976.

b) Se demandó el acto anterior y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca por sentencia de febrero 23 de 1979 declaró su nulidad y ordenó el consiguiente restablecimiento del derecho (Fls. 70-77). Esta Corporación en fallo de junio 7 de 1979 confirmó el fallo del Tribunal.

c) Por resolución N° 16178 de septiembre 24 de 1979 se ordenó el reintegro de la accionante a la Normal de Varones de Corozal, Sucre (Fl.97).

d) Por resolución N° 04156 de marzo 24 de 1980, acto enjuiciado, se declaró la insubsitencia del nombramiento de la accionante por no haberse presentado a ejercer el cargo (Fl.50).

El Tribunal estimó en el fallo apelado que no podía accederse a las pretensiones de la demanda, entre otras, por las siguientes razones :

> " En efecto, en parte alguna del proceso aparece que la actora, no obstante haber enjuiciado la primera decisión con resultados favorables, se hubiera interesado en manifertarle a la administración su domicilio o dirección donde se la pudiese informar de cualquier decisión al respecto.
>
> En tales condiciones, el nominador, obrando con lógica, lo hizo a este Tribunal que había definido la controversia y a la dirección del lugar a donde se le radicó para reintegrarla a las labores en cumplimiento de la decisión judicial antes comentada ". (Fl.10).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en concepto que obra a folios 110-111, se abstiene de emitir concepto y solicita que mediante auto para mejor proveer se ordenen unas pruebas que echa de menos en el expediente.

Se reconstruyó el proceso en los términos del Decreto 3825 de 1985 y por auto de septiembre 9 de 1987 se declaró la reconstrucción.

Al no observarse causal de nulidad procesal que pueda invalidar la actuación, se procede a decidir, previas las siguentes,

CONSIDERACIONES

Como se desprende del fallo recurrido, se enjuicia la Resolución N° 4156 de marzo 24 de 1980 que en su artículo único dispuso : " Declárase insubsistente el nombramiento de la Profesora Carmen María Rodríguez de Narváez por no haberse presentado a ejercer el cargo". (Fl.50).

El cargo principal que se hace al acto acusado, es el de que no se notificó ni comunicó a la demandante ni a su apoderado, la decisión de reintegro contenida en la Resolución N° 16178 de septiembre 24 de 1979. (Fl.97).

Como el acto enjuiciado invoca en sus considerandos la Resolución N° 16178 y afirma que ésta se notificó a la accionante, se precisa dilucidar este aspecto, que es precisamente el punto central de la controversia.

En el hecho 5° de la demanda se afirma que :

"... mediante memorial del 26 de junio de 1979, radicado en el Ministerio de Educación Nacional, solicitó (el apoderado) que se le diera cumplimiento a los ordenamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa, disponiendo el reintegro al cargo de la señora Rodríguez de Narváez y el pago de sueldos dejados de percibir durante el lapso en que estuvo por fuera del servicio ". (Fl.5).

Lo anterior permite deducir que la decisión de reintegro por parte de la administración, se derivó de la petición del señor apoderado de la accionanre y no de la comunicación que sobre el particular debió enviar la jurisdicción por conducto del Tribunal del conocimiento, cuyo fallo confirmatorio, quedó ejecutoriado el 25 de junio de 1979 (Fl.85), es decir, el día anterior a la presentación de la solicitud del señor apoderado al Ministerio de Educación Nacional.

Por consiguiente, la decisión de la administración contenida en la Resolución N° 16178 de septiembre 24 de 1979, obedeció a la solicitud del señor apoderado de la accionante y en tal virtud, el acto que resolvió esa petición debió notificarse, o por lo menos, comunicarse a quien había promovido esa decisión, lo que no ocurrió como puede colegirse de las fotocopias de los documentos que obran a folios 86 a 89 del expediente.

En efecto, obran comunicaciones dirigidas al Tribunal que profirió el fallo de primera instancia (Fl.67) y conjuntamente al Director de la Normal de Varones y a la demandante, remitida a la Alcaldía de Corozal y mensajes de respuesta del Rector de la Normal sobre las gestiones para localizar a la reintegrada y los resultados negativos obtenidos.

Ahora bien, el artículo 10 del Decreto 2733 de 1959 invocado como violado, disponía que " Las providencias que pongan fin a un negocio o actuación administrativa de carácter nacional se notificación personalmente al interesado o a su representante o apoderado de los cinco (5) días siguientes a su expedición ".

Si como ya se vio la actuación se realizó a petición del apoderado de la parte demandante, es apenas obvio que a ésta o a su apoderado debió notificarle o por lo menos, comunicarse el acto de reintegro y como no se hizo así, dicho acto no pudo producir sus efectos jurídicos respecto de la accionante.

La Sala no comparte el criterio del a-quo que sostiene que la comunicación del acto que ordenaba el reintegro de la actora no debió hacerse a su apoderado; todo lo contrario, a él debió hacerse en primer término, en cuanto era el mandatario de

la accionante y además era la persona que había solicitado a la administración un pronunciamiento sobre el particular.

Se indica en la demanda igualmente como contrariado por el acto demandado, el inciso 2° del artículo 66 del antiguo Código Contencioso Administrativo, según el cual la nulidad de los actos administrativos procede, entre otras cosas ' cuando han sido expedidos con abuso de las atribuciones propias ', y del mismo acto acusado se infiere que éste fue expedido con motivación no veraz, toda vez que una de las consideraciones que se adujeron para declarar la insubsistencia del nombramiento fue "Que habiéndose cumplido todos los requisitos de notificación de la Profesora de Narváez y quien no se presentó a ejercer el cargo ", afirmación que no corresponde a la realidad, por cuanto el acto no fue notificado, como se asevera, lo que indudablemente configura un abuso de las funciones de quien profirió el acto.

En tal virtud la Sala concluye que el acto demandado está viciado de nulidad, que debe declararse.

En cuanto al restablecimiento del derecho, considera la Sala que el reintegro de la actora al cargo de profesora de la Normal Nacional de Señoritas de Mompos no es procedente, toda vez que proferida la Resolución N° 18756 de noviembre 4 de 1989 que ordenó el reintegro para la Normal de Mompos, la accionante manifestó mediante escrito que obra al Fl. 106 de mayo 30 de 1982, que por motivos personales le era imposible el reintegro.

Así mismo, en el petitum de la demanda se impetra el pago de sueldos, primas, vacaciones y bonificaciones dejados de percibir " desde el 24 de abril de 1980 hasta el día en que efectivamente sea reintegrada al servicio oficial " (Fl.4) se accederá al reconocimiento a partir de la fecha señalada en la demanda, y hasta el 30 de mayo de 1982, fecha en que manifestó su voluntad de no aceptar el reintegro ordenado por la sentencia. (Fl.76).

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 marzo once (11) de mil novecientos ochenta y tres (1983) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

2°) Declárase la nulidad de la Resolución N° 4156 de marzo 24 de 1980 dictada por el Ministerio de Educación Nacional.

3°) Condénase a la Nación -Ministerio de Educación Nacional-a pagar a la actora los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir, desde el 24 de abril de 1980 hasta el 30 de mayo de 1982.

4°) Declárase que no hubo solución de continuidad en el ejercicio del cargo por parte de la actora, entre el 24 de abril de 1980 y el 30 de mayo de 1982 para todos los efectos legales.

5°) De las sumas que por el concepto anterior correspondan a la accionante se deberá descontar cuanto haya recibido en el mismo lapso, del erario público o de las entidades en que tenga parte principal el Estado, por concepto de servicios personales.

6°) Se dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del dos (2) de julio de mil novecientos noventa y uno (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.

PERSONAL DOCENTE/ PENSION DE JUBILACION-Ultimo año

Tratándose se servidores docentes que legalmente están en la posibilidad de devengar pensión sin retirarse del servicio, se ha definido por vía jurisprudencial, que debe tomarse como último año de servicios a fin de establecer el promedio de la asignación, el inmediatamente anterior a la fecha en que el docente cumpla los requisitos para acceder a esa prestación. A la pensión liquidada en tal forma, sí se le pueden aplicar después los reajustes previstos en la Ley 4ª/76, sin perjuicio de que el docente obtenga a partir de la fecha en que de verdad se produjo su retiro, la liquidación de su pensión que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio diecisiete (17) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

Referencia : Número 1588. Actor: Caja Nacional de Previsión Social - Aura María Guerrero de Corrales. Autoridades Nacionales.

La Caja Nacional de Previsión Social, mediante apoderado solicitó la nulidad de la Resolución Nº 5382 de 24 de julio de 1980, por medio de la cual reconoció una pensión mensual vitalicia a la señora Aura María Guerrero de Corrales, efectiva a partir del 5 de febrero de 1977, y se dispusieron los reajustes de ley correspondiente (fl.13).

Según el alegato de conclusión que obra a folio 6, al cual acude la Sala en ausencia del libelo de demanda que no se allegó al expediente reconstruido, los hechos en que se apoya la pretensión de la entidad demandante, son los siguientes

" 1º La Caja Nacional de Previsión Social, por medio de la resolución Nº 5382 del 24 de julio de 1980, reconoció una pensión y declaró efectiva a partir de febrero 5 de 1977 (Resolución citada artículo primero).-

2° Para liquidar la pensión la resolución 5382 tomó como sueldo base el promedio de todo lo devengado por la Educadora el año de 1979 que ascedió a la suma de doscientos cinco mil quinientos treinta pesos con cincuenta centavos ($205.530.50).-

3° Al aplicar la fórmula del 75% a la doceava parte de la anterior cantidad, queda una cuantía de doce mil ochocientos cuarenta y cinco pesos con sesenta y seis centavos ($ 12.845.66) que reconoció como pensión efectiva a partir de febrero 5 de 1977.-

4° Mediante unas operaciones administrativas absolutamente irregulares, la resolución que se demandó en sus artículos segundo a séptimo, fue elevando la pensión referida por la aplicación de las normas nacionales sobre reajuste de pensiones a partir de febrero 5 de 1977 así :

Aplicando el decreto 446 de 1973 la elevó a $14.130.23 (Artículo segundo); de acuerdo con el 1221 de 1975 la elevó a $18.793.21 (Artículo tercero); a $21.792.19 por la Ley 4ª de 1976 para 1976; $23.363.80 por la Ley 4ª /76 para 1977; a $27.410.37 por la Ley 4ª/76 para 1978; a $28.936.52 por la Ley 4/76 para 1979. " (folio 6).

De conformidad con lo afirmado por esta Corporación en providencia fechada el 10 de marzo de 1982, por la cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional de la resolución impugnada (fls. 13 a 17), " El fundamento de la demanda consiste en que la Resolución impugnada fue dictada mediante un procedimiento irregular, que determinó que la pensión reconocida fuera de más del 75% del último salario por la demandada, con clara violación del artículo 1° del Decreto 1221 de 1975; 4° de la Ley 4ª de 1966; 73 del Decreto 1848 de 1969 y 52 del C. de R. P. y M. " (fl. 14).

Encontrándose en trámite el proceso, resultó destruido durante los hechos 6 y 7 de noviembre de 1985, por lo cual a solicitud de la demandante, se declaró reconstruído el respectivo expediente, determinándose que quedaba en condiciones de disponer, previa obtención de los antecedentes administrativos del acto acusado, el traslado a la Agencia del Ministerio Público para concepto de fondo. (fl.78).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en vista correspondiente, expresó :

" La Resolución que se demanda transgrede la Ley 4ª de 1976, en su artículo 4° y el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 por cuanto estas normas estipulan que las pensiones del sector público tienen un límite insuperable del 75% del promedio de lo devengado por el beneficiario en el último año de servicio, promedio que incluye la totalidad de lo devengado . " (folios 7 y 8 cuad. ppal.).

Ciertamente, en la liquidación impugnada se dio errónea aplicación a los artículos 4° de la Ley 4ª de 1976 y 2° del Decreto 732 de 1976, en cuanto en ella se reconocieron reajustes por los años de 1976 y 1977, ya que en el primero

no estaba disfrutando aún de la pensión y, en el segundo, apenas iniciaba el lapso del año que debía dejarse transcurrir para tener derecho al reajuste.

Solo dentro del alcance de la enunciada impugnación le asiste la razón legal al demandante. Pero no así dentro de la cobertura que pretende darle en el alegato de conclusión presentado en la etapa de reconstrucción (folios 73 y s.s), pues aquí con apoyo en acertada doctrina del H. Consejo de Estado sobre lo que debe entenderse por " último año de servicio " en el caso de los docentes que continúan en él, se cambia ya la causa petendi en forma inadmisible. " (fl. 129).

Cumplido el trámite de ley sin que se observe causal alguna de nulidad procesal, se decide 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 Social a la señora Aura María Guerrero de Corrales, se ajusta a derecho.

Según indico ya en este proveído, de acuerdo con lo consignado en el auto por el cual se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto acusado, éste se cuestiona por dos razones : la primera, porque la pensión que por él se reconoce a la señora Guerrero de Corrales superó el 75% del último salario devengado por ella y, en segunda término, en virtud de que el monto de la prestación así reconocida se elevó en forma irregular, por la inadecuada aplicación de los estatutos legales sobre reajustes de pensiones, entre ellos los Decretos 446 de 1973, 1221 de 1975 y Ley 4ª de 1976 (fl.14).

Por tanto, carece de fundamento la aseveración de la Fiscalía Cuarta de la Corporación, según la cual la entidad demandante al referirse en el alegato de conclusión al último año de servicios de la mencionada señora a efecto de calcular el *quantum* de su pensión de jubilación, pretende extender la cobertura de la impugnación a este tópico, cuando al principio sólo se enfiló a objetar los reajustes que se hicieron a esa prestación mediante el acto acusado. Al expresarse en la providencia mencionada que la libelista sostiene que la pensión de jubilación superó el último sueldo devengado por la señora Guerrero de Corrales, se deduce que se refiere al promedio de lo percibido por Aura María Guerrero de Corrales en el último año de servicios, como claramente se dice en el alegato de conclusión. Consiguientemente, estableciendo la demanda el marco de juzgamiento para el fallador, para determinar la juridicidad de la Resolución enjuiciada, la Corporación debe examinar todos los aspectos debatidos por la parte accionante en el escrito incoactivo de la acción. Vale decir, en la sentencia, necesariamente, debe determinarse qué se entiende por último año de servicios, para, con base en el salario que durante él devengó Aura María G. de Corrales, calcular el monto de su pensión de jubilación.

Tratándose de servicios docentes, como lo es la señora Guerrero de Corrales, que legalmente están en la posibilidad de devengar pensión sin retirarse del servicio, se ha definido por vía jurisprudencial, que debe tomarse como último año de servicios a fin de establecer el promedio de la asignación, el inmediatamente anterior a la fecha en que el docente cumpla los requisitos legales para acceder a esa prestación.

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 la docente obtenga a partir de la fecha en que de verdad se produjo su retiro, la liquidación de su pensión para que se le tenga en cuenta el promedio de la asignación que devengó en ese último año de servicios.

El procedimiento que empleó la Caja Nacional de Previsión Social para liquidar la pensión de jubilación de Aura María Guerrero de Corrales, no es entonces, el permitido por la ley, toda vez que si la hizo efectiva a partir del 5 de febrero de 1977, la asignación promedio que debió tener en cuenta era la devengada entre el 5 de febrero de 1976 y el 4 de febrero de 1977, siendo posible, hacia el futuro, aplicarle los reajustes pertinentes.

Así las cosas, se concluye que CAJANAL incurrió en dos errores consistentes, el uno, en tomar como base para liquidar una pensión de jubilación que se hizo efectiva a partir del 5 de febrero de 1977, la asignación promedio devengada desde el 1° de enero hasta el 31 de diciembre de 1979, violando en esta forma el precepto legal que estatuye que las pensiones son equivalentes al 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios, puesto que en 1977 la asignación de Aura María Guerrero de Corrales era a todas luces inferior a la de 1979; el otro error se presenta, porque a una pensión liquidada con base en el sueldo de actividad en 1979 y por ende, superior al que se percibió en 1977, se aplicaron reajustes retroactivos, cuando ellos proceden unicamente hacia el futuro con la finalidad de mantener actualizado el poder adquisitivo de las pensiones de acuerdo con los factores indicados por la ley.

Por lo anterior, la resolución es anulable pero sólo en cuanto se refiere al monto de la pensión y sus reajustes, puesto que la demandante no controvierte el derecho de la señora Guerrero de Corrales a devengar la pensión de jubilación.

Ello obliga a la entidad liquidar correctamente dicha prestación porque su reconocimiento ya se hizo, continúa en firme y obliga a su pago oportuno.

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,

F A L L A :

1° Declárase parcialmente nulo el artículo 1° de la resolución N° 5382 de 24 de julio de 1980, mediante la cual la Caja Nacional de Previsión Social reconoció a Aura María Guerrero de Corrales una pensión mensual vitalicia de jubilación, pero sólo en cuanto al monto de la prestación.

2° Decláranse nulos los artículos 2°, 3°, 4°, 5° 6° y 7° de la misma resolución.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE y una vez ejecutoriada, archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 2 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente Sala, *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONGRESO/ COMPETENCIA/ PRESTACIONES SOCIALES/ ENTIDADES DESCENTRALIZADAS-Régimen prestacional/ **REPRODUCCION DEL ACTO**

Las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no tienen la atribución de fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores. Tal facultad corresponde al legislador ordinario o extraordinario, por mandato del artículo 76, ordinal 9 de la C.N. Habiéndose declarado inexequible el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 en sentencia de la Corte de diciembre 13 de 1972, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado perdieron la facultad de regular lo relativo a la remuneración y prestaciones sociales del personal de empleados públicos a su servicio.

DECLARASE LA NULIDAD del Acuerdo Nº 963 de noviembre 10 de 1983 y del artículo 8º del Acuerdo Nº 017 de junio 30 de 1987, expedidos ambos por la Junta Directiva de la Empresa de Puertos de Colombia, en cuanto se refieren a los empleados públicos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., julio veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia : Expediente Nº 2141. Actor : Pablo Segundo Galindo Nieves. Autoridades Nacionales.

Pablo Segundo Galindo Nieves, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación el 13 de agosto de 1986 solicitando la declaración de nulidad del Acuerdo Nº 963 de noviembre 10 de 1983 expedido por la Junta Directiva de la Empresa de Puertos de

Colombia, mediante el cual se hacen extensivos a los empleados públicos y trabajadores oficiales no sindicalizados de la citada empresa Industrial y Comercial del Estado, los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en Convenciones Colectivas de Trabajo, firmadas con los sindicatos de la Oficina Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

El texto del Acuerdo cuya nulidad se solicita es el siguiente:

" ACUERDO Nº 963/83 (10 de noviembre de 1983)

LA JUNTA DIRECTIVA DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, en uso de sus facultades legales y,

CONSIDERANDO :

Que la Junta Directiva Nacional aceptó como justa la proposición presentada por el Gerente General, en el sentido de reconocer a los empleados no Sindicalizados y los empleados Públicos los beneficios asistenciales y prestacionales acordados en las convenciones Colectivas de Trabajo recientemente firmadas.

ACUERDA :

ARTICULO 1º Hacer extensivos a los Empleados Públicos y a los trabajadores Oficiales no sindicalizados los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes Covenciones Colectivas de Trabajo firmadas con los Sindicatos de la Oficina Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

ARTICULO 2º El presente Acuerdo rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Dado en Bogotá, D.E. , a los 10 días de noviembre de 1983. (Fdo. el Presidente, el Secretario General).
Empresa Puertos de Colombia -es fiel foto-copia de su original.- Fdo. Secretario General -(Sello) ,-"(folio1).

En la demanda se citan como disposiciones infringidas con la expedición del Acuerdo impugnado, los artículos 20 y 76, numeral 9, de la Constitución Nacional; 14 del Decreto 3135 de 1968; 4 y 5 del Decreto 1045 de 1978.

En el concepto de la violación el demandante considera que el Acuerdo enjuiciado infringe el artículo 20 de la Constitución Nacional, ya que los funcionarios no pueden hacer sino aquello que expresamente les permite la ley; que la Junta Directiva de la comentada entidad descentralizada carecía de competencia para

regular la materia contenida en el referido Acuerdo; que éste viola igualmente el artículo 76, numeral 9, de la Carta, pues es la ley la que debe regular el régimen de las prestaciones sociales del personal vinculado a la administración. En igual forma señala el actor que, con el acto acusado, se desconocieron los artículos 14 del Decreto 3135 de 1968, 4 y 5 del Decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta que dichas normas establecen las prestaciones sociales de los empleados oficiales del orden Nacional y el mínimo de derechos y garantías para los trabajadores oficiales, pues para esta última clase de servidores del Estado se extienden también aquellas prestaciones reconocidas en Convenciones Colectivas, pactos colectivos o Laudos Arbitrales, pero de ninguna manera como lo hizo unilateralmente la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia, a través del Acuerdo Nº 963 de noviembre 10 de 1983.

Por auto del 12 de noviembre de 1986 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del Acuerdo acusado, en cuanto se refiere a lo empleados públicos de dicha empresa, con base en los fundamentos jurídicos que se transcriben a continuación :

> " No es objeto de duda alguna el que, con arreglo a la disposición del artículo 76 de la Constitución Nacional, es función exclusiva del Congreso " fijar las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos, así como el régimen de sus prestaciones sociales. "
>
> Lo que hizo la Junta Directiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA al declarar aplicables a los empleados públicos ' los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes convenciones colectivas de trabajo firmadas con los sindicatos ..... 'significa, ni más ni menos, decretar para ellos régimen prestacional que sólo por ley de la República podría determinarse.
>
> Por otra parte, dicho sea de paso, si los Sindicatos de empleados públicos no están facultados para presentar pliegos de peticiones ni para celebrar convenciones colectivas (C.S.T. arts. 414-4 y 416), consecuencialmente tampoco pueden hacerlo los no sindicalizados y, mucho menos, lograr por vía indirecta los beneficios que sólo podrían obtenerse a través de la contratación colectiva. El extender a ellos los beneficios convencionales en esta forma, es un evidente fraude a la ley que contradice elementales principios del Derecho y de moral.
>
> Dar validez a tal conducta equivaldría, asímismo, a patrocinar procedimientos de negociación colectiva en que todo podría concederse con el propósito de obtener de ello beneficio posterior, con el fácil expediente en referencia.
>
> No ocurre lo mismo con relación a los trabajadores oficiales, para quienes, por estas facultados para negociar colectivamente, existen normas que autorizan la extensión de los beneficios extralegales, como es el caso de los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965." (fls. 13 y 14).

Por auto del 18 de diciembre de 1987 se decidió el recurso de súplica instaurado por el señor apoderado de la Empresa Puertos de Colombia, contra el auto a que se ha hecho referencia, en los siguientes términos :

" El Presidente de la República, investido de facultades extraordinarias, mediante la Ley 65 de 1967, profirió el Decreto 3135 de 1968, ' por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales. '

Más adelante dice el estatuto mencionado en su artículo 5°:

Las personas que presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

El Decreto 1848 de 1969, reglamentario del anterior, entre otras cosas, se ocupa de la forma de vinculación al servicio de las personas naturales, cuando dice que los empleados públicos que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria y pasan a dominarse empleados públicos, en cambio el trabajador oficial es aquella persona natural vinculada mediante una relación de carácter contractual (artículo 1°).

Además de esa distinción, el Decreto reglamentario, dice en su artículo 7°, que sus normas, y las del estatuto reglamentado se aplicarán a los empleados públicos, en cuanto consagran prestaciones sociales, lo mismo que a los trabajadores oficiales, con el carácter para éstos, de ser garantías mínimas, salvo las excepciones y limitaciones que para casos especiales se establezcan en ambos Decretos, sin perjuicio de lo que *solamente para ellos* se consagre en las convenciones colectivas o laudos arbitrales (Subraya la Sala).

Lo anterior sirve para que la Sala infiera, que el régimen prestacional de los empleados públicos está deferido a la ley, de conformidad con el numeral 9° del artículo 76 de la Carta, cuando atribuye al Congreso la función de '. . . . . fijar las escalas de remuneración correspondientes a las *distintas categorías de empleados, así como el régimen de sus prestaciones sociales.*' (Subraya la Sala).

Así que mal hizo la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia mediante el acto impugnado, hacer extensivo a los empleados públicos que laboran en la misma, los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes Convenciones Colectivas de Trabajo firmados con los Sindicatos

de la Oficina Principal, terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

Tan es así, que entre las funciones que asigna el artículo 10, numeral 12 del Decreto 1174 de 1980, a la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia está la de autorizar al Gerente General para negociar convenciones colectivas de trabajo, pero ningún caso la de hacer extensivos los beneficios convencionales a los empleados.

Al respecto es necesario recordar que la Corte Suprema de Justicia en fallo de 13 de diciembre de 1972, declaró inexequible el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, mediante el cual las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del estado, elaboraban para la aprobación del Gobierno el proyecto de estatutos de su personal.

Dijo la Corte apartes del fallo :

' El artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, impugnado por el actor, entrega a las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, la elaboración del estatuto de su personal, el cual comprende la creación, supresión y fusión de cargos y de acceso al servicio; las situaciones administrativas y el régimen disciplinario ; el campo de aplicación de la Carrera Administrativa y los correspondientes procedimientos, lo mismo que todo lo referente a la clasificación y remuneración de los empleados, primas y bonificaciones, gastos de representación, viáticos, horas extras, prestaciones sociales y requisitos para el otorgamiento de comisiones en el interior o en el exterior del país.

' 2° Aprobado el estatuto por el Gobierno, éste adquiere plena vigencia y produce todos los efectos legales del caso.

3° En estas condiciones, aparecen tales Juntas o Consejos Directivos ejerciendo atribuciones, que como se ha visto, corresponden privativamente, al Congreso como Legislador ordinario, o al Presidente de la República como Legislador extraordinario. . . . . "

En el anterior orden de ideas resulta manifiesta la violación de numeral 9° del artículo 76 de la Constitución Nacional por el acto impugnado y, en consecuencia, el proveído recurrido en súplica habrá de confirmarse ." (fls.56 a 59).

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de enero 31 de 1989, considera que debe anularse parcialmente el acto impugnado en cuanto hace relación a los empleados públicos y denegar las demás súplicas de la demanda, pues señala que, respecto de los trabajadores oficiales no sindicalizados, los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965 le dan competencia a la Junta de la

Empresa de Puertos de Colombia para hacer extensivo a dichos servidores los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en convenciones colectivas de trabajo, suscritas con los sindicatos de la Oficinal Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco (folios 80 a 83).

Mediante escrito presentado a esta Corporación el 25 de septiembre de 1990 por la parte actora en este proceso (fls. 123 a 125), se solicitó la suspensión provisional del artículo 8° del Acuerdo N° 017 de junio 30 de 1987, emanado de la Junta Directiva de la mencionada empresa, por cuanto tal disposición reproduce en su esencia el Acuerdo 963 de noviembre 10 de 1983 que fue suspendido por auto de noviembre 12 de 1986.

Por auto del 22 de octubre de 1990 se procedió a suspender el artículo 8° del comentado Acuerdo N° 017 de junio 30 de 1987, en cuanto se refiere a empleados públicos, apoyándose en los siguientes argumentos :

> " Expresa el libelista que en 1984, (Acuerdo 972 y 991) se reiteró la disposición de 1983 (suspendida en 1986) y que igual cosa se hizo en 1985 (Acuerdos 009 y 034), sugiriendo que la medida continúa adoptándose según se desprende del texto cuya suspensión impetra.
>
> Acompaña el actor copia de los citados Acuerdos, los que obran a folios 90, 97, 102 y 108. Tales acuerdos reiteran la disposición de que ' Al personal que ocupe los cargos relacionados . . . . . se le hacen extensivos lo beneficios establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo que corresponda al sitio que tiene asignado como sede de trabajo. '
>
> Ahora bien, estos Acuerdos no se refieren a los empleados públicos de la Empresa sino a los trabajadores oficiales, como puede verse en su texto.
>
> En cambio, la disposición que se pide suspender forma parte del Acuerdo N° 017 de 1987 ' por el cual se fija la escala de remuneración para el personal de *empleados públicos* de la Empresa Puertos de Colombia ' y para esos mismos *empleados públicos* la Empresa ' seguirá reconociendo los beneficios asistenciales y prestacionales en igual forma como lo ha hecho hasta el momento ', como reza la disposición censurada.
>
> En tal virtud, si la Empresa Puertos de Colombia adopta expresamente esta decisión respecto de beneficios asistenciales y prestacionales para los empleados públicos a su servicio. se está refiriendo incuestionablemente a los mismos privilegios que fueron suspendidos en las providencias a que se hizo referencia. No puede tratarse de las prestaciones legales, ya que éstas están expresamente previstas en la ley y no requieren Acuerdos de la Junta Directiva de Puertos de Colombia para su reconocimiento y pago . " (Flos. 128-129).

CONSIDERACIONES :

Como es sabido, la Empresa Puertos de Colombia es una empresa industrial y comercial del Estado, por lo que las personas a ella vinculadas son trabajadores oficiales, salvo las que ocupen cargos que los estatutos hayan ubicado entre los que deben ser desempeñados por empleados públicos.

Como aparece en el expediente, la Junta Directiva de la referida empresa profirió el Acuerdo N° 963 de noviembre 10 de 1983 para hacer extensivo a los empleados públicos y trabajadores oficiales no sindicalizados los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas con los sindicatos de la Oficina Principal, Terminales Marítimos de la Costa Atlántica, Buenaventura y Tumaco.

Ha puntualizado la Corporación en innumerables ocasiones que las Juntas o Consejos Directivos de entidades descentralizadas no tienen la atribución de fijar el régimen salarial o prestacional de sus servidores. Tal facultad corresponde al legislador ordinario o extraordinario, por mandato del artículo 76, ordinal 9°, de la Carta.

Habiéndose declarado inexequible el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3130 de 1968 en sentencia de la Corte de diciembre 13 de 1972, las Juntas o Consejos Directivos de los establecimientos públicos y de las empresas Industriales y Comerciales del Estado perdieron la facultad de regular lo relativo a la remuneración y prestaciones sociales del personal de empleados públicos a su servicio.

De otra parte, como los sindicatos de empleados públicos no están autorizados para presentar pliegos de peticiones ni, por consiguiente, para negociar las condiciones de trabajo de sus afiliados, tampoco se pueden beneficiar de conquistas logradas a través de la negociación colectiva por agremiaciones de otra naturaleza.

Así pues, el acto por el cual la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia hizo extensivos a los empleados públicos " los beneficios asistenciales y prestacionales pactados en las recientes Convenciones Colectivas de Trabajo firmadas con los sindicatos. . . ", implica establecer para esa clase de servidores un régimen prestacional que sólo al legislador corresponde determinar.

De otra parte, según se anotó, por auto de octubre 22 de 1990 fue suspendido provisionalmente el artículo 8° del Acuerdo N° 017 de junio 30 de 1987 proferido por la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia, por cuanto reproduce en su esencia el Acuerdo N° 963 de noviembre 10 de 1983, que ahora se acusa y había sido suspendido provisionalmente en este proceso por auto de noviembre 12 de 1986, confirmado luego en diciembre 18 de 1987. (Fols.12,44).

Dispone el artículo 158 del C.C.A. (decreto-ley 2304 de 1989; art. 34) en lo pertinente :

" Cuando estando pendiente un proceso se hubiere ordenado suspender provisionalmente un auto, y la misma corporación o funcionario lo reprodujere contra la prohibición que prescribe este artículo, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto. Estas solicitudes se decidirán inmediatamente, cualquiera que sea el estado del proceso, y *en la sentencia definitiva se resolverá si se declara o no la nulidad de estos actos. . .* "

Sin que sea necesario formular un razonamiento separado respecto del acto por el que se reprodujo el que previamente se encontraba suspendido por esta Corporación, pues se trata de la misma situación, es el caso, por lo tanto, de decretar también su nulidad, juntamente con la de este último, en los mismos términos y por las mismas razones.

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,

F A L L A :

Declárase la nulidad del Acuerdo N° 963 de noviembre 10 de 1983 y el artículo 8° del Acuerdo N° 017 de junio 30 de 1987, expedidos ambos por la Junta Directiva de la Empresa PUERTOS DE COLOMBIA , en cuanto se refieren a los empleados públicos.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión Celebrada el día 10 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD/ SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Efectos

La inconstitucionalidad de una norma jurídica puede surgir: 1) por la inobservancia de los procedimientos y requisitos establecidos en la Carta para su expedición, que dan lugar a los denominados vicios de forma; 2) por no avenirse dicha norma a los mandatos implícitos de la Constitución y 3) por ser contrario su texto o contenido material a alguno de los expresos preceptos constitucionales. Si bien es cierto en todos los casos la norma es contraria a la Carta, sólo en el tercero de ellos los textos son incompatibles. No es suficiente que la ley sea inconstitucional sino que, además, sean incompatibles las dos normas . Entiende la Sala que para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional ésta debe regular la situación en forma diferente de la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple inaplicación de la ley, sino que el asunto debatido quede regulado por la norma especial que se aplica de preferencia. Los efectos de la inexequibilidad son futuros y no retroactivos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , julio treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 296. Actor : Jorge Caviedes Torres y Otros. Decretos del Gobierno.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por los demandantes JORGE CAVIEDES TORRES, PLINIO SANMIGUEL ALVIRA, CRISTOBAL VELEZ CAMPUZANO, SIMACO ANTONIO BRICEÑO y PABLO ENRIQUE GONZALEZ ALVAREZ contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de febrero de 1983 por medio de la cual se

negaron sus pretensiones de nulidad del decreto 2087 del 25 de septiembre de 1978 del Gobierno Nacional, de la resolución de convocatoria del tribunal disciplinario expedida por el Comando de la Fuerza Aérea, de los fallos de primera y segunda instancia y de reintegro, pago de los haberes dejados de percibir y declaración de no solución de continuidad en la prestación de los servicios para los efectos legales pertinentes.

En la demanda se afirmaron los siguientes hechos :

" 1.1. Los señores Jorge Caviedes Torres, Plinio Sanmiguel Alvira, Cristóbal Velez Campuzano, Antonio Briceño, Pablo Enrique González Alvarez son Oficiales de la Fuerza Aérea y fueron juzgados en sus conductas por procedimientos disciplinarios y hallados responsables. Se profirió fallo conjunto de primera instancia el 4 de julio de 1978, lo que fue confirmado por el Comando General de las Fuerzas Militares el 30 de agosto pasado. El decreto separándolos en forma temporal fue expedido por el Gobierno con fecha 25 de septiembre de 1978, bajo #2087/78.

1.2. El apoyo legal de la medida disciplinaria esta contenido en el artículo 121 del decreto 612 de 1977, en el artículo 119 del decreto 1300 de 1978. Los tribunales disciplinarios, mediante los cuales fueron juzgados están previstos en el Decreto 2782 de 1965, que a su vez, se expidió con apoyo en el artículo 5° del decreto ley 250 de 1958 y en uso de facultades legales.

1.3. La cuantía de la reclamación comprende el pago de haberes de actividades del día en que por el decreto ejecutivo número 2087 de 1978, desde el día 25 de septiembre de 1978, a la fecha de esta demanda, 20 de enero de 1979, la que es inferior a $ 150.000.oo. Todos los demandantes están domiciliados en esta ciudad ." (fl7).

En la demanda se invocaron como violadas las siguientes normas :

" Constitución Nal. artículos 17, 26, 30 y 169.
Excepción de inconstitucionalidad, artículo 215
soportada en los artículos 76-10, 76-11 y 118-8
contra el decreto número 2087/25sep/78 y 2782/65."

A su vez, consignó como concepto de su violación:

" 2.1. Es la Constitución Nacional un gran marco que recoge, dentro de la filosofía de sus principios, la teoría de la legalidad y del constitucionalismo democrático para crear en la Nación, un Estado de Derecho, es decir, un Estado en que los poderes públicos se ejercen conforme a norma preestablecidas. (art.2) . Para reguardar esta filosofía, el Constituyente elaboró la excepción del artículos 215, que permite no aplicar aquellas disposiciones objetivas y subjetivas del Estado que contrarien las normas superiores de la Carta. Por esta jerarquía de la ley, las reglas inferiores del

Gobierno en cuanto quebranten las reglas superiores de la Carta, dejan de aplicarse por mandato del artículo215. Es pues una excepción.

2.2. El decreto número 2087 del 25 de septiembre de 1978 que el Gobierno Nacional expide para separar en forma temporal al Mayor Pablo Enrique Gonzalez Alvarez, a los Capitanes Cristobal Velez Campuzano, Plinio Sanmiguel Alvira, Jorge Caviedes Torres, y Antonio Briceño, con apoyo en el artículo 121/D/612/77 y 119/D/1300/78 por haberse proferido fallo condenatorio disciplinario de primera y segunda instancia por faltas constitutivas de mala conducta.

2.3 El artículo 121 dispone que la separación temporal, procede cuando el Oficial es condenado por la justicia militar u ordinaria, a la pena principal del arresto, o presidio, o prisión por delitos culposos o cuando así lo detemine un Tribunal Disciplinario.

El caso de autos resulta de la determinación de los tribunales disciplinarios con fallo del 4 de julio y 30 de agosto de 1978, por el término de seis (6) meses. Es pues su sustento el procedimiento de juzgamiento que conforme al artículo 26 de la Carta debe observar la plenitud de las formas propias de cada juicio. Es el derecho número 2782/65 que tiene fuerza de ley, porque las facultades legales para legislar, que esta es la excepción, en el gobierno, sólo proceden del artículo 118-8 de la Carta y de manera extraordinaria por el artículo 5° del decreto legislativo número 250/58 y ley 141 de 1961.

2.4. Excepción de inconstitucionalidad. Se propone contra el decreto 2782 de 1965.

Este estatuto en cuanto al aspecto de inconstitucionalidad debe revisarse no sólo en relación del estatuto mismo, sino en cuanto tiene apoyo en el artículo 5° del decreto legislativo número 250/68 y de facultades legales especiales, según su preámbulo. Por el primer aspecto, es indispensable anotar : a) El artículo 5° faculta al Gobierno para expedir decretos reglamentarios que señalen las faltas militares y su procedimiento para sancionarlas. Ello está reservado extricta y exclusivamente al Congreso , según el artículo 76.10. Hay pues inconstitucionalidad en aquella disposición. Así provenga de un decreto legislativo. Porque como tal sólo tuvo vigencia cuando se restableció el orden público. Por eso, se dictó la ley 141 de 1961 que prorrogó su vigencia. Pero la prorrogó inconstitucionalmente, en cuanto que a esa facultad de dictar normas de carácter legal sobre la carrera militar, en lo disciplinario, se hizo con violación del artículo 76.12, es decir, *pro tempore*. Como no se hizo así, esa violación hace inconstitucional tanto la prórroga de la ley 141, como el mismo artículo 5° . Y por ende, el artículado del decreto 2782 de 1965, expedido por el Gobierno, so pretexto de esas facultades del artículo 5°.

2.5 *Facultades especiales del art. 76.11 o del artículo 118.8* =

El artículo 118.8 da facultades permanentes al Gobierno Nacional para legislar por ejercicio de facultades, cuando se trate de ley de autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstito o enajenar biene nacionales o dictar leyes en ejercicio de otras funciones de la órbita constitucional. El decreto número 2782/65 no es de esta naturaleza, y tampoco de la del inciso final porque dictar leyes para regular la carrera militar es competencia exclusiva del Congreso, según el artículo 76.10. Luego no tienen relación con las del inciso final. Tampoco hay ley facultativa extraordinaria, según el artículo 76.12 porque no es una autorización *pro témpore*. No es tampoco de relación con el artículo 80,y menos aún, de aquellas del artículo 121 o 122 de la Carta. Luego el decreto número 2782/65 es inconstitucional porque hubo quebrantamiento del artículo 76 de la Carta - por haberle arrebatado al Congreso- su facultad de reglar la carrera militar.

2.6 Tampoco la validez del decreto acusado número 2087 responde al artículo 121 del decreto 612, porque sólo define lo que es separación temporal, pero no le da procedimiento sino que los remite a los tribunales disciplinarios, u ordinarios o militares. El artículo 119, se limita en el decreto número 1300 de 1978 a definir lo que es separación temporal o la absoluta. Pero para llegar a que esté constituida la causa de separación, en el caso de autos, faltaría la validez de un fallo disciplinario, arreglado a las formas propias de cada juicio, según el art. 26, lo que no aparece, en razón de la inconstitucionalidad exceptiva del decreto 2782/65 dictado en forma inconstitucional por quien no tenía competencia para hacerlo, haciéndose inaplicable según el artículo 215.

2.7. El decreto 2087 es acto ejecutivo que se ha expedido sin arreglo a la Constitución, según el artículo 2° de la Carta. El decreto 2087 es acto administrativo que ordena una separación, cuyo procedimiento no está establecido en la ley previa al acto que se juzga, lo que quebranta el artículo 26 y el artículo 169, porque priva también al militar de los derechos de su grado, honores y pensiones, así sea temporalmente.

En ese orden hay suficiente mérito para que para resolver la nulidad de los actos acusados como son del decreto 2087, como los fallos de primera y segunda instancia, la resolución de convocatoria, todo lo cual pertenece al Regl. del Régimen Disciplinario que es inconstitucional, se tenga en cuenta la excepción propuesta y se anulen tales actos, con derecho al restablecimiento según el artículo 67 del c.c.a. ". (fls. 8 y 9).

Reconstrucción del expediente.

Como consecuencia de los hecho ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 hubo de reconstruirse el expediente a petición de la parte interesada.

Llegado el momento de resolver el recurso a ello se procede previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. El decreto 2087 de 1978 del Gobierno Nacional, cuya nulidad se solicita, dispuso la separación temporal de los demandantes por un lapso de 6 meses, teniendo en cuenta que habían sido condenados por el Tribunal Disciplinario convocado por el Comando de la Fuerza Aérea, decisión que había sido confirmada en la segunda instancia por el Comando General de las Fuerzas Militares (fls. 74 y 75).

2. El fundamento de la acción es la inconstitucionalidad del decreto extraordinario 2782 de 1965 contentivo del Reglamento Disciplinario de las Fuerzas Militares, para lo cual se solicita se aplique el artículo 215 de la Constitución Política.

A) Sobre la aplicación del artículo 215 de la actual Constitución Política que consagra la comunmente denominada excepción de inconstitucionalidad, considera la Sala hacer las siguientes precisiones :

Como es suficientemente sabido, la inconstitucionalidad de una norma jurídica puede surgir, por la inobservancia de los procedimientos y requisitos establecidos en la Carta para su expedición, que dan lugar a los denominados vicios de forma; por no avenirse dicha norma a los mandatos implícitos de la Constitución, o por ser contrario su texto o contenido material a alguno de los expresos preceptos constitucionales. Si bien es cierto en todos los casos las norma es contraria a la Carta, sólo en el tercero de ellos los textos son incompatibles.

Nótese que el referido artículo 215 habla de " incompatibilidad " entre la Constitución y la ley; y, que en caso de existir dicha incompatibilidad, " se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales ". Vale decir, que no es suficiente que la ley sea inconstitucional, sino que, además, sean incompatibles las dos normas, o como enseña el Diccionario de la Lengua Española, que exista repugnancia de una cosa para unirse a otra, Entiende la Sala que para que haya aplicación preferencial de la norma constitucional, ésta debe regular la situación en forma diferente a la señalada por el legislador, de modo que la excepción no se circunscriba a la simple inaplicación de la ley, sino que además de ello, el asunto debatido quede regulado por la norma constitucional que se aplica de preferencia.

Entonces se tiene que si en casos como el presente, en que la inconstitucionalidad del decreto 2782 de 1965 *no surge porque su contenido sea icompatible* con las normas superiores, sino porque fue dictado con apoyo de una norma (el artículo 5° del Código Penal Militar) que confería facultades indefinidas y no temporales al ejecutivo para expedir el estatuto disciplinario, dicha inconstitucionalidad no es la que permite la aplicación del artículo 215 aludido.

Pregunta la Sala: si el reglamento disciplinario contenido en el decreto extraordinario 2782 de 1965 hubiera sido expedido con facultades *pro témpore* podría afirmarse que aún así su normatividad es incompatible con la Constitución política? La respuesta es negativa.

Por ello, esta Sala en otros términos, pero esencialmente desarrollando la misma idea que la inconstitucionalidad a que se refiere el mencionado artículo 215 " debe ser de tal manera abrupta que para deducirla no haya lugar a lucubraciones jurídicas, sino que ella se haga ostensible de la sola comparación de los textos incompatibles. " que la violación debe ser directa y no indirecta " esto es que sólo pueda apreciarse a través de un silogismo que mediante la comparación de varios textos constitucionales conduzca a deducir la incompatibilidad de la ley con la norma superior. " (sentencia 21 de marzo de 1980, expediente 1304, actores Eduardo Paris Osuna y otros, Anales primer semestre de 1980, páginas 107 y siguientes).

B) De otro lado, tampoco le es útil a los demandantes para la prosperidad de su acción, la circunstancia de que después de presentada la demanda, la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 15 de noviembre de 1979, hubiera declarado la inexequibilidad del mencionado decreto 2782 de 1965, debido a que los efectos de la inexequibilidad son futuros y no retroactivos, como lo ha sostenido la jurisprudencia vigente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación.

En sentencia que no invalidó la citada del 21 de marzo de 1980, dijo la Sala Plena; " como la declaratoria de inexequibilidad, sólo produce efectos hacia el futuro, mal podría retrotraerse en sus efectos a época anterior.

De lo contrario, todos los actos y situaciones jurídicas, nacidos, reformados, extinguidos, etc., con fundamento en un estatuto declarado inexequible, sucumbirían con este, lo que sin duda alguna sería causa de tremenda inestabilidad jurídica y social. (sentencia de la Sala del 16 de febrero de 1982, demandante Eduardo París Osuna y otros , Anales primer semestre de 1982, páginas 575 y siguientes).

Precisamente, tal integridad social fue lo que condujo a la Sala de Negocios Generales de la Corte a decir :

> " Por otra parte razones de orden público exigen que la inexequibilidad no produzca efectos para lo pasado, pues aunque el peticionario no vea la inseguridad social que aquella traería consigo es innegable que existiría, pues todos los ciudadanos en sus transacciones y negocios, tienen que atenerse a la ley que está vigente para estos o aquellos compromisos y proceder de acuerdo con ella. De modo que si en una sentencia de inexequibilidad de aquella ley viniera a desconocer los efectos que se habían producido, las relaciones jurídicas de los interesados en los actos y contratos no tendrían estabilidad ninguna. " (sentencia 23 de febrero o de 1927, actora María Antonia Landínez de Martínez).

Por las razones anotadas, encuentra la Sala que la excepción de inconstitucionalidad planteada por la parte demandante, no es útil para la prosperidad de la nulidad impetrada.

3. Síguese de lo anterior además, que tampoco puede haberse quebrantado el artículo 26 de la Constitución Política, precisamente porque el proceso disciplinario se cumplió atendiendo los requisitos establecidos en el reglamento vigente en ese momento, o sea el contenido en el decreto 2782 de 1965.

4. Ya se vio que la sanción impuesta a los demandantes fue la separación temporal del servicio por 6 meses. Por ello, aun suponiendo que la sanción hubiera ameritado la nulidad del acto administrativo que la impuso, no ve la Sala que con ella se hubiera infringido el artículo 169 de la Constitución Política que prohibe privar a los militares de sus *grados, honores y pensiones* sino en los casos y del modo que determine la ley,

La acción, pues, no puede prosperar, debiendo ser confirmado el fallo de primera instancia.

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:

CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 4 de febrero de 1983 dentro del proceso promovido por Jorge Caviedes Torres y otros.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 2 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez; *Germán Escobar Ballestas,* Conjuez, *Guillermo López Guerra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSPENSION

La suspensión por mandato de la justicia penal no es una sanción disciplinaria ni puede asimilarse a ésta para aplicarle las mismas normas con idénticas consecuencias. Ni son iguales las causas en uno y otro caso; en la suspensión de carácter disciplinario las normas que la regulan pertenecen al régimen de personal de los empleados de la administración pública para aplicarse dentro de esta órbita, exclusivamente, aparte de que tienen finalidades diferentes y están dadas en consideración a otros supuestos fácticos. Aquí las conductas no son constitutivas per se de infracciones a la ley penal ni de suyo tienen que ver con ésta. Una es la suspensión que obedece a razones de administración de personal y otra la que se opera por orden judicial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C.,agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia : Expediente N° 1763. Actor : Manuel Antonio Vargas Arias. Reconstrucción-Unica Instancia.

Manuel Antonio Vargas Arias, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del C.C.A. , presentó demanda ante esta Corporación solicitando la nulidad de la decisión contenida en el artículo 1° de la Resolución N° 2398 del 17 de junio de 1982, expedida por la Jefatura de Sección de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fols. 65 y 66), en cuanto niega el derecho de remuneración al demandante durante el período en que estuvo vigente la suspensión en el ejercicio de su cargo, decretada mediante Resolución N° 09126 de agosto de 1974, a solicitud del Juez 5° de instrucción Criminal de Villavicencio.

Igualmente impetra la nulidad de la decisión contenida en el Oficio N° 08989 del 20 de septiembre de 1982, suscrito por el Jefe de la División de Personal y el

Jefe de la Sección de Asuntos Laborales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en virtud del cual se negó la petición hecha por el accionante el 26 de agosto de 1982, para que se le reconocieran y pagaran los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el período comprendido entre el 30 de agosto de 1974, fecha en que fue suspendido en el ejercicio del cargo, y el 17 de junio de 1982, fecha en que fue reintegrado al mismo, lapso que pidió se considerara como tiempo efectivamente servido.

A título de restablecimiento del derecho lesionado, el actor solicitó condenar a la Nación Colombiana -Ministerio de Hacienda y Crédito Público -a reconocerle y pagarle los salarios y prestaciones que dejó de percibir durante el período indicado y declarar, para todos los efectos legales, que no ha existido solución de continuidad en la prestación de los servicios.

Son hechos de la demanda los siguientes :

1.- Mediante Resolución N° 09126 del 30 de agosto de 1974, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se suspendió al demandante en el ejercicio del cargo de Cabo de Aduana 1-9 del cuerpo del Resguardo Nacional de la División de Resguardo de la Dirección General de Aduanas, destinado al Resguardo de Aduana Interior de Bogotá y Cundinamarca, a solicitud del Juez 5° de Instrucción Criminal de Villavicencio, con el fin de hacerle efectivo un auto de detención decretado en su contra, por el delito de homicidio.

2.- El Juzgado 2° Superior de Villavicencio dictó sentencia absolutoria al actor, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de ese Distrito, Sala Penal, en fallo de 25 de mayo de 1982.

3.- Por Resolución N° 2398 del 17 de junio de 1982, expedida por el Jefe de la Sección de Asuntos Laborales del citado Ministerio, se levantó la suspensión sin derecho a remuneración y se reintegro a su cargo al demandante.

4.- La solicitud de reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el término en que permaneció separado del cargo en virtud de la suspensión, elevada por el accionante el 26 de agosto de 1986, fue negada mediante oficio N° 08989 del 20 de septiembre de 1982, de la División de Personal del Ministerio.

Como disposiciones violadas por los actos demandados se citaron los artículos 449 del Código de Procedimiento Penal; 12, 13, 14, 18, 25 y 61 del Decreto 2400 de 1968; 22, 58, 139, 158, 159 y 164 del decrteto 1950 de1973.

Al respecto, se alega que, si es cierto que los artículos 130 a 132 del decreto 1732 de 1960 fueron derogados por el Decreto 2400 de 1968 y que no existe norma que expresamente determine el derecho para los empleados públicos al reconocimiento de salarios y prestaciones durante el período de suspensión en sus funciones, decretada por la justicia penal; (Art. 449 del C.P.C.), como tampoco a

que se considere dicho período como tiempo de servicio " No obstante, el análisis conjunto de las normas que antes se relacionaron, en concordancia con los artículos 6° y 7° del Decreto 2400 de 1968 y 1° de la ley 95 de 1980, permiten concluir lo contrario. " (Fol.3).

Agrega que, cuando el empleado voluntariamente deja de cumplir sus funciones desaparece la causa que genera el derecho al salario y prestaciones y, según las circunstancias, incurre en falta disciplinaria o abandono del cargo, pero, cuando la causa se debe a los actos de autoridad que la ley 95 de 1980, artículo 1°, califica como fuerza mayor o caso fortuito, los decretos salariales y las prestaciones pueden exigirse, sobre todo, si tales actos emanan del mismo Estado.

Discurre luego sobre la condición de sación disciplinaria que tiene la suspensión en el ejercicio del cargo a que se refieren los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 2400 de 1968 y normas concordantes del Decreto 1950 de 1973 y de la ausencia de tal carácter en aquella que se decreta en virtud de orden impartida por la jurisdicción penal, para concluir que, si en el primer caso, cuando una sanción es revocada por la administración o cuando el funcionario suspendido provisionalmente es exonerado de cargos, por disposición legal el empleado tiene derecho al reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones sociales no recibidos durante el lapso de la suspensión y a que se considere ese tiempo como efectivamente servido, " es apenas natural y obvio que analogicamente pueden aplicarse las mismas disposiciones a la situación que se presenta cuando la suspensión en el ejercicio del cargo es decretada por el Juez Penal " (Fol.4).

Igualmente, apoyándose en los artículos 8° de la Ley 153 de 1987 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo, reclama la aplicación analógica de las normas citadas, en aquellos casos en que la suspensión del funcionario obedece a órdenes de la justicia penal, aduciendo que, siendo así, la suspensión no se contempla como causal de cesación de funciones públicas y sólo se produce vacancia temporal del cargo; por tanto, si la relación laboral continúa vigente y la prestación del servicio es independiente de la voluntad del empleado que, además, es absoluto dentro del proceso penal, por razones de justicia y equidad deben reconocerse todos los derechos laborales durante el período de suspensión. (Fls.2-6).

Reconstruido el expediente por auto de 16 de marzo de 1988 (Fol.60), se dispuso que quedara para traslado al Ministerio Público, el cual por intermedio de la Fiscalía Cuarta, al emitir su concepto de fondo, sostiene que deben despacharse favorablemente las súplicas de la demanda.

Al respecto, señala :

" No existe precepto alguno que expresamente autorice el pago reclamado, y así lo admita la misma actora. Sin embargo, por razones de equidad e invocando el principio de la analogía, pide la aplicación de los artículos 158, 159 y 164 del Decreto 1950 de 1973 los que -especialmente el último-, establecen el pago de la remuneración correspondiente al tiempo de suspensión

en el ejercicio del cargo cuando el disciplinario no es a la postre sancionado o se revoca la sanción.

La Fiscalía cree que aun cuando la equidad (que aquí señala la pertinencia de acceder a lo solicitado) no es principio que, *per se,* puede ser aplicado en un régimen de lagalidad formal como el nuestro, sus postulados pueden y deben ser acogidos cuando, como en el caso ocurrente, se encuentren normas de decreto positivo que regulan casos o materiales semejantes a los que carecen de normatividad legal que los contemple (Art. 8° Ley 153 de 1887). Claro que las normas atrás citadas pertenecen al derecho disciplinario, pero este no deja de ser una especie del genero derecho punitivo, y, en forma tal, que se le ha llamado, con razón, derecho penal administrativo. " (Fols. 78-79).

Llegada la oportunidad de proferir sentencia y no observándose causal de nulidad que invalida lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Del material probatorio obrante al expediente, se establece lo siguiente :

La Resolución N° 09126 de 30 de agosto de 1974, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se suspendió al actor en el ejercicio de las funciones propias del cargo de Cabo de Aduanas 1-9, del Cuerpo del Resguardo Nacional de la División de Resguardo de la Dirección General de Aduanas, destinado el Resguardo de la Aduana Interior de Bogotá y Cundinamarca, en virtud de la solicitud que en tal sentido formuló el juzgado 5° de Instruccion Criminal de Villavicencio, a fin de hacer efectivo el auto de detención por el delito de homicidio, proferido en su contra (Fol.40).

2.- El juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de la mencionada ciudad, en sentencia del 25 de mayo de 1981 (Fol. 33), absolvió de toda responsabilidad civil y penal a Manuel Antonio Vargas , por los cargos que motivaron su vinculación al proceso adelantado por la muerte violenta de José Ignacio Torres Daza, que es el mismo dentro del cual se expidió el auto de detención y para cuyo cumplimiento fue menester suspenderlo en el ejercicio del cargo público que a la sazón desempeñaba.

3.- El Tribunal Superior del aludido Distrito Judicial, Sala Penal, en sentencia de 25 de mayo de 1982, confirmó la providencia anteriormente mencionada. (Fol.34).

4.- El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por Resolución N° 2398 de 17 de junio de 1982, en consideración a que, en virtud de la absolución dispensada al actor por medio de los fallos citados, había desaparecido la causal que diera origen a la suspensión en el ejercicio del cargo que se le impuso por Resolución N° 09126, de 1974, levantó la aludida medida

administrativa, la cual expresó se había adoptado " a solicitud del Juez competente y sin derecho a remuneración ". (Fols. 65 y 66).

5.- Mediante oficio N° 08989 de 20 de septiembre de 1982 (Fols. 72 y 73), con apoyo en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación de fecha 10 de noviembre de 1972, la administración negó, por improcedente, la solicitud de reconocimiento de sueldos y prestaciones correspondientes al período comprendido entre el 30 de agosto de 1974 y el 17 de junio de 1982, formulada por el demandante.

Ahora bien, con respecto a la situación en referencia y en especial en cuanto concierne al pago de salarios y prestaciones sociales durante el tiempo en que el actor estuvo suspendido en virtud de decisión judicial, conviene hacer algunas precisiones.

Afirma el actor que los actos producidos en virtud de lo dispuesto en el citado 449 del C.P.P. son constitutivos de fuerza mayor y que fueron la razón para que el empleado no pudiera concurrir a sus labores habituales. De allí no se deriva, sin embargo, que, reintegrado el empleado al cesar la suspensión por orden judicial, la administración esté en la obligación de reconocerle el período en que estuvo *sub-judice* de la justicia penal, ya que es ajena a tal pronunciamiento.

De una parte, no existe norma expresa que así lo autorice u ordene, como el propio accionante lo admite, ni, de otra, el derecho subjetivo alegado puede basarse en normas previstas para supuestos diferentes, como es el caso de suspensión por sanción disciplinaria: en éste un régimen eminentemente formal y reglado para situaciones específicas que no puede encajar en marcos diferentes por simple analogía.

La suspensión por mandato de la justicia penal no es una sanción disciplinaria ni puede asimilarse a ésta para aplicarle las mismas normas con idénticas consecuencias. Ni son iguales las causas en uno y otro caso : en la suspensión de carácter disciplinario las normas que la regulan pertenecen al régimen de personal de los empleados de la administración pública para aplicarse dentro de esta órbita, exclusivamente, aparte de que tienen finalidades diferentes y están dadas en consideración a otros supuestos fácticos. Aquí las conductas no son constitutivas *per se* de infracciones a la ley penal ni de suyo tienen que ver con ésta.

En términos generales y de conformidad con las normas de los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, podrían darse dos clases de suspensiones en el régimen del personal civil de la Rama Ejecutiva :

- Una suspensión provisional hasta por sesenta días, " mientras se surten los procedimientos disciplinarios ". (Decreto 2400/68 art. 12 y decreto 1950/73, art. 158).

_Una suspensión sancionatoria que puede ser hasta por treinta días. (Decreto 2440/68 art. 12 y decreto 1950/73, art.140).

Como es fácil advertirlo, si no hubiera lugar a sanción superado el período de suspensión provisional, el empleado volverá a su cargo y tendrá derecho a la remuneración que dejó de percibir en ese lapso.

Dispone, además, el artículo 164 del decreto 1950 de 1973:

" Cuando se revoque una sanción, el funcionario tendrá derecho al pago de la remuneración correspondiente al tiempo durante el cual hubiere estado separado del servicio y al reintegro a su cargo en caso de destitución. "

Si tal cosa ocurre al revocarse la sanción, con mayor razón si no hay lugar a aplicarla, estando suspendido provisionalmente el empleado.

Como se observa, son éstas situaciones muy específicas que difícilmente podía equipárarse a las que se presentan cuando, por orden de la justicia penal, la administración se ve en el caso de suspender a un determinado funcionario para que se le aplique una medida de aseguramiento. No hay en ello un acto de voluntad libre y espontánea que obedezca a razones de régimen de personal : es la simple ejecución de una decisión de autoridad diferente .

Una es la suspensión que obedece a razones de administración de personal y otra la que se opera por orden judicial. En los estatutos sobre régimen de personal están previstas solamente las situaciones de suspensión de empleados por razones del servicio público, en tanto que la ley penal contempla medidas de retención o aseguramiento o privación de la libertad de ciudadanos enjuiciados por conductas que pueden constituir delitos.

No es posible juridicamente trasladar al terreno de la justicia penal lo que la ley determina para la correcta administración de personal en la esfera específica de la prestación de servicios públicos. La figura de la analogía no tiene el poder de crear derechos con base en eventualidades que corresponden a otros ámbitos del ordenamiento legal; siendo diferentes los supuestos de hecho, lógico es que también lo sean las decisiones que en derecho estén previstas y sea forzoso adoptar.

Por otra parte, la responsabilidad de la administración está circunscrita a sus propios actos, como expresión de su voluntad de producir efectos jurídicos en casos concretos.

Conviene señalar que el aspecto materia de este estudio ha sido examinado en diversas oportunidades por la Sala, como lo hizo en sentencia del 13 de noviembre de 1990, en la cual expuso su criterio en los siguientes términos :

" Por otra parte, no vienen al caso las disposiciones invocadas de los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

Conviene hacer notar finalmente, que sólo en caso de suspensión administrativa de un empleado que es investigado por infracción disciplinaria, procede el pago de sueldos si posteriormente resulta absuelto de la imputación.

Otra cosa ocurre en la investigación de carácter penal a consecuencia de denuncia formulada ante un juez, cuando el funcionario ordena la suspensión para dar aplicación a una medida de aseguramiento o detención preventiva. No se trata aquí de una decisión de la administración cuyas consecuencias deba asumir ésta si no se acredita la infracción.

(Sentencia del 13 de noviembre de 1990 exp. Nº 3441, Actor : Jairo Londoño Londoño).

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:

Níeganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 24 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/ SUSPENSION/ DESTITUCION/ COMPETENCIA/ PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION

La suspensión sin derecho a sueldo cuya duración y efectos pueden ser examinados sin necesidad de pronunciamiento sobre la legalidad de los actos que la decretan, no es una sanción sino una media preventiva de efecto inmediato, mientras se sufren los procesos disciplinarios. Su duración no podrá ser superior a 60 días, contados como se cuentan los términos de días según el C. de R.P. y M. y en el caso de terminar absuelto el inculpado, tendrá derecho a que se le paguen los sueldos y prestaciones dejados de devengar, pero no fue ésa la situación en el caso de autos. Con respecto a la incompetencia del Superintendente Bancario para investigar y sancionar no le asiste razón al actor, puesto que la competencia que la Ley 25 de 1974 atribuye a la Procuraduría General de la Nación sobre el particular es excluyente pero no exclusiva. Es decir, si la Procuraduría asume el adelantamiento de un proceso disciplinario, ya no podrá hacerlo la respectiva entidad, pero si no ocurre así, la competencia de la autoridad nominadora es plena para esos efectos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 3958. Actor : Néstor Marino Ospina Lerma. Autoridades Nacionales.

Se desata el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 6 de mayo de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso iniciado por Néstor Marino Ospina Lerma.

ANTECEDENTES :

En ejercicio de la acción de plena jurisdicción y mediante apoderado, el señor Néstor Marino Ospina Lerma pidió al Tribunal declarar nulos los siguientes actos administrativos, expedidos por el Superintendente Bancario :

" a) La Resolución N° 1334 de 23 de marzo de 1983, en cuanto ordena la suspensión provisional de Néstor Marino Ospina Lerma en el ejercicio de su cargo sin derecho a sueldo, mientras continúa la investigación administrativa adelantada en su contra.

b) La Resolución N° 1623 de 18 de abril de 1983, que resuelve rechazar por improcedente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución citada en el literal a).

c) La Resolución N° 2258 de 25 de mayo de 1983, por la cual se sanciona a Néstor Marino Ospina Lerma con destitución del cargo de Profesional Universitario 3020-04 de la División de Vivienda, Sección Inspección, la Superintendencia Bancaria e inhabilitación por el término de un (1) año, para el ejercicio de cargos públicos . Y

d) La Resolución N° 3086 de 15 de julio de 1983, que confirma en todas sus partes la Resolución citada en el literal c). "

Como consecuencia de tales nulidades, pidió el restablecimiento de su derecho.

Estimó como violadas con los actos acusados numerosas disposiciones; el concepto de violación de las mismas lo hizo consistir, fundamentalmente, en que se desconoció el debido proceso, que recibió doble sanción pese a haber cometido falta alguna y que el Superintendente Bancario no era competente para imponer la sanción, sino la Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo con su Fiscal colaborador, el *a-quo* declaró probada la excepción de caducidad con relación a los dos primeros actos acusados -Resolución 1334 (marzo 23) y 1623 (abril 18) de 1983- y negó las demás súplicas de la demanda.

La parte demandada interpuso recurso de apelación. En la sustentación el libelista ataca la sentencia porque a su juicio, está no analiza todos los hechos de la controversia ni las pruebas en su conjunto como tampoco las normas jurídicas citadas en la demanda como violadas por los actos administrativos impugnados y se limitó por toda motivación a transcribir los que expuso el Agente del Ministerio Público.

Introduce un factor nuevo, con respecto a la demanda, a saber : la actuación de la Abogada María Consuelo Rocha Ferro por haber adelantado el proceso disciplinario y luego haber actuado judicialmente en defensa de la Superintendencia

Bancaria, afirmando que el Tribunal omitió aplicar el artículo 6 de la ley 11 de 1973, es decir, no anuló las actuaciones viciadas por esa causa.

En su alegato final hace una síntesis de los argumentos sostenidos en la demanda y afirma que no se operó la caducidad con respecto a las dos primeras resoluciones acusadas. Pero este punto no fue planteado en la sustentación del recurso.

La doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado estima que no se operó la caducidad con respecto a ninguno de los actos acusados porque todos ellos constituyen unidad jurídica inescindible y que las peticiones de la demanda deben negarse.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

Observa la Sala en primer término, que los argumentos expuestos por el apelante en la sustentación del recurso, no conducen a la revocatoria del fallo del *a-quo.*

En efecto, el Tribunal sí analizó los hechos de la controversia, las pruebas en su conjunto, las disposiciones jurídicas citadas en la demanda y la sentencia no carece de motivación.

Si el fallador de primera instancia compartió los detallados razonamientos del Agente del Ministerio Público, el cual en estos procesos obra, no como representante de una de las partes sino *en Interés del orden jurídico,* bien podía hacerlos suyos y transcribirlos, -como lo hizo- a manera de consideraciones previas a la decisión. Es decir, que esa es la motivación de la sentencia y en ella se analizan todos los aspectos de la controversia.

En cuanto a la posible nulidad de actuaciones procesales derivadas de la intervención de la Doctora María Consuelo Rocha Ferro como apoderada de la Nación, cabe anotar que el demandante continúo actuando en la primera instancia después de ocurrida la posible causal de nulidad sin plantearla con lo cual quedaría saneada.

Pero además no se dan supuestos contemplados en el artículo 5° de la ley 11 de 1973, que son los que originan la nulidad prevista en el artículo 6° del mismo estatuto, porque la Doctora María Consuelo Rocha Ferro, cuando actuó en este proceso era empleada de la Superintendencia Bancaria y el artículo 5° se refiere a ex-empleados de entidades oficiales.

Lo anterior sería suficiente para confirmar el fallo apelado, teniendo en consideración que esos fueron los únicos motivos de inconformidad manifestados

en la sustentación del recurso y que en el alegato de conclusión presentado en otra etapa del proceso y con una finalidad diferente, no puede modificarse el contenido ni la esencia de la apelación, como lo expresó la Sala Plena de la Corporación en sentencia de 18 de mayo de 1990, en el proceso N° S-121.

Sin embargo, como el recurrente manifestó que pedía revocar en todas sus partes el fallo, se hará un estudio más detallado de él así :

El régimen disciplinario de los empleados públicos rige por igual tanto para los inscritos y escalafonados en carrera como para quienes están sujetos a libre nombramiento y remoción. En otras palabras, los beneficios propios de la carrera no colocan al empleado amparado por esas prerrogativas a salvaguardia de un proceso disciplinario tendiente a verificar la comisión de una falta y a imponer la sanción a que haya lugar.

Lo que sí debe observarse estrictamente en cualquier caso es el debido proceso, consagrado no solo en la Constitución Nacional sino en las normas reguladoras del régimen de los empleados públicos, sean de carrera o de libre nombramiento y remoción. En este caso, las contenidas en el decreto ley 2400 de 1968 (arts. 11 y ss) y en el decreto reglamentario 1950 de 1973 (artículos 130 y ss).

Al señor Néstor Marino Ospina Lerma se le consideró incurso en la prohibición establecida en el artículo 8° del D.L. 2400 de 1968 en cuanto señala que un empleado público no pueda "aceptar", sin permiso del gobierno, cargos, obsequios invitaciones o cualquier clase de prebendas provenientes de entidades nacionales o extranjeras o de otros gobiernos, ni realizar actividades que puedan afectar la confianza del público. Para ello se tuvo en cuenta que recibió la suma de $2'400.000 a título de "comisión " por un contrato de compraventa de un bien inmueble celebrado entre " Urbanizadora del Sur de Bogotá S.A. " -vigilada por la Superintendencia- y " obras de Ingeniería de Bogotá Ltda. ", Ingenieros, operación verificada a través de " Edificadora Colombia ", compañía que pagó a Ospina Lerma los $2'400.000.

Se comprobó también que el señor Ospina tuvo conocimiento de que esos terrenos estaban para la venta, a raíz de una visita practicada a Urbanizadora del Sur de Bogotá S.A. , en ejercicio de las funciones propias del cargo que ocupaba en la Superintendencia Bancaria.

El proceso disciplinario adelantado para verificar la comisión de esa falta, se cumplió con arreglo a lo establecido en el decreto reglamentario 1950 de 1973. En efecto, al empleado acusado se le corrió pliego de cargos, se recibieron sus descargos, se practicaron pruebas, se oyó a la Comisión de Personal y finalmente, se impuso la sanción a que hubo lugar, habida de la gravedad de la falta (que el inculpado no negó, sino que confesó haberla cometido), todo lo cual puede comprenderse dentro de la actuación obrante en el cuaderno segundo de antecedentes. No es cierto, entonces, que al señor Ospina Lerma se le haya desconocido su derecho al debido proceso sino que, al contrario de lo que dice la demanda " todas

las formas procesales " consagradas en los artículos 149 a 165 del Decreto 1950 de 1973 se cumplieron cabalmente en este caso.

Por otra parte, el incumplimiento de los términos ante la necesidad de buscar la verdad, no es causal de nulidad de los actos con los cuales culmina el proceso disciplinario, como en repetidas oportunidades lo ha sostenido esta Sección.

En cuanto a las resoluciones 1334 de 23 de marzo de 1983 y 1623 de 18 de abril de 1983, que en verdad son actos de trámite no demandables, si lo fueran sería incuestionable, como bien lo dijo el Tribunal, que cuando se presentó la demanda el 25 de noviembre de 1983, la acción estaba caducada, por haber transcurrido en exceso los 4 meses de que disponía el demandante para acusarlas, sin que pueda ahora alegar indebida notificación ya que en vía gunernativa hizo uso del recurso de reposición a pesar de no ser procedente, pues esa suspensión como media preventiva es de efecto inmediato.

Por virtud de la Resolución 1334 se suspendió al empleado para continuar el proceso disciplinario; se procedió así porque esa suspensión está contemplada en el parágrafo del artículo 12 del Decreto 2400 de 1968 y se hace justamente para adelantar la investigación. Como no se trata de una sanción, su existencia es completamente ajena a la decisión final destitutiva, con la cual no constituye acto complejo.

La suspensión sin derecho a sueldo cuya duración y efectos pueden ser examinados sin necesidad de pronunciamiento sobre la legalidad de los actos que la decretan, no es una sanción sino una medida preventiva de efecto inmediato, mientras se surtan los procesos disciplinarios como lo prevé el artículo 12 del Decreto 2400 de 1968.

Su duración no puede ser superior a 60 días, contados como se cuentan los términos de días según el C. de R.P. y M. y en el caso de terminar absuelto el inculpado, tendrá derecho a que se le paguen los sueldos y prestaciones dejados de devengar, pero no fue esa la situación en el caso de autos.

El demandante dice que la conducta por la cual se le sancionó no reviste el carácter de falta. La ley, empero, dice todo lo contrario, según está consagrado en el ya citado artículo 8° del decreto 2400 de 1968. Indudablemente fue una actitud que podía afectar la confianza del público y comprometer la que dignidad de la Administración Pública, al aprovechar para fines personales información obtenida en el ejercicio de sus funciones como empleado de la Superintendencia.

Con respecto a la Incompetencia del Superintendente Bancario para investigar y sancionar, no le asiste razón puesto que, como se acaba y como lo ha dicho de manera constante del Consejo de Estado, la competencia de la ley 25 de 1974 atribuye a la Procuraduría General de la Nación sobre el particular es excluyente pero no exclusiva. Es decir, si la Procuraduría asume el adelantamiento de un

proceso disciplinario, ya no podrá hacerlo la respectiva entidad, pero si no ocurre así, la competencia de la autoridad nominadora es plena para esos efectos.

En síntesis: ninguna de las normas citadas en la demanda resulta infringida con los actos acusados, que mantienen incólume su presunción de legalidad.

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 ,

F A L L A :

Confirmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de mayo de 1988 dentro del proceso adelantado por Néstor Ospina Lerma contra la Nación - Superintendencia Bancaria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 24 de Julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arcieniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/ BONIFICACION SALARIAL/ COMPETENCIA

El acto acusado en su tenor literal y alcance no crea un derecho subjetivo concreto, pues se orienta a ordenar el reconocimiento y pago de una bonificación preexistente, a los educadores de primaria al servicio del departamento y que pueden tener derecho a ella conforme a decretos de carácter departamental y decretos ley. Existen disposiciones legales que autorizaban el pago de la bonificación a que hace referencia el acto acusado, y además no se demostró que el decreto departamental haya creado un nuevo factor salarial o prestacional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 3274. Actor : Jairo Arbeláez Arias. Autroridades Departamentales.

JAIRO ALVAREZ ARIAS, en ejercicio de la acción de nulidad, demanda la nulidad del Decreto Departamental N° 0183 del 6 de abril de 1982, proferido por el Gobernador del Quindío y mediante el cual se ordenó reconocer " un derecho al Magisterio de Primaria del Departamento". Como hechos fundamentales en que sustenta la solicitud, expresa que el acto ordena el reconocimiento y pago de bonificaciones del 5% sobre el sueldo básico mensual, con base en el acuerdo con el Sindicato de los Institutores y con fundamento en disposiciones normativas locales y nacionales, aplicables a dicho sector educativo.

Advierte el actor que se violan flagramente las normas Constitucionales, porque el Gobernador carecía de facultades para ello, pues la Asamblea no le había otorgado facultades ni tampoco había recibido delegación por la ley, incurriendo así en desvío de poder y falsa y errónea motivación.

El ataque del actor, basicamente lo refiere a que una vez nacionalizada la educación primaria, conforme a la ley 43 de 1975, los maestros por tener el carácter de empleados nacionales, la fijación de sus salarios le corresponde al legislador, y en ningún caso a las autoridades locales.

Como normas violadas, citó los siguientes Artículos : 20, 62, 76, Num. 9, 12 y 13 , 118 Num. 8, 120 Num, 2, 11 y 21, 135, 182, 187, 194 Num.1 y 9, 201,207, 208, 210, 212, y 213;6, 52, 68 Num. 1, 69 (sustituido por la ley 202 de 1936), 97 Num. 1, 9, 25, 35 y 37, 127 y 237; 1 a 4, 13 y 26 D. 2703 de 1959; D 124 de 1973; 1, 2, 3, 6, 11 Lit. b) y 14 L. 43 de 1975; 12 D. 102 de 1976; 1 a 7 D. 223 de 1977; 4 L. 8 de 1979; 36 Lit. b) y f) D. 2277 de 1979; 11 D. 715 de 1978; 9D. 386 de 1980; 8 D. 329 de 1981 y 7 D. 269 de 1982.

No aparece constancia en el proceso de que haya dado traslado al Fiscal del Tribunal para que rindiera concepto ni que dicho funcionario lo haya rendido.

El Tribunal Administrativo del Quindío, mediante sentencia, se declaró inhibido para fallar de fondo en el proceso, por considerar que el acto acusado no crea salarios ni prestaciones sociales y solamente reconoce y ordena pagar unas bonificaciones, ignorando el Tribunal cual fue el acto o actos mediante los cuales se creó en favor de los educadores de primaria , el sobresueldo o bonificación del 5% del sueldo, lo cual pudo haberse creado en el acuerdo con el Sindicato o en los Decretos Departamentales 584 de 1977 y 32 de 1978 y como estas últimas normas no fueron aportadas al proceso, " la Corporación no puede formarse una idea clara y concreta acerca de lo que es materia de debate en el presente asunto, optándose por una decisión inhibitoria al respecto. "

Apelada la sentencia, el actor principalmente critica el fallo, expresando que el propio Tribunal conocía el alcance de los Decretos Departamentales 584 de 1977 y 32 de 1978, pues dicha Corporación los declaró nulos, en sentencia del 26 de junio de 1987, por considerar que el Gobernador había excedido las facultades de que estaba investido, ya que al personal docente del orden nacional, el Gobernador no puede fijarle las escalas salariales.

Agrega el actor que " Debió el fallador primario, aplicar en este caso la ' teoría del decaimiento ', es decir, desaparecidos los actos que sirvieron del sustento a otros posteriores, deben desaparecer también estos, y si los primeros por ser violatorios de normas superiores fueron declarados nulos, con mayor razón los actos que se profieran al amparo de ellos, nacen viciados de nulidad. "

Agrega el demandante que ha debido proferirse fallo de mérito aun cuando este fuera denegando las súplicas de la demanda, pues el fallo inhibitorio sólo procede cuando la relación procesal se constituye irregularmente, o existe defecto en los presupuestos, en la capacidad para ser parte o en la demanda en forma.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, conceptúa que la sentencia debe ser confirmada, por cuanto la demanda es inepta ya que se ejercitó una acción

equivocada. Agrega que la acción de lesividad ha caducado, pues la declaración de nulidad se traduciría en restablecimiento del derecho vulnerado, que no es otro que el interés del Fisco Departamental.

Con posterioridad al concepto fiscal, mediante Sala Unitaria, se declaró la nulidad de todo lo actuado, a partir del auto de la demanda, por cuanto " el presente asunto no podía resolverse sin haber emplazado a las personas indeterminadas beneficiarias con aquel reconocimiento, configurándose la causal 9ª de nulidad procesal establecida en el Artículo 152 del C.P C. aplicable por remisión prevista en el Artículo 165 del C.C.A. "

Surtido el recurso ordinario de súplica, la Sala de decisión, revocó la providencia suplicada, disponiendo que se tramitara el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia por la parte actora.

La providencia, luego de analizar detenidamente el auto recurrido, expresa en uno de sus apartes :

" 3. - Tiene razón sin duda el suplicante al anotar que ni el acto acusado ni el proceso mismo implican *interes (sic) directo* " para una persona determinada o un número determinado de personas ", pues, al contrario, se refieren y pueden afectar *a todo el conglomerado de docentes* oficiales de primaria de ese sector del país, igual que ocurriría con la Ordenanza que crea un municipio o " el acto por el cual se fija el valor del transporte urbano ", que interesan a todos los habitantes de la región y no a personas particularizadas singularmente. - Hay interés, pero es indirecto.

En tal virtud, si se tiene en cuenta que la disposición procesal aplicable no es propiamente el numeral 9° del artículo 152 del C.P.C. sino el numeral 2° del artículo 207 del C.C.A. , que tiene carácter especial, la conclusión que se impone es la de la actuación se ha adelantado en forma regular y correcta."

Para resolver se considera:

1) El acto acusado, es un acto de carácter general, y su interés no es directo, sino indirecto, por referirse a un conglomerado de personas indeterminadas. Por consiguiente, la acción de simple nulidad, fue debidamente ejercitada y no dable por lo tanto, precisar la caducidad de ella, pues la ley no la ha contemplado.

2) El acto acusado en su tenor literal y alcance, no crea un derecho subjetivo concreto, pues se orienta a ordenar el reconocimiento y pago de la bonificación preexistente, a los educadores de primaria del servicio del Departamento y que puedan tener derecho a ella, conforme a los Decretos Departamentales 584 de 1977 y 0032 de 1978 y los Decretos Leyes 715 de 1978 y 386 de 1980.

Textualmente dicen los dos artículos del Decreto acusado :

DECRETO NUMERO 0183
ABRIL 06 DE 1982

" Por el cual se reconoce un derecho al Magisterio de Primaria del Departamento. "

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL QUINDIO, en uso de sus atribuciones legales y

CONSIDERANDO : (. . .)

DECRETA :

Artículo 1° , Ordénase el reconocimiento y pago de la bonificación de 5% mensual sobre el sueldo que tenian el 1° de enero de 1978 a los Educadores a que se refiere la parte motiva de este Decreto y a partir del 1° de enero de 1978. PARAGRAFO : El Gobierno Departamental reconocerá y ordenará el pago de las sumas que por concepto de bonificación del 5% se deben a los educadores al servicio del Departamento en las mismas condiciones de que habla este artículo, aun cuando no estuvieren representados por los Apoderados del Magisterio.

Artículo 2° Por conducto de la Tesorería Departamental se hará la liquidación y pago respectivo. "

3) La Sala considera importante señalar que el Departamento del Quindío, respecto al personal docente de enseñanza primaria y secundaria de los planteles nacionalizados por la ley 43 de 1975, carece de competencia para modificar el régimen salarial y prestacional, por disposición de los artículos 11 del Decreto Ley 715 de 1978 y 9 del Decreto Ley 386 de 1980 . Este último preceptúa lo siguiente:

" Por el cual se fijan las asignaciones básicas mensuales correspondientes a los distintos grados del Escalafón Nacional Docente y se dictan otras disposiciones .

(. . .)

Artículo 9° :

De la prohibición de modificar el régimen salarial. El régimen de remuneración del personal docente a que se refiere el presente Decreto, no podrá ser modificados por las autoridades departamentales, intendenciales, comisariales y el Distrito Especial de Bogotá, ni por las Juntas Administrativas de los Fondos Educativos Regionales."

Por este aspecto, le asiste razón al actor.

4) Aun cuando el Decreto 715 de 1978, no regula ninguna bonificación en cuantía del 5%, el literal e) del Artículo 4° del Decreto Ley 386 de 1980, si lo hace. Dice esta disposición :

" De otras asignaciones, fíjanse las siguientes asignaciones básicas mensuales para el personal que a continuación se determina.

e) Para los maestros de las escuelas piloto nacionales, la asignación básica que corresponde al grado que acrediten en el escalafón, más un 5% de dicha asignación. "

5) Podría considerarse que el acto acusado, resulta violatorio del ordenamiento jurídico, respecto de la orden impartida por el Gobernador de pagar la bonificación de los empleados docentes nacionalizados, con cargo al presupuesto Departamental.

Sin embargo, la ausencia probatoria en el proceso, del contrato interadministrativo que pudiera existir entre la nación y el Departamento del Quindío, sobre las obligacions de uno y otro, respecto de esta materia, de una parte y de la otra, porque lo cargos formulados en la demanda, no invocaron una norma específica, ni un cargo concreto, impiden analizar, si existe esta clase de violación.

Por consiguiente, como puede observarse disposiciones legales que autorizaban el pago de la bonificación a que hace referencia el acto acusado y como no quedó demostrado en el proceso, que el Decreto Departamental 183 de 1982, haya creado un nuevo factor salarial o prestacional, no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo del 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 Fiscal.

F A L L A :

PRIMERO : *REVOCASE LA SENTENCIA APELADA Y EN SU LUGAR, DENIEGASE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.*

SEGUNDO : En firme el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veinticuatro (24) de julio de mil novecientos noventa y uno (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.

CONGRESO/ COMPETENCIA/ ESCALAFON DOCENTE/ SUPRESION DEL CARGO

El actor no estaba obligado a demandar el acto de supresión del empleo. Ningún empleado puede considerarse amparado y encontrar vulnerados sus derechos, cuando ellos se predican con base en disposiciones expedidas por autoridades sin competencia para proferirlas. El escalafón docente de los profesores de las entidades universitarias del orden Nacional y Territorial y la consiguiente estabilidad laboral deben emanar de la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto nueve (9) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Rereferencia : Expediente N° 3500. Actor : Bernardo Mejía Osorio. Autoridades Departamentales.

El docente BERNARDO MEJIA OSORIO, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N° 600 de 4 de julio de 1986, proferida por el Rector del Politécnico Colombiano JAIME ISAZA CADAVID y mediante la cual se ejecutó la supresión de unos cargos, ordenados por el Consejo Superior de dicha entidad oficial.

Como hechos fundamentales, expresa que ingresó al escalafón docente el día primero de julio de 1983, a partir del primero de octubre de 1985 su escalafón fue de Profesor Titulado, con derecho a estabilidad de cinco años en el cargo; que por Acuerdo N° 12 de junio de 1986 el Consejo Superior del Instituto Superior del Instituto, suprimió varios cargos de profesores de tiempo completo, en las unidades de Tecnología Administrativa y Tecnología en Desarrollo Humano; que para concretar estas supresiones, se expidió el acto acusado, mediante el cual se dispuso

su retiro del servicio, desconociendo su escalafón docente como profesor titular de tiempo completo, el cual le otorga estabilidad por cinco años y como a dicho grado había llegado en octubre de 1985, el día 4 de julio de 1986, fecha de expedición del acto acusado, el período de su estabilidad, aún no había vencido.

Como normas violadas cita las siguientes : Artículos 17 y 192 de la C.N. ; 23, 35, 47, 48, 50 y 52 del Decreto Departamental 1309 de 1983; 46 literal a), i), 59 y 137 literal b) de la Ordenanza 82 de 1983 modificatoria parcialmente del anterior; 12 literal c) y d) del Decreto 1310 de 1983; 85 y 316 del Decreto 1222 de 1986.

La demanda, no solicita la nulidad del acto administrativo de supresión del cargo.

El Politécnico Colombiano JAIME ISAZA CADAVID, aún cuando fue notificado de la demanda, no se hizo representar judicialmente, no dio contestación a la demanda ni presentó alegatos de conclusión.

En el término de traslado para alegar de conclusión, el demandante reiteró sus peticiones y agregó que ponía en duda la capacidad del Consejo Superior del ente demandado para suprimir cargos, pues a su juicio, solamente estaba facultado para suprimir dependencias académicas y administrativas y programas académicos según el artículo 12 ordinales c) y d) del Decreto 1310 de 1983.

La Fiscal Segunda del Tribunal Administrativo de Antioquia conceptúa que el Tribunal debe acceder a las peticiones de la demanda, porque siendo el actor funcionario inscrito en el escalafón docente " la administración debió respetar el status que ampara al funcionario. "

El Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia se declaró inhibido para fallar el proceso, por ineptitud sustantiva de la demanda, por considerar que el actor demandó unicamente la nulidad del acto rectoral mediante el cual lo retiró del servicio, dejando de hacerlo respecto del acto administrativo de supresión de cargos del Consejo Superior. "

El actor interpuso el recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la decisión del Tribunal, por cuanto a su juicio no es posible que la demanda se dirigiera contra dos actos de naturaleza totalmente diferentes : uno de índole general, como lo es el acto del Consejo Superior, con el cual se suprimieron los cargos, y el otro; de origen particular, la resolución rectoral de retiro del demandante, pues " se utiliza el malabarismo jurídico para obviar la expresa prohibición de la ley, relativa a la imposibilidad de acumular en una misma demanda acciones tan distintas."

Ante el Consejo de Estado, las partes se abstuvieron de alegar y el Fiscal Cuarto, solicita se confirme el fallo inhibitorio, por cuanto " el accionante tan sólo demandó la nulidad del acto proferido por el Rector de tal suerte que si se hubiese

anulado, habría quedado vigente el acto que suprimió el cargo que desempeñaba el señor Mejía."

Para resolver se considera :

1) El Politécnico Colombiano JAIME ISAZA CADAVID, es un establecimiento público de educación superior, del orden departamental, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 1310 de 1983, estatuto general, de dicha entidad.

2) Del examen del Estatuto General del Instituto Colombiano JAIME ISAZA CADAVID, se concluye que la creación y supresión de empleos en dicho organismo, se debe realizar agotando la facultad de que esta investido el Consejo Superior con la aprobación del Gobierno Departamental, de conformidad con el Decreto 1310 de 1983 en armonía con el artículo 305 del Decreto ley 1222 de 1986, cuyos textos preceptúan lo siguiente :

Decreto 1310 de 1983 :

Artículo 12 :

" Son funciones del Consejo Superior las siguientes :

(. . .)

e) Expedir, con arreglo al presupuesto y a las normas legales y reglamentarias, a propuesta del Rector, la planta de personal de la institución, con señalamiento de los cargos que serán desempeñados por docentes y por empleados del orden administrativo. "

Decreto Ley 1222

Artículo 305 :

Con aprobación del Gobierno Departamental, las juntas directivas de los establecimientos públicos y de las empresas industriales determinarán las plantas de personal con sujeción a las normas que expidan las Asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleados."

3) Además del acto de supresión del cargo, el Rector fundamentó el acto acusado con lo preceptuado en el artículo 18 literal f) del Decreto 1310 de 1983, cuyo texto dice :

" Son funciones del Rector :
(. . .)

f) *con arreglo a las disposiciones* pertinentes, nombrar y remover al personal de la institución . " (se subraya).

4) La creación o supresión del cargo, es un acto de carácter general, abstracto e impersonal que se realiza con miras al interés administrativo.

El acto de separación del servicio, bien sea que esté contenido en una mera comunicación o en una resolución o decreto, lo expide la autoridad competente en relación con una persona determinada, en ejecución del acto general, y tiene distintas consecuencias si se trata del empleado de libre remoción, o si el funcionario está amparado por un estatuto de carrera.

Por consiguiente, la Sala concluye que el acto de supresión de un empleo y el acto de retiro del servicio de un funcionario, son actos administrativos independientes, que no guardan entre si una conexidad necesaria y por lo tanto uno y otro, pueden existir autonomamente, y producir separadamente efectos jurídicos y administrativos.

Esta Sala, en sentencia de 12 de septiembre de 1990, con ponencia del Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ, expediente N° 750, actora ISABEL AVENDAÑO DE MENDEZ y en relación con la supresión de empleos en el orden nacional, tuvo ya la oportunidad de expresar que " en parte alguna de la Constitución o de la ley, se prohibe al Jefe de Estado la supresión de tales empleos por el hecho de que quienes los ocupen de encuentran inscritos en carrera administrativa ", pues estos funcionarios tienen a su favor, un derecho preferencial para ser nombrados en puestos equivalentes de la nueva planta de personal.

Con base en este criterio no se declaró la nulidad de tal acto de carácter general, abstracto e impersonal, ya que " el solo hecho de su expedición no lesiona ningún derecho."

Por lo mismo, la Sala no puede exigirle al actor en el presente caso, que demande el acto de supresión del empleo, para luego expresarle que tal acto por el solo hecho de su expedición no lesiona ningún derecho. Distinta sería la situación si el actor debiera atacarlo porque se sabe con serguridad que su ilegalidad es manifiesta y existe una necesaria e inequívoca relación de causalidad entre la supresión y el acto comunicación o separación del servicio.

Por lo tanto, la Sala concluye que el actor no estaba obligado a demandar el acto de supresión del empleo y por este motivo a la demanda no se le puede hacer ningún reparo.

5) Establecido que la demanda dirigió su ataque en forma adecuada contra el acto de retiro del servicio del empleado escalafonado, deberá examinarse si le asiste razón al demandante en su petición.

6) El actor acreditó su calidad de docente escalafonado en el "Instituto Politécnico Colombiano JAIME ISAZA CADAVID " , con base en la ordenanza N° 82 de 1983 y del Decreto Ordenanza N° 1309 de 1983, conforme lo expresó en la demanda.

7) Sin embargo, estos posibles derechos cuya titularidad predica en su favor y que constituían la base para consolidar sus pretensiones y el fundamento jurídico para la entidad demandada fuera condenada, deben analizarse frente a las normas constitucionales, según las cuales, los funcionarios cualquiera sea el orden territorial al cual pertenezcan, y que tenga la facultad de nombrar y remover empleados, no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso, de una parte, y de la otra, la competencia para expedir las disposiciones sobre los diferentes estatutos de carrera de los empleados oficiales en Colombia, está atribuida al Congreso de la República, no pudiendo ejercer esta atribución legislativa, ninguna Corporación Administrativa, por carecer de competencia para ello.

En contra partida, ningún empleado, puede considerarse amparado y encontrar vulnerados sus derechos, cuando ellos se predican con base en disposiciones expedidas por autoridades sin competencia para proferirlas.

Sobre este particular, esta misma Sala, con ponencia de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, Expediente N° 4301, con fecha de junio 26 de 1991 dijo:

> " Es cierto que de acuerdo al artículo 192 del C.N. " las ordenanzas de las asambleas y los acuerdo (sic) de los concejos municipales son obligatorios mientras no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo ". Pero también lo es que esa obligatoriedad desaparece si tales ordenanzas o acuerdos pugnan con la Constitución, caso en el cual se impone su inaplicación por quien tenga competencia para ello y con efectos particulares.
>
> En efecto, también es obligatoria la aplicación de la ley mientras esté vigente, es decir, mientras no haya sido derogada o declarada inexequible por sentencia que produce efectos de cosa juzgada *erga omnes*. Y no obstante esa obligatoriedad, es dable dejar de aplicarla en un caso concreto cuando se manifiesta su incompatibilidad con la Constitución.
>
> La tesis de la improcedencia de la excepción de inconstitucionalidad respecto de Asambleas Departamentales y Acuerdos Municipales, derivado del artículo 192 de la Constitución llevaría a aceptar que mientras una ley puede dejar de aplicarse por ser contraria a la Carta Fundamental, una ordenanza o un acuerdo que no solamente infringen la Constitución sino también la ley que está por encima en el orden jurídico, deben cumplirse inexequiblemente hasta tanto por vía de acción no consiga su nulidad o suspensión.
>
> Razonando de esa manera se estaría, en últimas, dando preferencia a normas de inferior jerarquía, olvidando que la Constitución es la ley de leyes y debe ser respetada no sólo por el legislador sino también por las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales, los cuales obviamente tampoco pueden desconocer o contrariar la ley .
>
> Aceptar la obligatoriedad de las previsiones contenidas en las señaladas Ordenanzas en materia prestacional y, en consecuencia, hacerlas prevalecer

para sacar avante las súplicas de la demanda, equivaldría a reconocer un derecho con título enválido por ser contrario a la ley el fundamento en que descansa la pretensión. "

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de marzo de 1982, mediante la cual declaró exequible, el ordinal 4° del Artículo 1° de la Ley 8ª de 1979, que facultó al Presidente para expedir normas sobre Escalafón Nacional para el sector docente público y privado, reiteró que dicha regulación sobre el escalafón y carrera administrativa, es de competencia del legislador . Dijo esa alta Corporación lo siguiente:

"No se encuentra la Corte, por el contrario reparos a lo dispuesto por el ordinal 4°, del artículo 1° de la ley 80 (sic) referente a las normas sobre el Escalafón Nacional, pues se trata de una competencia perteneciente a las autoridades nacionales, ya que la reglamentación del Escalafón Nacional se refiere al ejercicio profesional de los educadores, materia atribuida a la ley por el artículo 39 y, en tanto éste sea aspecto de carrera administrativa, por el artículo 76. , ordinal 10°."

De lo anterior se concluye que el escalafón de los profesores de las entidades Universitarias del orden Nacional y Territorial, y la consiguiente estabilidad laboral, debe emanar de la ley.

Por consiguiente, el cargo que el actor hace al acto acusado en relación con la estabilidad de que gozaba al momento de ser retirado del servicio, no esta llamado a prosperar.

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

F A L L A :

PRIMERO : *REVOCASE LA SENTENCIA APELADA Y EN SU LUGAR, DENIEGANSE LAS SUPLICAS DE LA DEMANDA.*

SEGUNDO : En firme el presente fallo, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día 17 de Julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecomte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL/ TESTIMONIO

A la demandante sí le era admisible la prueba testifical para demostrar el tiempo que hubiese servido su cónyuge en la Contraloría Departamental. Con base en las declaraciones que obran en el proceso queda adecuadamente acreditado un lapso de servicios que, sumados a los no controvertidos, completa con creces, el tiempo mínimo requerido para tener derecho a la pensión.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.

Referencia : Expediente 1747. Actor ; Juana María Scaff de Salgado. Reconstrucción- Unica Instancia.

En ejercicio de la acción que consagraba el artículo 67 del C.C.A. anterior y por conducto de apoderado, la señora JUANA SCAFF DE SALGADO impetra las siguientes o semejantes declaraciones :

" *PRIMERA* : Que en el presente juicio se encuentra agotada la vía gubernativa en virtud del silencio administrativo por parte de la CAJA NACIONAL DE PREVISION en relación con los recursos oportunamente interpuestos contra la Resolución Número 7405 de 3 de Agosto de 1979, proferida por esa Entidad, por medio de la cual negó a la Señora JUANA SCAFF DE SALGADO, el reconocimiento y pago de la sustitución pensional del Doctor BOLIVAR SALGADO PUPO y se declare la nulidad de la mencionada providencia, así como las que se hubiesen dictado sin notificación o se dicten posteriormente.

SEGUNDA : Que como consecuencia de lo anterior se declare que la Señora JUANA SCAFF DE SALGADO o quien sus derechos represente tiene derecho a que por la CAJA NACIONAL DE PREVISION se le reconozca y pague la sustitución de la pensión de jubilación correspondiente a su esposo Doctor BOLIVAR SALGADO PUPO y a partir del fallecimiento del mismo, es decir desde el 11 de enero de 1977, con el 75% del mayor sueldo devengado por éste como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, junto con los aumentos ordenados por la Ley 4ª de 1976 y demás reajustes decretados por disposiciones posteriores ."(Fol.2).

En la demanda se invocan el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 y los artículos 2° y 30 de la Constitución.

Al explicar el concepto de la violación, se dice que el esposo de la demandante falleció antes de cumplir la edad cronológica por la pensión de jubilación, pero tenía completo el tiempo de servicios para tener derecho a ella, esto es, los veinte años contemplados en el artículo 6° del Decreto 546 de 1971.

Agrega la demandante :

" Sin embargo, la Caja Nacional de Previsión en la Resolución acusada, dejó de computar el total de tiempo de servicios del causante con lo cual sumaba veinte años y no tuvo en cuenta tampoco que la pensión se solicitaba de conformidad con el artículo 1° de la Ley 12 de 1975, que se había invocado y que determina el derecho a la pensión del otro cónyuge sin tener la edad de cincuenta y cinco años ". (Fol.4).

Adelante recalca que la " viuda adquirió el derecho a la pensión de jubilación de su cónyuge y al no decretarlo así la Caja Nacional de Previsión, quebrantó la disposición mencionada , lo mismo que el artículo 30 de la Constitución Nacional que garantiza los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes ". (idem).

En el alegato de conclusión, el apoderado de la entidad demandada solicita se denieguen las pretensiones de la actora, con base en el siguiente argumento :

" En el caso presente, está demostrado que el Doctor SALGADO PUPO falleció sin haber cumplido la edad cronológica legal, es decir los 55 años; por esto, se llenaría el requisito respectivo exigido por el artículo 1° de la Ley 12 de 1975.

Sinembargo, en cuanto al requisito del tiempo servido como empleado oficial, las pruebas admisibles presentadas para acreditarlo, sólo demuestran que trabajó 18 años, 8 meses y 28 días en entidades oficiales. La parte actora pretende hacer valer el tiempo comprendido de enero 2 de 1950 al 30 de diciembre de 1951, es decir, 1 año, 11 meses, y 28 días, mediante pruebas supletorias consistentes en declaraciones de testigos.

Pero resulta que al tenor de los artículos 7° y 8° de la Ley 50 de 1986, las pruebas principales prestablecidas y escritas no fueron agotadas, puesto que no presentó pruebas suficientes de que los archivos hubiesen desaparecido,ya que no se recurrió a otras oficinas o archivos distintos a la Contraloría Departamental de Bolívar, para así haber demostrado la falta absoluta y bien justificada de la prueba principal.

De otra parte, las declaraciones en sí, no llenan las condiciones exigidas en el artículo 9° de la citada Ley, especialmente en cuanto a que el examen o las exposiciones se limitaron a contestar textualmente los puntos dados por el interesado peticionario, dando fechas exactas habiendo ya transcurrido 30 años de los hechos; tampoco los testimonios recibidos en presencia del Agente del Ministerio Público. " (Folio 32).

El señor Fiscal Cuarto de la Corporación, en vista reglamentaria, expresa que no comparte la crítica adversa de la administración a la credibilidad de las declaraciones que aprobó la accionante y que, por lo demás, fueron mejoradas de fondo y de forma y purgadas del vicio que la demandada les atribuyó por la omisión de citar al Ministerio Público.

Y explica :

" Tales declaraciones son visibles a folios 151 y s.s. , y, por su virtud habida cuenta que la certificación obrante a folio 12 acreditada la incineración del archivo de la Contraloría Departamental de Bolívar por los años de 1934 a 1957 y viabiliza la aducción de prueba supletoria, cumple admitir que el Dr. Bolívar Pupo si laboró en el servicio público más de veinte (20) años exigidos por la ley. " (Flos. 234-235).

Concluye que " la actora queda amparada en su pretensión de sustitución en el disfrute de dicha pensión por el artículo 1° de la Ley 12 de 1975 " y, por lo mismo, " las súplicas de la demanda, apoyadas en esta norma, deben ser acogidas ".

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985, se procede a dictar sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Según lo afirma la accionante, se agotó la vía gubernativa " en virtud del silencio administrativo ".

Efectivamente, la entidad demandada no decidió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución acusada N° 7405 del 3 de agosto de 1979 (fols. 105-107) dentro del plazo previsto en el parágrafo del artículo 18 del Decreto 2733

de 1959 . Además de ello, dejo de resolver el de apelación que en forma subisidiaria se había interpuesto (Fol.112) . No se salva la omisión por el hecho de que en la Resolución N° 2037 del 2 de abril de 1980 (Fols. 115-116), que desata la reposición confirmando la Resolución 7405 en cita, se diga que contra ella procede recurso de apelación, puesto que no se trataba de dar nueva oportunidad para interponer recurso, sino de decidir el subsidiario de apelación interpuesto simultaneamente con el de reposición el día 4 de febrero de 1980. (Fols. 112) . Aparece notificada la Resolución 2037 por edicto de octubre 26 de 1981 y la demanda presentada en mayo 11. (Fls. 5, 121).

Por ser hecho comprobado, en el *sub-lite* no se cuestiona que la demandante reúna los requisitos de ley para pedir en su condición de cónyuge *superstite* del doctor BOLIVAR SALGADO PUPO. Lo que arguye la entidad demandada es que éste no alcanzó a completar los veinte años de servicios requeridos para crear el derecho a la pensión de jubilación, como lo exige el primer artículo de la Ley 12 de 1975.

Tomando en cuenta el aparte transitorio del folio 32 y el considerando de la Resolución acusada 7405 del 3 de agosto de 1979 (Fol.105), se advierte que para la Caja Nacional de Previsión Social la actora demuestra fehacientemente que su esposo trabajó como empleado oficial " *18 años, 8 meses y 28 días* " ; pero que, en cambio, no es idónea ni conducente la prueba con la que quiere demostrar servicios prestados en la Contraloría Departamental de Bolívar en " el tiempo comprendido de enero de 1950 al 30 de diciembre de 1951, es decir, 1 año, 11 meses y 28 días. mediante pruebas supletorias consistentes en declaraciones de testigos. "

Agrega la entidad :

> " Pero resulta que al tenor de los artículos 7° y 8° de la Ley 50 de 1886, las pruebas principales prestablecidas y escritas no fueron agotadas, puesto que no presentó pruebas suficientes de que los archivos hubiesen desaparecido, ya que no recurrió a otras oficinas o archivos distintos a la Contraloría Departamental de Bolívar, para así haber demostrado la falta absoluta Y bien justificada de la prueba principal ". (Fol. 32).

Al respecto, se observa la Sala que el anterior reparo aparece de consistencia porque la demandante, en noviembre de 1980, había elevado al Contralor de dicho departamento una solicitud del siguiente tenor :

> " Por medio del presente solicito a Ud. se sirva ordenar a quien corresponda para que se me expida una Certificación sobre el tiempo de Servicio prestado por mi esposo (fallecido) BOLIVAR SALGADO PUPO, quien desempeñó un cargo en esta Entidad en período comprendido del año de 1950 a 1951, asimismo se establezca qué Entidad hace los pagos y tiene injerencia en el pago de sueldo de los Empleados que laboran en la Contraloría Departamental ". (Fol.14)

La solicitud fue respondida con el informe de que " se INCINERARON documentos que estaban en el Archivo General correspondiente a los años de mil novecientos treinta y cuatro (1934) a mil novecientos cincuenta y ocho (1958) inclusive, con lo que queda entendido que los documentos que correspondían a los años mil novecientos cincuenta (1950), y mil novecientos cincuenta y uno (1951) fueron incinerados". (Fols.14-14 vuelto).

De otro lado, la Administración de Impuestos Nacionales de Cartagena certificó :

> " Que revisados los documentos que reposan en el Archivo de esta Administración, se comprobó que (sic) dependencia no reposan nóminas de pagos hechos en Empleados al servicio de la Contraloría del Departamento de Bolívar". (Fol.128).

Luego es imperioso concluir de las anteriores certificaciones que sí le era admisible a la demandante la prueba testifical para demostrar el tiempo que hubiese servido su cónyuge en dicha Contraloría.

Aclarado este punto, procede la Sala al análisis valorativo de los testimonios aducidos al proceso para acreditar el referido tiempo de servicios.

Lo primero que se advierte es que son los mismos testimonios a que se refiere el Ministerio Público en su vista fiscal, esto es, a los rendidos por ALCIDES ANTONIO MARQUEZ MIRANDA y ANTONIO LUIS GARCIA ANGULO, solicitados en memorial del 31 de agosto de 1991 (Fols. 8-9) recepcionados mediante juez comisionado al efecto, en audiencia pública celebrada el 21 de julio de 1987 por el Juez Primero Civil del Circuito de Cereté.

El primero de los testigos, tras afirmar que conocía al Doctor BOLIVAR SALGADO PUPO desde la edad de los 10 u 11 años y que, inclusive, fueron compañeros de colegio hasta cuatro años de bachillerato, en relación con el interrogante de si es cierto o no que el doctor SALGADO PUPO había laborado al servicio de la Contraloría Departamental de Bolívar, repondió así :

> " Bueno, yo sí (sic) que BOLIVAR SALGADO PUPO trabajó en la Contraloría Departamental de Bolívar y estuvo trabajando durante más de un año, más o menos durante un (1) año y tres (3) meses si no estoy mal ; esto me consta porque yo desde Bogotá venía con bastante frecuencia a Cartagena a visitar unos familiares que allí tenía incluso tengo todavía; estando en Cartagena visitaba a BOLIVAR SALGADO estando trabajando en la Contraloría Departamental y la primera vez que lo visité recuerdo que le dije: Bolívar triunfaste,te felicito, yo me quedé en bachillerato ', si mal no recuerdo estaba cursando ya el quinto año de Derecho en la Universidad de Cartagena; recuerdo que en la época que BOLIVAR trabajó en la Contraloría Departamental de Bolívar el Contralor era el doctor MARCO DIAZ CASTILLO, oriundo de Chinú (Córdoba); en todo caso para esa época yo no

fui empleado de la prenombrada Contraloría. PREGUNTADO: Por el cuarto y último punto del interrogante que dice: Diga el declarante qué empleo tuvo o desempeñó el señor BOLIVAR SALGADO PUPO en la Contraloría Departamental de Bolívar y el sueldo aproximado en el período laborado? CONTESTO " No señor, no recuerdo el cargo que BOLIVAR desempeñó en dicha Contraloría y tampoco recuerdo el sueldo que devengaba. Yo recuerdo que él me dijo cuanto devengaba, incluso en momentos que lo visitaba y que coincidía con el pago de su sueldo me invitaba a tomarnos unas cervezas y a veces Whisky, pues nos íbamos para los lados del terminal marítimo de Cartagena por los lados de Manga y allí lo conseguíamos más barato."(Fol.152).

En lo pertinente, la declaración del segundo de los testigos es coincidente :

" Sí conocí presonalmente al doctor BOLIVAR SALGADO PUPO, lo conocí por los alrededores del año cincuenta (50) cuando estudiaba en la ciudad de Cartagena y durante ese lapso de estudiante de derecho vivió en mi casa, ya que mi familia tenía una modesta pensión en el barrio DANIEL LEMAITRE de Cartagena y para esa misma fecha él trabajaba en la Contraloría Departamental de Bolívar. PREGUNTADO : Por el tercer punto del Interrogatorio, que dice : Diga el declarante si es cierto o no que el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO, laboró al servicio de la Contraloría Departamental de Bolívar y en caso afirmativo, durante qué tiempo y por qué le contesta, expresando igualmente las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y si igualmente usted fue para la misma época empleado de la misma Contraloría ? CONTESTO : Como ya dije, el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO, trabajó en la Contraloría Departamental de Bolívar, eso para el año de 1951 a 1952 más o menos, pues precisar fecha es muy difícil, y me consta precisamente porque el vivía en mi casa para esa misma época, en que el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO trabajó en la Contraloría mencionada yo también trabajaba en la misma, pero sobre eso creo que no existe ni datos en la citada Contraloría, como esos eran puestos políticos esa Entidad era un poco desordenada. PREGUNTADO : Por el cuarto punto del interrogatorio, que dice : Diga el testigo qué cargo desempeñó el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO en la Contraloría Departamental de Bolívar y qué sueldo devengó? CONTESTO : No señor, no recuerdo. PREGUNTADO : Diga si tiene algo más que agregar? CONTESTO : Bueno, que el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO laboró en la mencionada Contraloría cuando finalizaba su carrera de derecho y lo hizo para sufragarse sus estudios, precisamente por falta de dinero tuvo que perder un año de estudios y terminó con el sueldo que devengaba la Contraloría además si mal no recuerdo él creo que duró trabajando en la Contraloría como dos años y medio; es todo."(FOL.153).

Encuentra la Sala que los anteriores testimonios son responsivos y particularizados y que, por su tenor, no dejan duda sobre su espontaneidad y seriedad. Dan ellos la certeza de que efectivamente el esposo de la demandante, como ella lo afirma, fue empleado de la Contraloría del Departamento de Bolívar.

Estima la Sala que con tales declaraciones, queda adecuadamente acreditado un lapso de servicios que, sumado a los no controvertidos 18 años, 6 meses, 28 días, completa, con creces, el tiempo mínimo requerido para tener derecho a la pensión que consagra el artículo 1° de la precitada Ley 12 de 1975, el que contra las previsiones de esta norma, fue negado por los actos acusados.

Finalmente, para los efectos del artículo 6° del Decreto 546 de 1971, se tiene que las certificaciones de folios 58 a 61 demuestran adecuadamente que el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO estuvo al servicio de la rama jurisdiccional por tiempo superior o previsto en dicha disposición, lo que da derecho a su viuda " a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación más elevada que hubiera devengado en el útimo año de servicio " el doctor BOLIVAR SALGADO PUPO, a partir de la fecha de su defunción, que ocurrió el día 12 de enero de 1977 (Fol.76).

En mérito de lo expuesto y de acuerdo con el colaborador Fiscal, 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,

F A L L A :

1. - Declárase configurado el silencio administrativo negativo respecto de los recursos interpuestos contra la Resolución N° 7405 de agosto 3 de 1979, expedida por la Caja Nacional de Previsión Social.

2.- Decrétase la nulidad de la Resolución en referencia y se dispone en su lugar, que la Caja Nacional de Previsión Social deberá reconocer y pagar a la señora JUANA SCAFF DE SALGADO , por vía de sustitución, la pensión de jubilación correspondiente a su esposo doctor BOLIVAR SALGADO PUPO a partir del fallecimiento de éste, el 12 de enero de 1977, en cuantía del 75% del mayor sueldo devengado por el mismo como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Córdoba, junto con los correspondientes reajustes legales.

3.- A la presente sentencia se dará cumplimiento en los términos del artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

4.- Reconócese el Doctor ROBERTO RODRIGUEZ D'ALEMAN como apoderado sustituto del Doctor HERNANDO HERRERA VERGARA, quien venía actuando en representación de la parte actora (FOL.1), en los términos y para los efectos del poder visible a folios 238.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 31 de julio de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

FER-Naturaleza Jurídica/ **LEGITIMACION POR PASIVA**

Los FER constituyen verdaderos repartimentos administrativos del Ministerio de Educación, por cuanto a dicha dependencia se encuentran sometidos a efectos de la aprobación de sus presupuestos de rentas y gastos, de su planta de personal, la creación de los nuevos cargos docentes y administrativos que se requieran para el normal funcionamiento de los planteles de la respectiva entidad cuya administración haya asumido el FER, o de aquellos por cuyos gastos responde. Ningún estatuto legal cataloga a los FER como personas jurídicas con capacidad para contraer obligaciones o para ser demandadas. El fallador impuso a la Junta Administradora del FER del Huila el compromiso no sólo de expedir el correspondiente acto de reintegro al servicio del accionante sino de pagarle los salarios y emolumentos, estableciendo en su contra una serie de obligaciones que, por mandato legal, no es susceptible de satisfacer.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 2597. Actor : Luís Alberto Ramírez Galindo. Recurso de Anulación.

El Departamento del Huila, por intermedio de apoderada, interpuso recurso extraordinario de anulación contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de sección del país , el 19 de enero de 1987, en el proceso instaurado por LUIS ALBERTO RAMIREZ GALINDO contra el mencionado Departamento y el Fondo Educativo Regional, encaminada a obtener la nulidad del Decreto N° 332 de abril 8 de 1985, mediante el cual fue declarado insubsistente del cargo de Profesor Almacenista Nivel VI Grado 13, de la Normal Departamental Mixta de Neiva y el correspondiente restablecimiento del derecho.

La sentencia impugnada

El Tribunal del conocimiento en sentencia de enero 19 de 1987, accedió a las súplicas del demandante, en virtud de que consideró improcedente la utilización por parte de la autoridad nominadora del mecanismo de la insubsistencia para separar del servicio al accionante, no sólo por el hecho de no habérsele permitido desempeñar las funciones del cargo citado para el cual había sido nombrado mediante Decreto 241 de marzo 8 de 1985, a pesar de haber solicitado, luego de su posesión en el mismo, la entrega de la correspondiente oficina, sino que tal medida se justifica unicamente cuando se adopta con miras a mejorar el servicio público, o a reemplazar a un funcionario por otro de superior categoría o se trate de un servidor inepto o deshonesto o que por cualquier otra circunstancia no pueda ocupar cargos públicos.

Aduce también el fallador que no procedía la insubsistencia del nombramiento del accionante , " porque la administración en una actitud omisiva y negligente se privó de la oportunidad de conocer el presunto rendimiento de RAMIREZ GALINDO en el desempeño de sus funciones e injustificadamente le negó a éste el derecho de ejercer el cargo y de demostrar sus cualidades y aptitudes. "

(. . .)

" Así las cosas, y en virtud del planteamiento anterior lo que existe dentro del acto ahora acusado es una revocatoria directa disfrazada de insubsistencia.- ya veremos como en este caso el Gobernador no podía revocar su propia acto porque se trata de uno de aquellos que por crear una situación jurídica de carácter particular y concreto, no podía ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del titular."

El recurso

El Departamento del Huila por intermedio de su procuradora judicial, interpuso recurso extraordinario de anulación contra el fallo comentado, argumentando que es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, y de los artículos 73 y 633 del C.C., 1°, 4°, y 6° del Decreto 102 de 1976 y el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo.

Para sustentar el cargo, el recurrente expresa que de conformidad con el artículo 73 del Código Civil, las personas son naturales o jurídicas y según el artículo 633 ibídem, la persona jurídica es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Sin embargo, dice, en la sentencia impugnada, de declara la nulidad del Decreto 332 de 1985, expedido por el Gobernador del Departamento del Huila en su carácter de Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Huila, FER, y ordena al Departamento del Huila, Junta Administradora del citado Fondo a integrar al demandante al cargo que ocupaba en la Escuela

Departamental Mixta de Neiva y a cancelarle los sueldos y demás prestaciones, dejadas de percibir en virtud de su separación del servicio, siendo que el artículo 4° del Decreto 102 de 1976, por el cual la descentralización de los planteles nacionales de educación, no le asigna funciones de representación legal a la citada Junta y menos al Gobernador del Huila, como Presidente de la misma, funciones a que en el artículo 6° de este Estatuto, unicamente, se le encarga de ejecutar las decisiones de la Junta Administradora del FER.

Y prosigue diciendo la entidad recurrente, que el Decreto citado en ninguno de sus artículos creó a los Fondos Educativos Regionales como personas jurídicas capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones, sino como organismos dependientes del Ministerio de Educación.

Consiguientemente, su Junta Directiva carece del mismo atributo y su Presidente, tampoco es representante legal, ya que el legislador no le otorgó esa prerrogativa.

En consecuencia, la sentencia está condenado a alguien inexistente, lo cual es violatorio del artículo 26 de la Carta, que estipula que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio que no son otras que las contenidas en el artículo 137 del C.C.A., que en su numeral 1°, haciendo relación al contenido de la demanda establece que se debe designar las partes y sus representantes legales y el artículo 44 del C.P.C. que prevé que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, toda persona natural o jurídica y que ésta última lo hará por medio de sus representantes legales.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación , es de opinión que se declare la improsperidad del recurso, por las siguientes razones :

> En el recurso extraordinario de anulación que nos ocupa se señalaron como preceptos violados por la sentencia objeto del mismo, algunos correspondientes a la normatividad legal de disciplina la capacidad legal para ser parte. Como materia corresponde al derecho procesal, y la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha consignado el recurso extraordinario de anulación no es viable cuando la normatividad pretensamente vulnerada por la sentencia no pertenece al derecho sustantivo; esta Fiscalía considera que debe hacerse declaración en tal sentido. (fl. 26 cdno.1).

Tramitado el recurso de conformidad con las prescripciones legales y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolverse previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

A pesar de que el plantear el cargo contra la sentencia se invocan normas de carácter instrumental, como son los artículos 137 del C.C.A. y 44 del C.P.C., cuya

violación, en términos del artículo 197 del Estatuto primeramente citado, no conduce a la anulación de las sentencias proferidas por esta jurisdicción, como bien lo anota la Colaboradora Fiscal, al examinar el escrito respectivo, se observa que la impugnación en el formulada, se fundamenta también en la transgresión de Cánones constitucionales y legales sustantivos, la cual sí conllevaría en caso de que esta se estableciera a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación.

Por ello, es menester verificar si la decisión adoptada por el Tribunal quebranta lo dispuesto en los artículos 73 y 633 del Código Civil y en los artículos 1°, 4° y 6° del Decreto Extraordinario N° 102 de 1976 y en el artículo 26 de la Constitución Política.

El artículo 73 del Código Civil precisa que, para el derecho, existen las personas naturales y las personas jurídicas y según el artículo 633 ibídem, reciben esta misma denominación, los entes ficticios, capaces de ejercer derechos y de contraer obligaciones civiles y de ser representadas judicial y extrajudiciales.

Por su parte, el Decreto Extraordinario 102 de 1976, dictado por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que les confirió la Ley 28 de 1974, con el fin de proponer por el mejor funcionamiento de los planteles de enseñanza, el ordenamiento más adecuado de los servicios educativos y la descentralización de aquellos que pueden funcionar más eficazmente bajo la dirección de autoridades seccionales, en sus articulos 1°, 2° y 3° establece la administración por los Fondos Educativos Regionales de los planteles de educación de las Universidades; la descentralización progresiva de los servicios educativos, de acuerdo con las necesidades sociales y la integración de las Juntas Administradoras de dichos Fondos, señalando que el Gobernador, Intendente, Comisario, o el Alcalde del Distrito Especial de Bogotá, en cada caso, presidirá los respectivos Fondos.

El artículo 4° del decreto citado consagra las funciones de las Juntas Administradoras de los FER, sin que en ninguno de sus literales se prevea que sus presidentes, tengan la facultad de llevar la representación de los respectivos Fondos Educativos Regionales.

Por lo demás, no sólo de las normas comentadas se infiere que los FER constituyen verdaderos repartimientos administrativos del Ministerio de Educación, por cuanto a dicha dependencia se encuentran sometidos a efectos de la aprobación de sus presupuestos de rentas y gastos, de su planta de personal, de la creación de los nuevos cargos docentes y administrativos que se requieren para el normal funcionamiento de los planteles de la respectiva entidad cuya administración haya asumido planteles el FER, o de aquellos por cuyos gastos responde, sino que al no encontrarse en ellas, ni en ningun estatuto legal, la catalogación de los FER como entidades autónomas juridicamente, esto es, como personas jurídicas con capacidad para contraer obligaciones o para ser demandadas, al designarse en un proceso a los Fondos Educativo Regionales, a través de su respectiva Junta Administradora, que es el órgano visible de su administración, como entidades responsables de hechos

y actuaciones que jurídicamente no les son imputables, se contraviene lo dispuesto en el artículo 633 del C.C.A., toda vez que se crea un centro de imputación distinto de aquellos que en el se establecen, en virtud de que se atribuyen responsabilidades a un ente considerado por el ordenamiento jurídico como carente de personería jurídica, incapaz de contraer obligaciones y de responder judicial o extrajudicialmente, cuando el citado precepto, en armonía con el artículo 73 del C.C. , confiere estas especiales condiciones, unicamente a las personas naturales y a las personas jurídicas.

La sentencia impugnada dispuso textualmente :

> El Departamento del Huila Junta Administrativa del Fondo Educativo Regional del Huila " FER" dentro del término establecido en el artículo 176 del C.C.A. , deberá reintegrar al señor LUIS ALBERTO RAMIREZ GALINDO al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría y cancelarle el valor de los sueldos y demás prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha de su insubsistencia hasta la de su reintegro previa deducción de las sumas que se demuestre ha devengado el señor Ramírez Galindo del erario público o de las entidades en las que tenga parte el estado.- (fls,. 78 y 79 cdno.2).

Es claro entonces, que el fallador impuso a la Junta Administrativa del Fondo Educativo Regional del Huila, esto es, al FER mismo, el compromiso no sólo de expedir el correspondiente acto de reintegro al servicio del accionante sino de pagarle los salarios y emolumentos referidos, estableciendo en su contra una serie de obligaciones que, por mandato legal, no es susceptible de satisfacer.

Es evidente, pues, la infracción de las normas legales comentadas, lo cual determina la prosperidad del recurso de anulación interpuesto por la parte actora demandada y no es necesario establecer el quebranto de las demás normas legales y constitucionales invocadas por el censor.

En tales circunstancias, corresponde a la Sala proferir el respectivo fallo de instancia, el cual sólo puede ser de carácter inhibitorio , toda vez que no es dable emitir un pronunciamiento de mérito cuando en la demanda no se designan correctamente las partes involucradas, tal como lo define el numeral 1° del artículo 137 del C.C.A.

En efecto, en el libelo se dijo que en ejecución de la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, se incoaba el correspondiente proceso " teniendo en cuenta como partes demandadas al Departamento del Huila y el Fondo Educativo Regional del Huila "FER " representado por el señor Gobernador del Departamento y el señor Presidente de la Junta Administradora del Fondo Educativo Regional del Huila " FER ", respectivamente ". (fl. 7 cdno.2).

Se tiene entonces, que, se demandó al Departamento del Huila y al FER de ese Departamento. El primero es ajeno a la responsabilidad derivada de la expedición

del acto demandado por cuanto el accionante no era empleado del Departamento del Huila, sino la Nación en virtud de la nacionalización de la educación primaria y secundaria que oficialmente venían prestando los Departamentos, los Municipios, las Intendencias y Comisarías, dispuesta por la Ley 43 de 1975.

Además si el Gobernador del Huila lo profirió, lo hizo en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER del Huila, órgano administrador, por delegación de los recursos fiscales y del personal docente y administrativo de los planteles educativos oficiales de esa Sección Territorial, obró entonces, en calidad de agente del Gobierno Nacional.

Por su parte el FER del Huila, según antes se anotó y por las razones analizadas, carece de la capacidad para concurrir a este proceso o a cualquier otro en calidad de demandante o demandado.

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

F A L L A :

ANULASE la sentencia de enero 19 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en el proceso promovido por LUIS ALBERTO RAMIREZ, con el fin de obtener la nulidad del Decreto 332 de abril 8 de 1985, expedido por el Gobernador del Departamento del Huila, en su calidad de Presidente de la Junta Administrativa del FER de ese Departamento.

Por los motivos expuestos en la parte motiva de este proveído, declaráse la INHIBICION para emitir pronunciamiento de mérito en el presente proceso, en cuanto al Fondo Educativo Regional del Huila, y SE DENIEGAN las peticiones de la demanda, frente al Departamento del Huila.

COPIESE, NOTIFIQUESE y una vez ejecutoriada esta providencia, DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y uno (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.

REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ MINISTERIO DE TRABAJO/ HUELGA-Ilegalidad/ **PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD**

La sociedad demandante sostiene que ella no dio el consentimiento como presupuesto de viabilidad de la revocatoria directa del acto administrativo. Fácil es colegir que todo el acto acusado, al revocar el artículo 2 de la Resolución número 031/83 (30 de agosto), quebrantó el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, por cuanto no contó para ello con el asentimiento que al efecto ordena esta disposición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia : Expediente N° 1676. Actor : Gaseosas Boyacá S.A. Reconstrucción-Unica Instancia.

Diciendo ejercer la acción consagrada por el artículo 66 del C.C.A. anterior, GASEOSAS BOYACA S.A. demanda ante esta Corporación la anulación de la Resolución N° 04177 de 22 de noviembre de 1983, por la que el Ministro de Trabajo y Seguridad Social revoca directamente el artículo 2° de la Resolución N° 03163 del 30 agosto de 1983, Resolución ésta que, luego de declarar ilegal la suspensión colectiva de actividades realizadas por un grupo de trabajadores de la sociedad demandante el 20 y 21 de junio de ese mismo año, la facultad para terminar unilateralmente los contratos de trabajo de quienes hubieran participado en la suspensión de labores. (Fols.21-36).

En los hechos anteriores de la demanda, a continuación de la transcripción de los artículos primero y segundo de la citada Resolución N° 03163 de 30 de agosto

de 1983, se expresa que el artículo segundo " creó a favor de ' GASEOSAS BOYACA S.A.' una situación jurídica individual y concreta" y que esta disposición fue revocada directamente a petición del Presidente del Sindicato de Trabajadores de la empresa, sin que ésta hubiese sido citada como parte interesada, según el procedimiento establecido por el artículo 5° de la Ley 58 de 1982 o, igualmente sin que hubiera existido su " *consentimiento expreso y escrito* ".

En el capítulo sobre normas violadas y el concepto de violación, la actora reitera que la resolución acusada infringió el artículo 5° de la Ley 58 de 1982 y recalca que " si la Resolución que se revocó había creado a favor de ' GASEOSAS BOYACA S.A. ' una situación jurídica individual, para revocarla era imperativo, como lo dispone el artículo 24 del Decreto N° 2733 de 1959, obtener previamente el *consentimiento expreso y escrito* de ' GASEOSAS BOYACA S.A. ' para tal revocatoria ". (Fol. 28 *infine).*

Y agrega a renglón seguido :

" Y no se obtuvo ese consentimiento, y sin embargo, el Ministerio profirió la Resolución de Revocatoria que se acusa, incurrió en violación ostensible, manifiesta de la norma citada".

Asimismo, se señala como quebramiento por el acto enjuiciado el numeral 2° del artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo.

En relación con la violación de esta norma, expresa la sociedad demandante:

" Se ve, pues, que la declaración de ilegalidad de una suspensión o paro de trabajo implica necesariamente, para el patrono, el derecho de despedir a los trabajadores que hubieren intervenido o participado en él. Y que no es positivo del Ministerio prescindir de hacer la declaración que tal norma impone.

En el presente caso, sin embargo, el Ministro ha incurrido en el absurdo de sostener que la suspensión colectiva de actividades de los trabajadores de - GASEOSAS BOYACA S.A.- , realizada el 20 y 21 de junio de 1983, fue ilegal, pero que ' GASEOSAS BOYACA S.A.' no tiene el derecho de despedir a los trabajadores que intervinieron en él." (Fols.29-30)

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

De bulto se advierte que la acción promovida no es la que se dice ejercitar sino la consagrada en el artículo 67 de la Ley 167 de 1941, llamada entonces de plena jurisdicción y hoy, de nulidad y restablecimiento del derecho; pero como quiera que para ejercer esa clase de acción no era forzoso el impetrar expresamente el restablecimiento del derecho y, por otro lado, la demanda se presentó dentro del

término previsto en el artículo 83 *ibídem*, se concluye que en el *sub-lite* es viable dictar sentencia de fondo, a lo cual se procede.

La Resolución N° 03163 de 30 de agosto de 1983 (Fols. 103-196), tras declarar ilegal la suspensión colectiva de trabajo de que habla su artículo primero, en el segundo expresa :

> " Una vez conocida la presente Resolución, la EMPRESA GASEOSAS BOYACA S.A. , podrá ejercer la facultad que la ley concede para terminar en forma unilateral los contratos laborales de aquellos de sus trabajadores que hubieren intervenido o participado en el caso de actividades, para lo cual *habrá de observarse estrictamente por el empleador,* el procedimiento establecido por las Resoluciones 1064 y 1091 de 1959, modificadas por la *Resolución 0347 del 9 de febrero de 1977.*
>
> PARAGRAFO PRIMERO.- Como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad a la que se refiere la presente providencia, la EMPRESA GASEOSAS DE BOYACA S.A. , queda en libertad de despedir a todos aquellos trabajadores que persistan en el paro por cualquier causa, para lo cual no requerirá previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *conforme lo dispone el Decreto 2164 de 1959.*
>
> PARAGRAFO SEGUNDO.- El despido de los trabajadores amparados por fuero sindical, no requerirá previa calificación judicial, como lo establece el artículo 450 del Código Sustantivo del Trabajo ". (Las subrayas son de la Sala).

La anterior Resolución fue notificada a la parte actora el 7 de septiembre de 1983 (Fol.107) y se convirtió en acto administrativo firme, creador de " una situación jurídica individual ", por cuanto atribuía a GASEOSAS BOYACA S.A. - la facultad de terminar unilateralmente los contratos de trabajo de los empleados que hubieran intervenido o participado en la suspensión de labores de que trata el considerando de dicha Resolución.

El artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, que se dice quebrantada por el acto acusado, es del siguiente tenor :

> " Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual, o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular ".

La sociedad demandante sostiene que ella no dio consentimiento de que habla la norma preinserta, como presupuesto de viabilidad de la revocatoria directa del acto administrativo. Fácil es colegir que el acto acusado, al revocar el artículo 2° de la practicada Resolución N° 03163 de 30 de agosto de 1983, quebrantó el artículo 24 del Decreto 2733 de 1959, por cuanto no contó para ello con el consentimiento que al efecto ordena esa disposición.

En lo que respecta a la violación del numeral 2° del artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de que, declarada la ilegalidad de una suspensión o paro del trabajo, no es facultativo de ramo el autorizar o no al empleador para despedir a quienes hubieren intervenido o participado en él o, como se dicen en la demanda, " no era potestativo del Ministerio hacer tal dicotomía, al proferir la Resolución acusada incurrió en violación manifiesta del artículo del Código Sustantivo de Trabajo. (Fol.30).

A este respecto, en sentencia de 3 de abril del año en curso, dijo la Sala :

" Como facilmente se advierte, la facultad que la ley otorga al patrono para despedir tal motivo a quienes hubieren intervenido o participado en el paro, se presenta allí como consecuencia inmediata a 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 aquella medida. La función del Ministerio se circunscuscribe 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 sea cometieran injusticias con aquellos trabajadores que hubiesen hecho la cesación pacífica del trabajo pero determinada por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro . (Decreto 2164 de 1959, art. 1°).

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 fundamento en el artículo 450 del Código de Trabajo, el aplicar solamente el numeral 1° 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 ". (Decreto N° 1576, Actor : RODRIGUEZ & COMPF, S.A. " ROCOSA").

En mérito de lo expuesto, es el caso de anular la resolución acusada, tal como se impetró en la demanda.

Por consiguiente, 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,

F A L L A :

Declárase nula la Resolución N° 04177 de 22 de noviembre de 1983, por la que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social revocó directamente el artículo 2° de la Resolución N° 03163 del 30 de agosto de 1983 expedida también por ese Ministerio.

En consecuencia, la sociedad demandante quedó en libertad para despedir a los trabajadores responsables de la suspensión ilegal de labores de que trata la última Resolución en mención y dentro de los parámetros normativos establecidos en el artículo 2° de la misma.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna,* Con aclaración de voto; *Diego Younes Moreno,* Con aclaración de Voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.



REVOCACION DIRECTA DEL ACTO/ MINISTERIO DE TRABAJO/ HUELGA-Ilegalidad/ **PRINCIPIO DE INDESCINDIBILIDAD** (Salvamento de Voto)

Los suscritos no participaban de la consideración en lo que respecta a la inescindibilidad de la norma inserta en el artículo 450 del C.S. del T. de tal manera que aplicando el numeral 1 ineludiblemente haya que aplicar el 2. De la lectura cuidadosa del mencionado numeral 2 se observa cómo se dan 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 movieron a la administración o pronunciarse en uno u otro sentido.

ACLARACION DE VOTO
DE LOS MAGISTRADOS DIEGO YOUNES MORENO Y ALVARO LECOMPTE LUNA

SENTENCIA DISCUTIDA Y APROBADA EN SESION DEL OCHO (8) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991) Y FECHADA A VEINTITRES (23) DE AGOSTO DE LOS MISMOS MESES DEL AÑO.

Consejero ponente *: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente N° 1676. Actor: Gaseosas Boyacá S.A. Reconstrucción - Unica Instancia.

Con todo respeto, los suscritos estiman necesario aclarar sus votos emitidos respecto al fallo arriba referenciado, porque no obstante estar de acuerdo con los distintos colegas integrantes de la Sala en lo que atañe a declarar nulo el acto acusado por haber sido éste proferido con quebranto de lo dispuesto en el art. 24 del

decreto 2733 de 1959, no lo están respecto a que también contrarió el *principio de la inescindibilidad* que observan en el art. 450 del Código Sustantivo del Trabajo.

En efecto, no hay el menor atisbo de duda de que el mencionado art. 24 del decreto 2733 de 1959, igual que el actualmente vigente art. 23 del Código Contencioso Administrativo, prohibía la revocatoria directa de actos administrativos que hubieren *creado* o modificado una situación jurídica de carácter partcular y concreto, como fue la facultad dada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social al aquí actor para terminar unilateralmente los contratos laborales de quienes hubieran participado en la suspensión de actividades, declaradas ilegal por el art. 1°, de la resolución N° 03163 de 30 de agosto de 1983, cuyo art. 2° fue el revocado directamente por el acto acusado, contenido en la resolución N° 04177 de 22 de noviembre de 1983. La norma en cuestión es muy clara en cuanto sólo permite la revocación directa si media el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular de la situación jurídica concreta, y asimismo es claro que el Ministerio no lo obtuvo. En ese sentido, por tanto, el acto es nulo.

Pero no pueden los suscritos participar de la consideración en lo que respecta a la indescidibilidad de la norma inserta en el art. 450 del C.S. del T., de tal manera que aplicando el numeral 1° ineludiblemente haya de aplicar el 2° De la lectura cuidadosa numeral 2° se observa cómo se dan opciones, las que se dejan al juicio de la entidad o funcionario que haga la calificación. Los suscritos entienden como un rasgo significativo de la evolución del derecho administrativo la posibilidad de que la jurisdicción del ramo, al someterse a su control un acto administrativo, examine también los elementos de oportunidad o mérito que ha tenido de presente la administración activa 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 el juzgar el acto, ha de apreciarse el mérito, la oportunidad, la conveniencia que motivaron a la administración a pronunciarse en uno u otro sentido. No ha de olvidarse que no hay en el obrar público de la administración activa actuaciones desprovistas del elemento discrecional, así como tampoco las hay despojadas en cierta reglamentación, inclusive en aquéllas que se distinguen por las notas de sensatez y de buen juicio conque el legislador la ha revestido para adoptar sus manifestaciones de voluntad, sino que, antes bien,en ambas concurren aspectos de una y otra.

En los anteriores términos queda aclarada la posición de los suscritos en el fallo mencionado.

Diego Younes Moreno, Alvaro Lecompte Luna.

Fecha : *ut supra.*

ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL/ EMPRESA LICORERA DE BOYACA/ ESTATUTO ORGANICO/ ESTATUTO INTERNO/ EMPLEADOS PUBLICOS-Clasificación

Una cosa de los estatutos orgánicos de una entidad descentralizada, contenidos en el acto de su creación (ley, ordenanza, acuerdo) de conformidad con el ámbito territorial que corresponde a la entidad y otra los estatutos internos que deben dictar las Juntas o Consejos Directivos de tales organismos para determinar los mecanismos especiales necesarias para su organización y funcionamiento. Es claro que ambos ordenamientos han de sujetarse a los preceptos que ocupan lugar superior en la jerarquía legal y a aquéllos de los cuales derivan su existencia. En caso de anularse estos últimos, los otros quedarán sin soporte. Estima la Sala que la clasificación de los empleados oficiales efectuados por una junta directiva podría impugnarse en cuanto se desviara del criterio señalado en las pautas que dan los preceptos de jerarquía superior, lo que no sucede en el Acuerdo enjuiciado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente *: Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia : Expediente N° 454. Actor : Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Boyacá.

El Sindicato de Trabajadores de la Industria Licorera de Boyacá, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo para solicitar la declaración de nulidad del artículo 16 del Decreto 450 de 1975 expedido por el señor Gobernador del Departamento en la parte que

dice : " . . . quienes se hallen vinculados o vinculen mediante una relación legal y reglamentaria"; el Artículo 17° del mismo decreto 450 en la parte que dice : ". . . y en general todas aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, confianza y manejo a juicio de la Junta Directiva "; del Acuerdo N° 03 de Marzo 14 de 1983 originado de la Junta Directiva de la industria Licorera de Boyacá en su integridad; el Artículo 9° de la Ordenanza N° 1 de 1977 en la parte que dice : ". . . para reorganizar la administración pública y reformar la actual estructura administrativa del Departamento para lo cual podrá crear, suprimir o fusionar dependencias del gobierno, empresas comerciales entidades o institutos descentralizados del orden de las Comunicaciones 002316 de 6 de mayo de 1983, emanada de la Secretaría de la Junta Directiva de la Empresa Industria Licorera de Boyacá . . . " (fol.7).

La demanda, en síntesis, se apoya en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho :

El Gobernador del Departamento de Boyacá, facultades por el artículo 9° de la Ordenanza N° 1 de 1977, profirio el Estatuto Orgánico de la Industria Licorera de ese Departamento , en cuyos artículos 16 y 17 se dieron facultades a esta Empresa para que clasificara al personal de dirección , manejo y confianza que a su juicio debiera tener la calidad de empleado público, olvidándose que por razones de competencia corresponde a una autoridad diferente al Ejecutivo hacer la clasificación de los servidores del Estado. Al expedir la Junta Directiva de la Industría Licorera de Boyacá el Acuerdo N° 03 de marzo 14 de 1983, mediante el cual pretendió clasificar los servidores de la citada entidad, invadió de competencia de otros órganos del Poder Público. Dicha empresa, a través del Jefe de Personal, comunicó a los afiliados de la organización sindical que, por medio del comentado Acuerdo, la Junta Directiva había atribuido la calidad de empleados públicos a quienes desempeñaran determinados cargos. (Folios 7-8).

En la demanda se invocan numerosas disposiciones, entre ellas, los artículos 32 y 167, ordinales 5° y 10°, de la Constitución de 1886; 5° del Decreto 3135 de 1968; y 1° y 4° del Decreto 1848 de 1969; de la Ley 26 de 1976 y 12 del Decreto 3130 de 1968. Se elabora sobre ellos el correspondiente concepto de violación. (Fols. 8-19).

El Tribunal , en sentencia del 15 de febrero de 1985, anuló el artículo 16 del Decreto 450 de 1978 en la parte que dice " Quienes se hallen vinculados o se vinculan mediante una relación legal y reglamentaria serán empleados públicos "; el artículo 17 del referido Decreto donde dice " y en general todas aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza a juicio de la Junta Directiva " y el Acuerdo N° 03 de marzo 14 de 1983, mediante el cual se determina que corresponden a empleados públicos cargos de la planta de personal de la industria Licorera de Boyacá. Son desestimadas las demás pretensiones de la demanda (Folios 68-76).

Los apartes citados del decreto 450 de 1978 se anulan porque " el decreto 450, al ocuparse de la Industria Licorera con fundamento en la autorización conferida

por la Asamblea sólo podía hacerlo para reorganizar y reformar su actual estructura administrativa... El señor Gobernador rebasó la facultad asignada en la Constitución para determinar la estructura de la administración departamental; no sólo por clasificar empleos, sino además, en virtud de la autorización que otorga a la Junta Directiva de la Industria Licorera para la misma finalidad..." (Fols. 190-192). La misma suerte debe correr el Acuerdo N° 03 de la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá, que se origina en la autorización otorgada en el artículo 17 del decreto 450, pues también adolece del vicio de incompetencia, pues corresponde al Congreso de la República la facultad de clasificar a los servidores de la administración pública (Fols.192-193).

Niega el *A QUO* la nulidad impetrada para el artículo 9° de la Ordenanza N° 1 de 1977 porque no se explicó en el concepto de violación en qué consistía el vicio de incompetencia (Folio 189), y por la misma razón para las comunicaciones 002318 y 002365 (Fol.193).

La sentencia fue apelada por los apoderados de la industria Licorera y del Departamento de Boyacá. (Folio 272).

El Señor Agente del Ministerio Público, en concepto de abril 7 de 1989, estima que la sentencia apelada debe revocarse y proferirse, en su lugar, fallo inhibitorio, por las razones siguientes :

> " Al respecto, caben las siguientes precisiones : El Decreto 450 de 1973 (sic), por el cual se expidè el Estatuto Orgánico de la Industria Licorera de Boyacá (Folio 90 y s.s.) es Decreto Ordenanzal proferido en uso de las atribuciones conferidas por el art. 9° de la Ordenanza N°1 de 1977 (al que el fallo apelado se refiere a folio 159). Esta norma, que con acierto el Tribunal llama ' matriz de los demás actos demandados '. y que igualmente fue acusada, ameritó esta consideración del Tribunal :
>
> ' Si bien se demandó la nulidad de la citada norma ordenanzal, genericamente por el vicio de incompetencia, en el concepto de violación, al respecto, nada se argumenta de modo particular.
>
> La circunstancia de no explicar en derecho el presunto vicio de incompetencia, impide, en principio, al Tribunal ocuparse de tal aspecto, pues se sabe que el ámbito del conocimiento del juez administrativo lo limita el demandante en el concepto de violación. Sin embargo, como la demanda anuncia simplemente una presunta incompetencia, bien podría aceptarse como concepto de violación, pero como no respalda su aserto con fundamentos legales y jurídicos, se impone como consecuencia al fracaso aludido del cargo.' (Folio 159)
>
> Estamos de acuerdo con el *a-quo* en el sentido de que la norma ordenanzal en comento integra, con las otras normas acusadas, un acto complejo de unidad jurídica inescindible : por ello, contra lo decidido por el Tribunal, considera esta Agencia Fiscal que el fallo de mérito solo procedía aquí en la medida en

que el acto matriz hubiese sido bien demandado y, como así no sucedió, tal falta equivale a no haberlo demandado; razón por la cual se impone la sentencia apelada y sustituirla por un fallo inhibitorio. Así de paso, anotamos que conmueven la vaguedad de la misma norma ordenanzal que sirve de vulnerado soporte a la vida jurídica de la Industria Licorera de Boyacá, y ello en ostensible contravía al mandato del numeral 10 del artículo 187 de la Constitución Nacional. " (Folios 310 y 311).

Reconstruido el proceso en los términos del decreto 3825, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Como se anotó al principio de este fallo, se enjuician en la demanda el artículo 9° de la Ordenanza N° 1 de 1977 donde dice " para reorganizar la administración pública y reformar la actual estructura administrativa del Departamento para lo cual podrá, suprimir, modificar o fusionar dependencias del gobierno, empresas comerciales, entidades o institutos descentralizados del orden departamental "; los artículos 16 y 17 del decreto 450 de 1978 en donde dicen , respectivamente, "quienes se hallan vinculados o vinculen mediante una relación legal y reglamentaria " y " y en general todas aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, confianza y manejo a juicio de la Junta Directiva "; e igualmente el Acuerdo N°03 de 1983, expedido por la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá, así como las comunicaciones 002316y 002365 de 1983, emanadas de la Gerencia General de la Empresa y de la Secretaría de la Junta Directiva, respectivamente.

En la disposición ordenanzal se confieren facultades al Gobernador del Departamento, quien las ejerce a través del decreto 450, que constituye el Estatuto Orgánico de la Industria Licorera de Boyacá. En los artículos 16 y 17 del Estatuto se faculta a la Empresa para clasificar " aquellas personas que desempeñando las funciones de dirección, manejo y confianza tuviesen el carácter de empleados públicos", según puntualiza el demandante (Fol.7).

En un extenso y profundo concepto de violación se expresa en varias formas que la razón modular para impetrar la nulidad de los actos enjuiciados es la falta de competencia . No aparece allí, sin embargo, argumento alguno respecto del artículo 9° de la Ordenanza N° 1 de 1977 ni tampoco se sustenta la censura que se hace a las comunicaciones 002316 y 002365 de 1983, como bien lo hace notar el *A-QUO.*

Por otra parte, si se confronta el texto del artículo 9° de la Ordenanza con el artículo 187, ordinal 10° , de la Constitución Política entonces vigente, no se advierte que la primera disposición sea contraria al precepto constitucional. En lo que concierne a las mencionadas comunicaciones, corresponde agregar a lo dicho por el Tribunal que no constituyen actos administrativos que pudieran ser objeto de enjuiciamiento a través de esta jurisdicción. En estos dos aspectos cabe, por lo tanto, sostener el criterio del *A QUO.*

En cuanto al Estatuto Orgánico de la industria Licorera de Boyacá, expedido mediante decreto 450 de 1978 del Gobernador de ese Departamento, conviene recordar que una cosa son los estatutos orgánicos de una entidad descentralizada, contenidos en el acto de su creación (ley, ordenanza, acuerdo) de conformidad con el ámbito territorial que corresponda a la entidad, y otra los estatutos internos que deben dictar las Juntas o Consejos Directivos de tales organismos para determinar los mecanismos especiales necesarios para su organización y funcionamiento. Es claro que ambos ordenamientos han de sujetarse a los preceptos que ocupan lugar superior en la jerarquía legal y a aquellos de los cuales derivan su existencia. En caso de anularse estos últimos, los otros que darían sin soporte, como es obvio, cosa que no ocurre en el sub-lite, pues la ordenanza mantiene su validez y de ésta se deriva la de los actos de inferior jerarquía que a ella se atemperan.

De otra parte, hay que hacer notar que los artículos 16 y 17 del Estatuto Orgánico se enmarcan dentro de las pautas legales que gobiernan la clasificación de los servidores de las empresa industriales y comerciales del Estatuto, en los términos del derecho 3135 de 1968, artículo 5°, según el cual, es regla general que las personas que allí prestan sus servicios tienen el carácter de trabajadores oficiales y algunos, por excepción, el de empleados públicos, según lo determinen los estatutos internos. Ciertamente, la regla o criterio general de clasificación viene del legislador, en tanto que su aplicación práctica en cada uno de los casos corresponde a las autoridades administrativas, según los mecanismos previstos.

No sobra advertir que el criterio de clasificación que trae el decreto 3135 de 1968 opera en el plano nacional. En cuanto a las entidades de nivel territorial, antes de la expedición de los nuevos códigos sobre la materia, el Consejo de Estado había optado por dar aplicación al artículo 5° del estatuto en referencia, a fin de suplir el vacío legal.

En reciente jurisprudencia que ahora se reitera, en un caso similar dijo la Sala:

"1) La Sala considera oportuno inicialmente, distinguir la competencia para establecer la REGLA GENERAL DE CLASIFICACION y la competencia para su APLICACION EN CONCRETO en las entidades oficiales. La primera, o regla general de clasificación de los empleados en el Derecho Administrativo Laboral Colombiano es de competencia de legislador. La Segunda, o acto específico mediante el cual se concreto el mandato abstracto del legislador, en las entidades descentralizadas, es de naturaleza eminentemente administrativa y es de competencia de las autoridades administrativas.

2) En el orden nacional, la clasificación general como principio rector, se encuentra contenida en el artículo 5° del decreto extraordinario 3135 de 1968, y su concreción se lleva a cabo por los estatutos en particular, para definir las excepciones a las reglas generales allí sentadas, o sea las de vinculación estatutaria en la entidades que conforman la Rama Ejecutiva y la contractual laboral para las empresas industriales y comerciales del Estado.

En las entidades territoriales, rigen para la hora de ahora, los preceptos sobre la materia en los nuevos códigos departamental y municipal, se contiene en los artículos 233 del primero, y 292 del segundo, que siguen los lineamientos de la reforma de 1968 para el plano nacional.

3) Antes de la excepción de los citados códigos, para llenar el vacío, la jurisprudencia, tanto de la Corte como el Consejo de Estado, optó por dar aplicación a las normas del orden nacional.

. . .

5) Comparte la Sala el aserto del Fiscal 4° del Consejo de Estado, quien al solicitar la confirmación de la sentencia sostuvo que la clasificación de los empleados al servicio de la entidad demandada, le está atribuida a los Estatutos de dicha entidad y que dichos estatutos están consignados en la Ordenanza 12 de 1982.

6) Al comparar la resolución 871 de 28 de junio de de 1984, proferida por la Junta Directiva de la Empresa, se aprecia que se limita a específicar los cargos ya consagrados por los estatutos como desempeñables por empleados públicos, sin desbordar los estatutos y sin variar el principio general de vinculación contractual laboral, pues la variación de este principio, logicamente si ocasionaría, indudablemente la ilegalidad del acto, como sostuvo esta Sala en sentencia 1571 de 7 de Noviembre de 1989, en la cual se dijo que ' los estatutos de las entidades descentralizadas no son autonómos en el tratamiento de la materia, pues deben obedecer los principios generales de la Ley sin que puedan invertirlos'. (Expediente N°2752. Actor : Hugo Molano Rojas y otros. Consejero Ponente : Dr. Diego Younes Moreno. Sentencia de fecha 19 de febrero de 1991).

Ahora bien, el Acuerdo N° 03 adoptado por la Junta Directiva de la Industria Licorera de Boyacá (Fol. 141), encuentra su respaldo legal y su razón de ser no sólo en el Estatuto Orgánico de la Empresa sino también en el artículo 5° del decreto 3135 de 1968, por lo que no se ve que la Junta Directiva haya invadido el ámbito de competencia de otros órganos del Poder Público pues no hizo cosa distinta de ejercer las funciones que le corresponden por mandato legal. Estima la Sala que la clasificación de los empleados oficiales por una Junta Directiva podría enjuiciarse en cuanto se desviara del criterio señalado en las pautas que dan los preceptos de jerarquía superior, lo que no sucede en el Acuerdo enjuiciado.

De otra parte, el Estatuto Orgánico ha previsto en el artículo 9° que las funciones de la Junta Directiva son de tres clases :

- Clase A : que requieren para su validez la aprobación del Gobernador o su delegado;

- Clase B : que requiere para su validez el voto favorable o indelegable del Gobernador del Departamento;

-Clase C : que no requieren para su validez ninguna formalidad especial. (Fol.95).

Allí se enumeran, a renglón seguido, los actos corespondientes a cada una de las clases de las letras A y B, y en ninguna de ellas aparece la función de clasificación, en tanto que al final de la enumeración de los actos de la Clase C está el de " los demás que le fije la ley, ordenanzas, los estatutos y disposiciones pertinentes ", lo cual concuerden con la definición que traen los artículos 16 y 17 en los siguientes términos :

> " ARTICULO 16° - Para todos los efectos legales las personas que se hallen vinculadas o se desvinculen posteriormente a la Licorera de Boyacá, bajo una relación de carácter contractual laboral, serán trabajadores oficiales. Quienes se hallen vinculados o se vinculen mediante una relación legal o reglamentaria serán empleados públicos.
>
> ARTICULO 17° - Como consecuencia del artículo anterior, serán empleados públicos para todos los efectos legales : el Gerente, los Subgerentes, el Asesor Jurídico, el Secretario General, los Jefes de Departamento, los Asistentes de Gerencia y en general todas aquellas personas que ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza a juicio de la Junta Directiva. "

Se advierte aquí una atribución de funciones expresa y clara a la Junta Directiva, sin limitación para su ejercicio en el tiempo.

Finalmente, corresponde señalar que no comparte la Sala el criterio de su Colaborador Fiscal de que, por cuanto la norma ordenanzal integra con las demás que se acusan " un acto complejo de unidad jurídica inescindible " y dado que " el fallo de mérito sólo procedía aquí en la medida en que el acto matriz hubiese sido bien demandado ", la sentencia ha de ser inhibitoria. La Fiscalía acoge el punto de vista del fallo de primer grado según el cual debe ser decisión respecto de la Ordenanza, acusada por falta de competencia por el simple hecho de que no aparece sustentada la acusación en el capítulo sobre concepto de la violación . La falta de sustentación de un cargo no constituye ineptitud de la demanda ni, por lo mismo, daría lugar a fallo inhibitorio.

Dados estos presupuestos, la Sala llega a la conclusión de que de revocarse la sentencia apelada para dispones, en su lugar, que no hay lugar a acoger 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,

F A L L A :

REVOCASE la sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos ochenta y cinco (1985), proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sus numerales primero, segundo y tercero y, en su lugar, se niegan las súplicas de la demanda.

Confírmase la sentencia en los demás.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno,* Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

POTESTAD REGLAMENTARIA/ SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO/ EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES

La potestad reglamentaria tiene su fuente en la propia C.N. y, por lo mismo no pueden entenderse sometida a estatuto alguno de inferior jerarquía. El ejercicio de dicha potestad a través del decreto acusado no impide que la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo cumpla la función que se le ha asignado por el Decreto-ley en cuanto a la reglamentación y autorización de funcionamiento de los servicios privados de colocación y empleo.
El verdadero patrono de los trabajadores temporales es, como lo expresa el acto acusado, la empresa de servicios temporales; ella es la que los contrata y remunera así sea para que presten a otra u otras empresas. En ello está la esencia del contrato de trabajo, no en el lugar donde se prestan los servicios, que es circunstancia puramente accidental.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero Ponente : *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia : Expediente N° 2971. Actor : Alvaro Betancur Ramírez. Unica Instancia.

El ejercicio de la acción pública de nulidad y en su condición de ciudadanos colombianos, el señor ALVARO BETANCUR RAMIREZ ha demandado el decreto reglamentario N° 1433 de 1983 con fundamento en los siguientes hechos:

1.- Por decreto 062 de enero 16 de 1976 se modificó la organización administrativa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con base en facultades

constitucionales del Presidente de la República y en especial de las que le confiere la ley 28 de 1974.

2.- El citado decreto define en el artículo 3° las funciones del Ministerio y en el 38 las de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, entre éstas la de " reglamentar y autorizar el funcionamiento de los Servicios Privados de Colocación y Empleo y sancionar cuando fuere el caso ", normas éstas que aparecen reglamentadas por el decreto 1433 de mayo 20 de 1983 que se enjuicia.

Invoca el accionante los artículos 18, 46 y 120, numeral 3°. de la Constitución Política entonces vigente; el artículo 38 del decreto 062 de 1976, el 22 del Código Sustantivo del Trabajo y del mismo Código el capítulo XIII del título IX (arts. 338 y siguientes).

Hace consistir la violación en que, según el decreto 063 citado, artículo 38, corresponda a la Dirección General del Servicio Nacional del Empleo " reglamentar y autorizar el funcionamiento de los Servicios privados de colocación y empleo y sancionarlos cuando fuere el caso ", en tanto que por el decreto acusado el Ejecutivo " resume la función de reglamentar las Empresas de Servicios Temporales", dejando sin piso la función de la citada Dirección.

De otra parte, el Presidente de la República extralimitó su facultad " al tratar en este decreto aspectos referentes a la contratación individual y crear una nueva modalidad de PATRONO, dándose a las Empresas de Servicios Temporales la calidad de tal ". En el caso *sub judice* que recibe el servicio es la empresa beneficiaria y quien paga por él la Empresa de Servicios Temporales, por lo que el decreto acusado " ha creado una profunda confución sobre quién tiene el carácter de patrono ", pues los verbos " recibir " y " remunerar " no puede separarse según el artículo 22 del C.S.T.

También se viola el derecho de asociación, porque, " se está permitiendo que los trabajadores de una empresa determinda se dividan en dos sectores, los unos, contratados directamente por la empresa beneficiaria del servicio y los otros, vinculados por contrato de trabajo celebrado con la Empresa de Servicios Temporales, para prestar el servicio a la primera; es así como los trabajadores temporales no se benefician de los pactos o convenciones colectivas que dicuten los primeros ". (Fls 8-14).

La Fiscalía Quinta de esta Corporación es de parecer que niegan las súplicas de la demanda, y, para ello, señala que el Presidente de la República, al ejercer la potestad reglamentaria " está tratando cuestiones materia de reglamento y no de la ley " para " la debida ejecución de la ley complementándola, aclarándola, en fin, poniéndola en movimiento "; si la Dirección del Servicio Seccional de Empleo puede dictar reglamentos, lo hace en ejercicio de la facultad legal conferida por el decreto 062 de 1976 " y no de la reglamentaria conferida por la Constitución al Ejecutivo ".

Agrega que en estos contratos se dan los elementos que señala el artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo y que, en cambio, no viene al caso la cita del artículo 338 *ibídem,* pues no se trata de entidades sin ánimo de lucro (Fols.33-38).

Cumplido el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En la providencia de febrero 8 de 1984, auto admisorio de la demanda, se negó la suspensión provisional del decreto enjuiciado por no advertirse una manifiesta contradicción con las normas invocadas y particularmente teniendo en cuenta que " no tiene mucho sentido la argumentación según la cual no puede el Presidente de la República, en ejercicio de la potestad reglamentaria, ' reglamentar las empresas de servicios temporales', porque tal función corresponde, según decreto expedido por el propio Presidente de la República, a la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo . " También se dijo entonces que " no corresponde a una lógica estricta el afirmar que por decreto enjuiciado se ha creado una nueva modalidad de patrono por el hecho de definir lo que debe entenderse por ' empresa de servicios temporales'. . . máxime si se tiene en cuenta que la facultad otorgada a la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo en el decreto 062 de 1976 es para reglamentar y autorizar el funcionamiento de los servicios privados de colocación y empleo y sancionarlos cuando fuere el caso ', y el decreto reglamentario no hace otra cosa que señalar pautas para el ejercicio de aquella función, lo que justamente corresponde a la potestad reglamentaria, que se ejerce para ' la cumplida ejecución de la leyes." (Fols.15-21).

2.- Es argumento central de la demanda el que el Ministerio del Trabajo, al expedir el decreto reglamentario 1433 de 1983, reasume la función de reglamentar " que el artículo 38 del decreto 062 de 1976 confirió a la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo, con lo cual se entiende que " queda sin piso" la función de la mencionada Dirección.

Dice el citado artículo 38 en lo pertinente : " Son funciones de la Dirección General del Servicio Nacional del Empleo :

. . .

f) Reglamentar y autorizar el funcionamiento de los servicios privados de colocación y empleo y sancionarlos cuando fuera el caso. "

Por su parte, el decreto que se acusa reglamenta los artículos 3° y 38 del citado estatuto, el primero de los cuales trata de las funciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el segundo, como se expresó, las de la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo.

Habría que definir si, por haberse atribuido a la citada Dirección la función de reglamentar y autorizar el funcionamiento de los servicios privados de colocación

y empleo, el Presidente de la República ha perdido la potestad reglamentaria conferidas en la Constitución Política vigente entonces para expedir " ódenes, decretos y resoluciones necesarias para la cumplida ejecución de las leyes" (artículo 120, numeral 3°).

Ahora bien, la potestad reglamentaria tiene su fuente en la propia Constitución Nacional y, por lo mismo, no puede entenderse sometida a estatuto alguno de inferior jerarquía. En otros términos, si en la Carta Fundamental aparece consagrada la facultad de reglamentar las leyes, no puede concebirse norma alguna que pudiera despojar de ella al Presidente de la República. Es al contrario, pues, "cuando haya" inompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella ", según mandato del artículo 5° de la ley 57 de 1987."

Sostener lo contrario implicaría, además, que por el hecho de que el literal f) del artículo 38 del decreto 062 de 1976 faculta a la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo para reglamentar y autorizar el funcionamiento de los servicios privados de colocación y empleo, el Presidente de la República no podría reglamentar el citado artículo 38, que contiene siete literales.

De la otra parte, el ejercicio de la potestad reglamentaria a través del derecho acusado no impida que la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo cumpla, a su turno, la función que le ha asignado, entre otras seis, el decreto-ley 062 de 1976. Pero es función que parece no haber cumplido : no hay constancia en el expediente ni afirmación en la demanda de que, estando vigente la norma desde enero 16 de 1976, la Dirección General del Servicio Nacional de Empleo hubiera ejercido esta función en el lapso transcurrido hasta mayo 20 de 1983, fecha del decreto enjuiciado.

Un segundo argumento de la demanda es la censura por extralimitación del Presidente de la República " al tratar en este decreto aspectos referentes a la contratación individual y crear una nueva modalidad de patrono, dándose a las empresas de servicios temporales la calidad de tal ".

Estima la Sala que no podía ser de otra manera si se trata justamente de reglamentar una modalidad de contratación individual, no colectiva. Ni resiste el menor análisis la tesis de que se ha violado la ley al crear una " nueva modalidad de patrono ". Lo que ha hecho la norma reglamentaria es decidir a través del texto lo que ya la realidad ha plasmado como un hecho que no se podría desconocer " estas empresas han venido contratando trabajadores temporales, en forma creciente desde 1960, como se expresa en el decreto acusado, sin garantía alguna para los derechos más elementales de los trabajadores, que venían siendo explotados por la necesidad en que se encontraban de agenciarse un salario para su subsistencia y sin que nadie respondiera por aquellos derechos fundamentales que consagra la legislación laboral.

El verdadero patrono de los trabajadores temporales es, como lo expresa el acto acusado, la empresa de servicios temporales : ella es que los contrata y

remunera, así sea para que presten servicios a otra u otras empresas. En ello está la esencia del contrato de trabajo, no en el lugar donde se prestan los servicios, que es circunstancia puramente accidental .

No ordena el estatuto laboral Colombiano que al trabajar se le señale un determinado destino ni prevé que haya lugares prohibidos . Al contrario, el artículo 5° del Cógido Sustantivo del Trabajo, definiendo lo que es trabajo, expresa:

> " El trabajo que regula este código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transcribe, que una personal natural ejecuta conscietemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo. "

Armoniza con este texto el del artículo 3° del decreto 2351 de 1965, relativo a los contratistas independientes :

> " Son contratistas independientes y, por tanto, *verdaderos patronos* y no representados no intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o *la prestación de servicios en beneficio de terceros. . .* "

Es, pues, la propia ley la que tiene definida la figura de prestación de servicios, mediante contrato de trabajo, en beneficio de terceros : no hay nada nuevo sobre este aspecto en el decreto que se enjuicia.

Dados estos presupuestos, en forzoso concluir que las razones esgrimidas contra el decreto enjuiciado carecen de la necesaria solidez.

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,

F A L L A :

Niénganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 14 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Enrique Conti Bautista
Conjuez

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR- Ascenso

Como el actor estaba incurso en una situación judicial de carácter penal, puede penarse validamente que el Ministerio de Defensa Nacional, estaba en su derecho de considerar esta circunstancia. Igualmente dicho organismo, estaba en la imposibilidad de ascenderlo por no estar en servicio activo, sino suspendido. La facultad que le asiste al Gobierno Nacional para mantener en el servicio al oficial que haya superado la edad en un grado determinado es discrecional.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, agosto veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 1042. Actor : Iván Ramiro Hernández Atehortúa. Decretos del Gobierno.

El Subteniente (R) del ejército Nacional IVAN RAMIRO HERNANDEZ ATEHORTUA en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitó se declarara la nulidad del Artículo Segundo del Decreto N° 2804 de 18 de diciembre de de 1978, mediante el cual fue retirado del servicio activo del ejército, en forma temporal con pase a la reserva, por sobrepasar la edad correspondiente al grado.

Como hechos fundamentales de su petición, expresa que como Subteniente realizó y aprobó el curso de lanceros y además superó lo exámenes psicofísicos, necesarios al grado de Teniente.

Advierte, que sin saber el motivo, se produjo el acto acusado; sin embargo, a continuación señala que como Subteniente se le adelantó un proceso penal del cual fue absuelto definitivamente el día 9 de junio de 1978 por los delitos de " ataque al inferior y lesiones pesonales ", proceso cuya definición se demoró excesivamente

y que por lo tanto, esta situación constituye una fuerza mayor que no le es atribuible y, antes bien constituye una culpa del Ministerio de Defensa Nacional, por no haberlo resuelto oportunamente.

Da a entender que encontrándose *sub judice* en virtud del citado proceso penal, no fue tenido en cuenta para el ascenso a Teniente del Ejército Nacional.

Agrega el actor, que el día 9 de junio de 1978, fecha de sú exoneración definitiva, aún no había la edad de treinta (30) años y como los ascensos debían realizarse en los meses de junio y diciembre, meses para los cuales ya tenían los requisitos para ascender, y dichos ascensos no se produjeron en el mes de junio, esa omisión, no es imputable a él, sino al Ministerio de Defensa.

Como disposiciones violadas, cita los siguientes Artículos: 17, 26, 30 y 169 de . C.N. 43, 44, 45, 46 de la L. 153 de 1887; 39, 40, 41, 107, 109, y 112 del D.L. 612 de 1977; de la L. 95 de 1890 y 428 y 593 del Código Penal Militar.

Reconstruido el proceso de acuerdo con el Decreto 3825 de 27 de diciembre de 1985, se ordenó que a continuación debía ordenarse el traslado a las partes para alegar de conclusión.

En la copia auténtica de la sentencia allegada al expediente, consta que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el acto acusado se ajustó a derecho, pues en la fecha en que se retiró el actor, este había sobrepasado la edad de treinta años y conforme al Artículo 110 del Decreto 612 de 1977, no era viable su ascenso en dichas condiciones. Dijo el Tribunal lo siguiente :

> " Analizando la situación fáctica expuesta, a la luz de lo establecido respecto por el Decreto 612 de 1977, por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, encuentra la Sala que el acto enjuiciado encuadra dentro de los ordenamientos legales, por cuanto efectivamente el actor se encontraba dentro de la situación administrativa prevista por los artículos 107 y 110 del Decreto citado al cumplir la edad de retiro forzoso dentro del grado de subteniente, pero debe tenerse en cuenta que para la aplicación de estas normas de la ley otorga discrecionalidad al Gobierno y a los Comandos de Fuerza, pues el artículo 112 ibídem establece que no obstante lo dispuesto en el artículo 110 sobre límites de edad podrán mantener en el servicio activo a aquellos oficiales o suboficiales que por calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan ser aprovechadas en determinadas actividades militares.
>
> Resulta evidente que es posible para los altos mandos hacer excepciones y no aplicar en forma drástica los retiros por edad, cuando los oficiales, a juicio de sus superiores lo merezcan, pero es claro que éste no es el caso del actor y se decidió retirarlo, lo que es perfectamente legal. "

En el término del traslado para alegar de conclusión, el Ministerio de Defensa Nacional, solicita se denieguen las súplicas de la demanda y para ello explica que la medida tomada respecto del actor, se justifica, pues un Oficial mientras se encuentra *sub judice* no puede ser ascedido, y a su vez, como el demandante en la fecha de su retiro ya había cumplido más de treinta años de edad, no podía ser acreedor al derecho demandado.

El actor, por su parte, solicita se revoque el fallo y se acceda á sus peticiones, para lo cual los argumentos de la demanda, señalando que el acto se expidió con abuso y desviación de porder. Dice que critica el fallo por varios motivos, entre los cuales, cabe destacar los siguientes :

1) Para las fechas en que fue absuelto por el Tribunal Superior Militar y en que el Ministerio de Defensa lo restableció en funciones mediante Resolución 4564 del 12 de julio de 1978, no había cumplido los 30 años de edad y por lo tanto ha debido ser ascendido por reunir los demás requisitos.

2) Se violó el Artículo 40 del Decreto 612 de 1977, pues lo ascensos para los Oficiales deben hacerse en junio y diciembre y como fue absuelto definitivamente el 9 de junio de 1978 y reunía los demás requisitos, ha debido ser ascendido para esa época.

3) La sentencia no tuvo en cuenta que la demora en el fallo penal era imputable a los organismos encargados de administrar justicia y no a él.

4) La figura de la fuerza mayor fue desconocida y

5) La entidad demandada, esperó que él sobrepasará la edad para retirarlo y así la tesis de la discrecionalidad carece de fundamento, pues además fue un excelente oficial, como lo demuestran los cursos superados y por el desempeño de sus funciones.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, conceptúa que la sentencia amerita ser confirmada. Dice en uno de sus apartes lo siguiente :

> " En concepto de esta Agencia Fiscal, el fallo recurrido se ajusta a los elementos de juicio que obran en el proceso, a la preceptiva jurídica que regula el caso *sub-judice* y a los lineamientos jurisprudenciales trazados por el H. Consejo de Estado en casos similares fácticos y juridicamente al que ahora es objeto de examen. Además la sustentación del recurso que lo impugna, carece de la suficiente fuerza dialéctica que logre desvirtuar los sólidos soportes motivos de la sentencia.

Para resolver se considera :

El artículo 2° del Decreto 2804 de 18 de diciembre de 1978, acto acusado, retira al actor del servicio activo del Ejército con base en que sobrepasó la edad

correspondiente al grado. Fundamenta juridicamente esa decisión en los Artículos 105, 107 literal a) numeral 4 y 110 literal a) del Decreto ley 612 de 1977.

2) Textualmente preceptúan las disposiciones citadas, lo siguiente :

a) Acto acusado.

Artículo 2° Decreto 2804 de 1978 :

" De conformidad con lo establecido en los Artículos 105,107 literal (a) Numeral (4) y 110 literal (a) del Decreto Ley 612 de 1977, con fecha treinta y uno (31) de diciembre de 1978 y " por sobrepasar la edad correspondiente al grado " retírase el servicio activo del Ejército, en forma temporal, con pase a la reserva, al Subteniente INF. IVAN RAMIRO HERNANDEZ ATEHORTUA - 6940758, órganico del Batallón de Infantería N° 14 " Ricaurte ".

b) Normas en que se fundamenta la decisión :

Artículo 105

"*Retiro* Retiro de las Fuerzas Militares es la situación en que por disposición del Gobierno para Oficiales, o del Comando de la respectiva Fuerza para Suboficiales, unos y otros, sin perder su grado militar, cesan en la obligación de prestar servicio en actividad, salvo en los casos de reincorporación, llamamiento especial al servicio o movilización.

" Artículo 107

Causales de retiro. El retiro del servicio activo para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares clasifica, según su forma y causales, como se indica a continuación :

a) Retiro temporal con base a la reserva :

(. . .)

4. Por sobrepasar la edad correspondiente al grado. "

Artículo 110 :

Retiro por edad. Es forzoso el retiro de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares , con pase a la reserva, cuando cumplan las siguientes edades en sus grados :

a) Oficiales :

Subteniente o Teniente de Corbeta .....30 años

Teniente o Teniente de Fragata.....40 años

Capitán o Teniente de Navío.....40 años

Mayor o Capitán de Coberta.....40 años

Teniente Coronel o Capitán de Fragata.....50 años

Coronel o Capitán de Navío.....55 años

Brigadier General o Contralmirante.....58 años

Mayor General o Vicealmirante.....61 años

General o Almirante.....65 años

3) En el expediente reconstruido, no obra el registro civil de nacimiento del actor, que permita precisar la edad exacta que tenía a la fecha de su retiro del Ejército Nacional. Sin embargo, atendiéndonos a las exposiciones de la demanda, a las afirmaciones del Ministerio de Defensa Nacional y a lo expuesto por el Tribunal Administrativo en la sentencia apelada. se concluye que el actor nació el día 25 de julio de 1948 y como decreto de retiro del servicio tuvo efectividad a partir del 31 de diciembre de 1978 y se publicó en el Diario Oficial, el 9 de enero de 1979, pues para esas fechas el actor tenía cumplidos los 30 años de edad y por lo tanto, desde el punto de vista exclusivamente objetivo, no podía ser ascendido al grado de Teniente.

Sin embargo, debe examinar si de acuerdo a las diferentes situaciones probadas en el expediente, el Ministerio de Defensa, mediante sus agentes obró con negligencia o con abuso o desviación de poder, ataques fundamentales de la demanda al acto acusado.

4) El Ministerio de Defensa Nacional, suspendió, en el ejercicio de sus funciones al actor, mediante la Resolución N° 4069 del 24 de julio 1974, en cumplimiento de orden judicial y por consiguiente, en estas condiciones, el Oficial suspendido no podía optar al grado de Teniente, hasta tanto no cesara la suspensión, la cual se produjo el 9 de junio de 1978, según consta en la demanda en la Resolución N° 4564 del 12 de julio de 1978 mediante la cual se restableció en sus funciones al actor.

Por lo tanto, como el actor estaba incurso en una situación judicial de carácter penal, puede penarse validamente que el Ministerio de Defensa Nacional, estaba en su derecho de considerar esta circunstancia.

Igualmente dicho organismo, estaba en la imposibilidad de ascenderlo por no estar en servicio activo, sino suspendido.

Queda analizar si el Ministerio de Defensa Nacional se hallaba obligado a efectuar ascensos en el mes de junio de 1978 y si a pesar de ello no lo hizo.

El punto señalado, se encuentra resuelto en el Artículo 40 del D.L. 612 de 1977, texto vigente para la época de expedición del acto acusado, y el cual expresa lo siguiente :

" *Los ascensos de los Oficiales* se producirán *solamente* en los meses de *junio y diciembre;* "

(. . .) (se subraya)

5) El Tribunal Superior Militar absolvió al actor, el día 9 de junio de 1978 y como el Gobierno Nacional produjo los ascensos de oficiales del Ejército Nacional, correspondientes al mes de junio, el día 5 de dicho mes, mediante el Decreto N° 1028 de 1978, no pudo incluir al demandante, en estos ascensos encontrarse el actor suspendido en el ejercicio de sus funciones y cuando más aún se desconocía su situación jurídico-penal definitiva.

En estas condiciones se desvirtúa la información inicial de la demanda, en cuanto que al Ministerio de Defensa Nacional, no profujo los ascensos en el mes de junio, de una parte, y de la otra, que esperó el transcurso del tiempo para que el actor superara la edad máxima de 30 años en el grado de subsistente.

6) Como al demandante no le era dable solicitar del Ministerio de Defensa Nacional, que los ascensos a 66 oficiales del Ejército no se produjeron sino hasta tanto le fuera definida su situación jurídico penal, no es razonable pensar que la situación de fuerza mayor, que predica a su favor, sea un factor para esperar una decisión favorable a sus pretensiones.

No aparece en el expediente constancia alguna, ni se deduce por inidicio, que existiera el deseo de autoridad alguna de impedirle al actor, el ascenso a Teniente del Ejército Nacional y por lo tanto no puede señalarse que el acto haya sido suspendido con abuso o desviación de poder.

7) Resta examinar lo afirmado por el Tribunal Administrativo, sobre la facultad discrecionalidad, que le asiste al Gobierno Nacional, para mantener en el servicio al oficial que haya superado la edad en su grado determinado.

Dicha facultad se encuentra consagrada en el Artículo 112 del Decreto Ley 612 de 1977, cuyo texto es el siguiente :

> *Excepción de los artículos anteriores.* No obstante los dispuesto en los artículos 110 y 111 de este estatuto, el Gobierno y los Comandos de Fuerza podrán mantener en servicio activo a aquellos oficiales y Suboficiales que por sus calificaciones lo merezcan y cuando sus capacidades puedan se aprovechadas en determinadas actividades militares.

Cuando se trata de Oficiales, se requerirá concepto favorable de la Junta Asesora del Ministerio de Defensa Nacional . "

La Sala deduce que esta facultad puede utilizarla o no el Gobierno Nacional, pues es de linaje discrecional.

Debe concluirse de todo lo anterior, que el acto administrativo contenido en el artículo segundo del Decreto 2804 de 1976, se ajusta a derecho y por lo tanto la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, habrá de confirmarse.

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

F A L L A :

PRIMERO : *CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.*

SEGUNDO : En firme la presente providencia, devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió por la Sala en sesión celebrada el día treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, (Ausente); *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS-Facultades/ POLICIA ADMINISTRATIVA

A la superintendencia de Control de Cambios le encomendó la ley la tarea de vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia cambiaria; es decir, que ejerce funciones de Policía administrativa encaminada a prevenir la infracción de tales normas e imponer las sanciones correspondientes cuando se ha incurrido en ella.
Lógico es admitir que para cumplir su misión pueda valerse de los medios que la ley autoriza, entre los cuales está el de practicar visitas para observar el funcionamiento de los negocios de las personas naturales o jurídicas sujetas a su control en materia cambiaria, y esa observación puede hacerse sin necesidad de apertura de investigación formal. Del ejercicio puede hacerse sin necesidad de apertura de investigación con miras a sancionar infracciones y consumadas.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS- Facultades/**POLICIA ADMINISTRATIVA/ CORRESPONDENCIA**

Es claro para la Sala que la correspondencia confiada a los correos y telégrafos no puede ser registrada ni aceptada sino por orden competente y para buscar pruebas judiciales. Pero también lo es que los papeles anexos a la contabilidad pueden ser registrados por las autoridades que cumplen funciones de policía administrativa, y entre esos papeles puede aparecer copia de correspondencia que se refiere a operaciones contables por ser soporte externo de la misma. Es de suponer que la correspondencia archivada o las copias de la misma halladas en las oficinas de las sociedades tenía relación con el objeto social, y no se trataba de correspondencia privada, ajena a ese objeto social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contenciosos Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, agosto veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 1758. Actor : María Angélica Pulido. Autoriades Nacionales.

La doctora María Angélica Pulido, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó al Consejo de Estado hacer en sentencia definitiva estas declaraciones :

1° Son nulas las resoluciones Nos. 0173 del 1° de noviembre de 1984 proferida por la señora Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, notificada el 1° de noviembre de de 1984, y 32 del 3 de enero de 1985, emanada del Despacho del señor Procurador General de la Nación, notificada el 9 de enero de 1985. Por la primera de las cuales, se dispuso revocar la resolución número 000090 del 19 de mayo de 1984, proferida por el señor Procurador Regional de Cali, mediante la cual absolvió de los cargos endilgados a la doctora María Angélica Pulido en su calidad de Jefe 2048-08 de la Oficina Seccional de Cali, de la Superintendencia de Control de Cambios, " y en su lugar sancionarla con solicitud de suspensión del cargo por el término de treinta (30) días ", y por la segunda, no se revoca directamente la resolución primeramente mencionada. Igualmente, es nula la resolución N° 00061 de enero 23 de 1985, de la Superintendencia de Control de Cambios, que dio cumplimiento a lo dispuesto en las resoluciones de la Procuraduría anteriormente mencionadas.

2° Como consecuencia de las anteriores nulidades y como restablecimiento de su derecho, se dejará constancia en la hoja de vida de la doctora MARIA ANGELICA PULIDO, y en los libros correspondientes de la Procuraduría General de la Nación de la nulidad de las resoluciones demandadas . E igualmente en la hoja de vida de la doctora PULIDO obrante en la Superintendencia de Control de Cambios".

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden resumirse así :

1.- La Procuraduría Regional de Cali, en virtud de queja presentada por las firmas Universal de Cambios Ltda. y Agencia de Viajes Lenis, abrió investigación disciplinaria contra la doctora María Angélica Pulido, en su condición de Jefe de Oficina Seccional de Cali de la Superintendencia de Control de Cambios y le formuló cargos consistentes en :

a)Extralimitarse en el ejercicio de funciones al no tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró parcialmente inexequible el literal c) del artículo 217 del Decreto Ley 444 de 1967 al practicarles visita a las sociedades quejosas.

b) Tratar en forma arbitraria y grosera a los empleados de tales firmas y,

c) Violar la correspondencia contenida en un sobre dirigido al señor Juan José Tomás Sayago.

2.- En el pliego de cargos se le indicó que su conducta había podido infringir lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2400 de 1968.

3.- La doctora María Angélica Pulido rindió sus descargos en memorial de 27 de octubre de 1983.

4. La Procuraduría Regional de Cali en resolución N° 000090 de 19 de mayo de 1984 aceptó los descargos presentados, absolvió a la acusada y ordenó consultar la providencia en caso de no ser apelada.

5.- Cumplidos los trámites correspondientes, la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa profirió la resolución 0173 de 1° de noviembre de 1984, ordenando revocar la anterior y en su lugar sancionando a la doctora Pulido con solicitud de suspensión del cargo por treinta (30) días.

6.- El 13 de noviembre de 1984 la doctora Pulido solicitó revocatoria directa de la resolución 0173 de 1° de noviembre y el Procurador General de la Nación mediante resolución N° 32 de 3 de enero de 1985 resolvió negativamente la solicitud.

7.- La Superintendencia de Control de Cambios, mediante resolución 00061 de 23 de enero de 1985, cumpliendo la solicitud de la Procuraduría ordenó a la Oficina de Personal efectuar la anotación respectiva en la hoja de Vida, por cuanto la doctora Pulido ya no ocupaba el mismo cargo, e informar a la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría.

8.- A esta sanción se le dio publicidad por la prensa, causándole agravio a la norma de la doctora Pulido.

DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Como tales se citaron los artículos 16, 20, 141 numeral 3 y 143 de la C.N. ; 83 y 84 del C.C.A.; 216, 217, 128 inciso 1° y 222 del Decreto 444 de 1967; 2° y 9° del Decreto Ley 624 de 1974 y los artículos 152 y 153 del Código de Procedimiento Civil.

En el concepto de la violación se argumenta que las resoluciones acusadas causaron lesión grave a la demanda en su honor y fueron proferidas con falsa motivación en cuanto no tomaron en consideración disposiciones vigentes del orden nacional citadas por ella en sus desconocieron en los artículos 216, 217, 218 inciso 1° del Decreto 444 de 1967 y en los artículos 2 y 9 del Decreto 624 de 1974.

Que en los actos acusados se incurrió en extralimitación de funciones al arrogarse jurisdiccionales, al afirmar que eran nulas las actuaciones de la doctora Pulido.

Que al decir que la funcionaria no estaba legalmente autorizada para ordenar la práctica de visitas si previamente no había abierto formalmente una investigación, no se tuvo en cuenta que, la competencia de los Jefes Seccionales de la Superintendencia de Control de Cambios es precisamente la de tomar decisiones para vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre el control de oro y cambio, pudiendo para ello practicar visitas, que tienen por objeto obtener elementos de juicio y documentos de fundamento para iniciar investigación .

Que la actora cuando profirió los actos de 27 de abril de 1963 y 13 de junio del mismo año para ordenar la práctica de visitas, libró los oficios correspondientes en los cuales comunicó en debida forma a las representantes legales de las empresas visitada, el objeto de las mismas y las facultades de los visitadores.

Que no estaba obligada a dar aplicación a normas de C. de P.P. porque éstas, en materia de Control de Cambios y Comercio exterior, son de recibo unicamente en cuanto a valoración de pruebas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 222 del Decreto 444 de 1967 no en la práctica de visitas administrativas, que aun cuando no pueden calificarse de allanamiento, en las practicas por la actora sí se dio cumplimiento a los artículos 113 y 114 del C. de P.C.

Que la demandante no interceptó ni registró la correspondencia confiada a los correos y telégrafos que es lo que prohibe la norma constitucional y lo que motivó la declaratoria de inexequibilidad parcial del literal c) del artículo 217 del decreto 444 de 1967 por la Corte Suprema de Justicia, porque lo que se hizo fue revisar correspondencia en la oficina de Universal de Cambios y/o Cuevas Asociados, obteniendo fotocopia de las copias que no estaban firmadas y por tanto no correspondían a originales, documentos estos que sí se relacionaban con operaciones de cambio.

Finalmente se afirma en la demanda, que la actora, si bien es cierto tuvo un proceder enérgico y contundente, no por ello puede considerarse violatorio de alguna disposición y mucho menos apartado de lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 15 de diciembre de 1969, cuya inobservancia se le endilgó.

El expediente se destruyó en el incendió del Palacio de Justicia fue reconstruido por auto de 27 de mayo de 1987, habiendo quedado en la etapa probatoria.

Durante el trámite del proceso intervinieron la Procuraduría General de la Nación y la Superintendencia de Control de Cambios, entidad esta última que defiende la legitimación de las actuaciones de la funcionario sancionada por la Procuraduría, expresándose así :

La resolución controvertida en este juicio vulnera los procedimientos legalmente asignados a la Superintendencia de Control de Cambios, modifica el desarrollo de las competencias a ella atribuidas y ha dado origen a un entorpecimiento en las labores que ese organismo.

La Procuraduría violó las normas que atribuyen competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para juzgar actos administrativos cuando declaró que eran nulas las órdenes de visita dadas con anterioridad a la apertura de una investigación.

Es función de la Superintendencia de Control de Cambios vigilar el funcionamiento regular el régimen de cambios internacionales y señalar las sanciones a imponer en caso de violación. Lo anterior implica procedimientos de control previo y de control histórico o posterior, tendientes los primeros a la vigilancia del cumplimiento de sus disposiciones y los segundos a la facultad de sancionar las irregularidades.

En desarrollo de tales atribuciones los artículos 217 y 218 del Decreto 444 de 1967 confieren a la Superintendencia de Control de Cambios la facultad de practicar toda clase de diligencias para el cabal cumplimiento de sus funciones. Lo mismo los artículos 2°, 8° y 12° y 15 del Decreto 624 de 1974.

Existen claras diferencias entre una diligencia de allanamiento propia del procedimiento penal, y las visitas e inspecciones administrativas propias del procedimiento administrativo cambiarlo.

Según el literal c) del Decreto 444 de 1967, para el adelantamiento de sus investigaciones, a la Superintendencia de Control de Cambios le asiste la posibilidad de acceder a todas las oficinas públicas y privadas, con el objeto de buscar pruebas orientadas a comprobar si ha existido violación de las disposiciones sometidas a su vigilancia, y de adoptar las medidas necesarias para impedir que se pierdan, destruyan o alteren la huellas o vestigios del hecho, así como para asegurar los instrumentos y efectos del mismo. Estos conceptos fueron reafirmados y ampliados en el alegato de conclusión.

Por su parte la Procuraduría General de la Nación sostuvo que : " La motivación de los actos administrativos constituye una acervo de faltas graves cometidas por la demandante de las que se le corrió el respectivo pliego de cargos, permitiéndole ejercer el derecho de defensa a través de la diligencia de cargos, petición de pruebas y práctica de las mismas, todo con sujeción al procedimiento disciplinario previsto en las normas legales y reglamentarias.

La Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al fallar en segunda instancia encuadra los motivos fáctico con las normas legales que tipifican tales conductas como faltas disciplinarias; la parte resolutiva del acto demandado aplica la sanción de suspensión y para llegar a está, se tuvo en cuenta la gravedad de las faltas cometidas por la demandante.

Con fundamento en lo anterior muy acertadamente el Procurador General de la Nación al resolver la solicitud de revocatoria directa impetrada por la demandante, afirma que la providencia disciplinaria cuestionada la encuentra ampliamente motivada y fundamentada en pruebas controvertidas y es por ello que no encuentra

en el citado fallo disconformidad con el interés público o social o que atente contra él.

En consecuencia no advierte violaciones de orden constitucional o legal que ameriten la revocatoria directa de la Resolución 0173 de Noviembre 1° de 1984.

En el caso *sub-judice* hay actos de ordenación (Actos de la Procuraduría) y actos de imposición o ejecución (actos de la Entidad nominadora)Superintendencia de Control de Cambios en la hoja de vida, la anotación respectiva.

En consideración a que los impugnadores se ajustan en todo derecho, la suscrita representación de la Procuraduría General de la Nación , considera que no se dan los presupuestos legales para acceder a las pretensiones de la demanda".

Dentro de las pruebasa practicadas se oyó el testimonio de la doctora María Lugari Castrillón a quien se le interrogó sobre el procedimiento utilizado en la Superintendencia de Control de Cambios, cuya Jefatura ella ocupaba, para realizar visitas a entidades particulares y contestó así :

" Generalmente , el oficio suscrito por el Jefe de la Seccional, contiene los nombres de los funcionarios desigandos para la vigilancia y cita el artículo (217) y siguientes para indicarle a la persona visitada las facultades que están investidos los funcionarios. 3°) : Presente los funcionarios el lugar de la visita, ante quien deben identificarse y hacer entrega del oficio al cual referencia el numeral dos (2)".

Preguntada acerca del desarrollo de la visita contestó :

" Eso depende de las circunstancias; en la mayoría de los casos, se procede a la revisión del archivo, escritorios, documentos, libros o estados de la contabilidad, según sea la actividad o entidad visitada.Terminada la vista, se elabora un acta en donde se deja constancia de las copias o fotocopias obtenidas y de lo ocurrido en la visita ".

Preguntada acerca de las medidas que toman los funcionarios para impedir que se pierdan, destruyan o alteren los documentos que se encuentran en las oficinas visitadas contestó :

" Todas las necesarias, de conformidad con el artículo (217) literal C) del Decreto Ley Nr. (444) de (1967), para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho, para asegurar los instrumentos, cosas, etc. Con base en esta autorización legal, si no es posible concluir la visita en un mismo día, como ocurre la mayoría de veces; se coloca sellos en los escritorios que contiene en los documentos, advirtiéndole a los interesados las circunstancias en caso de que los sean destruídos. Si se teme que ésto pueda ocurrir y que las pruebas corran el riesgo de perderse, se les pide a la Policía o al " DAS", que presten el servicio de vigilancia ."

Preguntada sobre si las visitas administrativas practicadas por la Superintendencia se realizan después o antes del acto de apertura de la investigación, contestó :

" Desde marzo de mil novecientos sesenta y siete (1967) , cuando entró en vigencia el derecho ley Nr. 444 y con base en el artículo 217 Literal C de este decreto, siempre todos los funcionarios han sido unánime en el entender que las visitas pueden practicarse antes de la apertura de la investigación como es apenas natural. Posteriormente, con la expedición del decreto Ley 624 de (1974), en su artículo (9), se reiteró ésta facultad de las Oficinas Seccionales de iniciar, dirigir y coordinar las visitas e investigaciones. Quiero resaltar esta última expresión " VISITAS E INVESTIGACIONES " . En consecuencia las visitas pueden ser practicadas antes o después del acto de apertura de investigación ya que precisamente, pueden ser las pruebas obtenidas durante una visita las que justifiquen y sirvan de base a la apertura oficiosa que está facultada la SUPERINTENDENCIA para ordenar investigaciones".

También se practicó diligencia de inspección judicial en las oficinas de la Superintendencia de Control de Cambios y se examinaron aproximadas, observándose en todos ellos, que se practicaron visitas anteriores a la apertura formal de una investigación, y que precisamente, como resultado de las mismas, se ordenó abrir la investigación administrativa.

Durante la diligencia se interrogó a la doctora Clara Laignelet Garavito, Superintendente de Control de Cambios, acerca de cuáles son los documentos que perfectamente se revisan cuando la Superintendencia ordena una visita y ella respondió así:

" Vista administrativa que practican los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios sobre los cuales los documentos de personas sujetas a su control reglamentario es desarrollo del control preventivo desarrollado por esta Superintendencia. Esto es el control tendiente a verificar la sujeción de las operaciones de cambio exterior que realicen tales personas a las disposiciones del estatuto cambiario Decreto Ley 444 de 1967 y además disposiciones complementarias como lo son las Resoluciones de la Junta Monetaria. Por ello la vista se verifica sobre aquellos documentos en los que aparezcan las operaciones de cambio exterior dependiendo desde luego la actividad que desarrolla la persona vinculada, así tratándose de por ejemplo sociedades exportadoras la visita recaerá sobre los documentos en los que aparezcan la respectiva exportación, tales como el registro de exportación, el manifiesto correspondiente, etc., tratándose de sociedades- casas de cambios, la visita recaerá sobre los libros en los que consten las operaciones de cambio de moneda extranjera por moneda nacional que haya adelantado la respectiva casa de cambio. Ahora bien, de esta visita puede resultar una de dos cosas, la primera de las operaciones de cambio exterior o de cambio de moneda se hallan ajustadas plenamente a las disposiciones del Régimen de Control de Cambios, caso en el cual no habrá lugar a una posterior actuación administrativa,

la segunda posibilidad es la que de que del análisis de los documentos se infieran una irregularidad que pueda constituir una infracción cambiaria, evento en el cual el control preventivo debe tonarse ya en control de otro tipo tendiente a determinar la comisión de esa probable infracción; en este último caso se procede entonces a ordenar la apertura de una investigación administrativa con el citado objeto ".

En vista de que fue imposible allegar a los autos el expediente que corresponde al proceso disciplinario adelantado contra la doctora María Angélica Pulido, se procedió mediante auto para mejor proveer, a solicitar el envío de algunos documentos tales los oficios a través de los cuales se comunicó a Universal de Cambios y/o Cuevas Asociados y Wolgang Lenis -Viajes Lenis- la orden de práctica de visitas administrativas por parte de funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios, Seccional Cali. En ellos se observa que se informó el nombre de los funcionarios que las practicarían, y las facultades de los mismos en orden a relevar escritorios, archivos, libros de contabilidad, cajas fuertes, colocar sellos, retener documentos, etc.

EL CONCEPTO FISCAL

La doctora Fiscal Quinta del Consejo de Estado hace un detallado análisis de los cargos formulados contra la actora y llega a las siguientes conclusiones :

a) El ordenamiento jurídico que regula la materia faculta a las oficinas Seccionales de la Superintencia de Control de Cambios para adelantar visitas, sin necesidad de que medie con anterioridad una apertura de investigación, a fin de constatar el cumplimiento que los orgánismos vigilados le están dando a la ley.

b) Una cosa son las visitas que pueden y deben practicar los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios a los organismos sujetos a su vigilancia y control, tendientes a velar por el cumplimiento de la Constitución, la ley y los reglamentos y otra totalmente diferente las diligencias de allanamiento practicadas por un Juez Penal; están reguladas por ordenamientos jurídicos totalmente distintos. -Las visitas administrativas tienen una finalidad preventiva de control, de inspección y vigilancia, en tanto que el allanamiento en materia penal, busca rescatar a personas víctimas de un delito, o armas, instrumentos o elementos con los que se cometió la infracción, o la aprehensión de la persona en contra de quien obra orden de captura. El allanamiento no requiere notificación previa y la orden de visita administrativa sí.

c) La actora no trajo al plenario de juicios suficientes para demostrar que no procedió a registrar objetos y personas en la forma como se le imputó en los actos acusados y por tanto la situación de hecho contemplada en ellos conserva su presunción de veracidad, siendo por tanto factible sancionarla por las conductas asumidas.

d) Dentro de las medidas contempladas en el literal c) del artículo 217 de Decreto 444 de 1967 no se precisa cuáles son las que se pueden adoptar en orden a impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho, y no es clara la forma como se pudo incurrir por la actora en conducta irregular.

e) La actora no aportó prueba tendiente a demostrar que en las visitas hubiera observado la cortesía y el respeto debido a los trabajadores de las sociedades visitadas.

f) Para que la correspondencia sea interceptada o unos papeles registrados se requiere el cumplimiento de procedimientos similares a los prescritos para la privación de la libertad personal o para el registro del domicilio. La excepción que contiene la norma hace relación solamente a la recopilación de pruebas judiciales, y en el caso de autos se interpretó y violó la correspondencia que contenía un sobre del señor Juan José Tomás Sayago con fines de carácter administrativo, no autorizados por la preceptiva que gobierna la materia.

Concluye así su concepto el Ministerio Público: " no todos los cargos imputados a la actora fueron cometidos por ella o constituían conductas susceptibles de ser sancionadas. No obstante, de las cinco (5) censuras estudiadas , dos (2) tenían fundamentos fácticos y legales que ameritan una pena, eso sí, inferior a la impuesta a la doctora María Angélica Pulido Zorrilla. Ellos son, se reitera, no observar la cortesía y respeto debidos al visar la correspondencia dirigida al señor Juan José Tomás Sayago".

Prodece la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES :

El asunto *sub-judice* consiste en dilucidar si la sanción impuesta por la Procuraduría General de la Nación a la doctora María Angélica Pulido, en su calidad de Jefe de la Oficina Seccional de Cali, de la Superintendencia de Control de Cambios, se ajusta o no a derecho.

Tal sanción, aplicada por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa al revocar por vía de Consulta la Resolución N° 90 de 19 de mayo de 1984, por la cual el Procurador Regional de Cali había absuelto a la doctora Pulido, tuvo como fundamento los siguientes cargos :

1° - Extralimitación en el ejercicio de funciones al no tener en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inexequible parcialmente el literal c) del artículo 217 del Decreto 444 de 1967.

2° - Tratar en forma arbitraria y grosera a los empleados de las firmas Viajes Lenis y Universal de Cambios y/o Cuevas Asociados, tal como consta en las declaraciones rendidas por ellos.

3° - Violar la correspondencia que contenía un sobre del señor Juan José Tomás Sayago, como consta en la hoja N° 13 del Acta de visita administrativa practicada a la Oficina universal de Cambios y/o Cuevas Asociados.

Sobre los elementos de juicio que tuvo en consideración la Procuraduría para imponer la sanción y luego para confirmarla, es preciso atenerse a lo expuesto en los actos acusados, porque al proceso reconstruido fue imposible allegar el expediente contentivo del proceso disciplinario.

Se cuenta sí con el pliego de cargos y de descargos y con los oficios mediante los cuales se les comunicó a las empresas, que serían visitadas y el motivo de tales, así los nombre de los funcionarios que deberían practicarlas.

La Sala estudiará separadamente el análisis que de los cargos hizo la Procuraduría, así :

Primer cargo- La Procuraduría Delegada para la Vigilancia Administrativa en cuanto al primer cargo imputado estimó que la funcionaria investigada no estaba legalmente autorizada para ordenar la práctica de visistas de carácter administrativo si previamente no había ordenado la apertura de una investigación. Que carece de fundamento legal toda pretensión de la Superintendencia de ordenar y llevar a cabo las llamadas " diligencias previas " para averiguar si hay mérito para la apertura formal de investigación y por tanto " los actos administrativos llevados a cabo con anterioridad o en ausencia de la orden de apertura de investigación son consecuentemente nulos ". Que existe un procedimiento de forzosa observancia para el acceso a oficinas y domicilios privados y para la adopción de medidas especiales de vigilancia en los códigos de procedimiento civil y penal. Que el primero de ellos restringe la aposición de sellos a los jueces con el objeto de buscar pruebas judiciales y el C. de P.P. sujeta la orden de allanamiento al requisito de previa orden mediante auto motivado y por tanto ha debido solicitarse al juez competente las medidas de la vigilancia convenientes para evitar la sustentación de libros, papeles o cualquier documento que hubiera de ser objeto de la diligencia de registro. Que no existe ningún concepto de visita distinto del allamiento por orden judicial, o sea que la visita practicada por la doctora Pulido fue un allanamiento - sin sujetarse a las prescripciones legales.

Respecto a estos razonamientos de la Procuraduría la Sala observa lo siguiente :

No hay duda ninguna acerca de que, la Superintendencia de Control de Cambios, denominada antes Perfectura de Control de Cambios, le encomendó la ley la tarea de vigilar el cumplimiento de las disposiciones en materia cambiaria; es decir, que ejerce funciones de policía administrativa encaminadas a prevenir de tales normas e imponer las sanciones correspondencia cuando se ha incurrido en ella.

Lógico es admitir entonces que para cumplir su misión pueda valerse de los medios que la ley le autoriza, entre los cuales está el de practicar visitas para observar el funcionamiento de los negocios de las personas naturales o jurídicas sujetas a su control en materia cambiaria y esa observación puede hacerse sin necesidad de apertura de investigación formal. Ello se infiere de los artículos 216 y ss. del Decreto 444 de 1967 y de las facultades atribuidas a la Superintendencia en sus diferentes dependencias , por el Decreto 624 de 1974.

Precisamente del ejercicio de ese control previo puede desprenderse la necesidad de la apertura de una investigación con miras a sancionar infracciones ya consumadas.

Si se logran recaudar documentos que ameriten la apertura de una investigación se debe proceder de conformidad; si no es así, simplemente se archiva el expediente ya que no habrá fundamento para proseguir investigando; así lo ha considerado siempre la doctrina y lo han entendido los funcionarios de la Superintendencia, según se pudo establecer con la inspección judicial practicada dentro de este proceso, y se infiere de la declaración de la doctora que ejercía las funciones de superintendente, antes citada y de los alegatos presentados dentro del término legal.

No es cierto entonces que la actora careciera de facultad para ordenar la práctica de visitas antes de abrir formalmente una investigación, ni que la vista pudiera calificarse de allanamiento. Este, se practica sin previo aviso y para fines específicos determinados en la ley, como lo explica la Fiscalía en su concepto.

Las visitas que en orden al cumplimiento de su función de vigilancia practica la Superintendencia de Control de Cambios tiene carácter administrativo y no constituyen en manera alguna un allanamiento que requiera de orden judicial previa; se realizan para el ejercicio de las facultades de policía administrativa que a esa entidad otorga la ley, y al amparo de las disposiciones legales específicas que rigen la materia.

Se deduce también del artículo 217 literal c) del Decreto 444 de 1967 que los visitadores están facultados para tomar las medidas necesarias, en orden a impedir que se pierdan, destruyan o alteren pruebas encontradas, lo cual permite pensar que les está permitida la aposición de sellos.

Los anteriores razonamientos muestran cómo la Procuraduría General de la Nación sancionó a la actora con base en una particular interpretación que hizo del Decreto 444 de 1967 en cuanto a facultades de vigilancia y forma de ejercerlas se refiere.

Segundo Cargo

La Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa encontró en las declaraciones del personal que fue objeto de las visitas, que la doctora María

Angélica Pulido había obrado en forma arbitraria y grosera con los empleados de Universal de Cambios, porque en cuanto a Viajes Lenis, su gerente dejó constancia acerca del correcto proceder de quienes la practicaron.

Observa la Sala que ninguna otra prueba invoca la Procuraduría a este respecto, y en los testimonios de personas no imparciales sino interesadas en la aplicación de la sanción que sus patronos habían solicitado, no eran suficientes para aceptar la configuración de una conducta sancionable, no admitida por la funcionaria.

Obviamente la práctica de estas visitas no resulta agradables para las empresas visitadas y para su personal, y es comprensible que en su realización se actúe con firmeza, con autoridad y decisión para que se pueda lograr el objetivo que con ellas se persigue. Así lo antendió al señor Procurador Regional de Cali, quien tuvo a su cargo el estudio del proceso disciplinario y su decisión en primera instancia y aceptó los descargos que formuló la inculpada porque con el material probatorio estableció que si bien es cierto su proceder fue enérgico y contundente no por ello puede considerarse como violatorio del alguna disposición ni mucho menos aportado de lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia" .

Por lo anterior, la Sala estima que no eran suficientes ni confiables los testimonios aceptados por la Procuraduría Delegada para considerar configurado el cargo.

Tercer Cargo

Tiene que ver con la violación de la correspondencia dirigida al señor Juan José Tomás Sayago, y es obviamente con las facultades que el artículo 217 del Decreto 444 de 1967 otorga a quienes practican visitas para ejercer el control cambiario, artículo que fue parcialmente declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia en su literal c), " en cuanto permite interceptar y registrar la correspondencia confiada a los correo y telegráfos ".

La Procuradora Delegada, invocando el artículo 38 de la Constitución vigente de Estado consideró, con base en las afirmaciones de quienes formularon la queja contra la doctora María Angélica Pulido, que ésta había incurrido en falta disciplinaria por haber registrado un sobre que contenía correspondencia dirigida al señor Sayago antes citado.

A su vez la acusada rindió sus descargos afirmó que no había interceptado ni registrado correspondencia confiada a los correos y telégrafos, caso al que se refería la inexequibilidad declarada por la Corte Suprema de Justicia y que la que había examinado con base en las facultades concedidas por el literal c) del artículo 217 del decreto 444 de 1967, no era original puesto que contenía firmas autógrafas, se encontraba debidamente archivada y toda estaba relacionada con operaciones de Cambio exterior.

Este cargo conduce al estudio del alcance de las atribuciones que durante la practica la práctica de una visita administrativa pueden ejercer los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios.

El literal c) del artículo 217 del Decreto 444 de 1967, invocado por la actora en sus descargos y por la Procuraduría para sancionarla reza :

c) " Adelantar toda clase de diligencias, pesquisas, averiguaciones, que se estimen necesarias para comprobar que ha habido violación de las disposiciones sometidas a su vigilancia. Para estos efectos tendrá acceso a todas las oficinas públicas y a sus archivos, a los establecimientos, empresas o instituciones en que tengan parte del Estado, los departamentos o los municipios y a las oficinas y domicilios de las entidades bancarias y de las demás personas naturales o jurídicas, con el solo objeto de buscar pruebas . Podrá igualmente solicitar que se le expidan copias auténticas de los documentos que allí reposan. Dentro de la diligencias administrativas, la Prefectura tomará las medidas necesarias para impedir que se pierda, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho, para asegurar los instrumentos, cosas, objetos y efectos del mismo; para indagar qué personas testigos y, en general, para allegar los datos y elementos que sirvan a la averiguación".

Ciertamente la Corte Suprema de Justicia, para decidir la acción incoado en 1969 por el doctor César Castro Perdomo, quien presentó prueba de órdenes dirigidas a los correos y telégrafos por funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios, declaró parcialmente inexequible el literal c) del artículo 217 del Decreto 444 de 1967, en cuanto pudiera permitir interceptar y registrarla correspondencia confiada a los correos y telégrafos, por ser contrario al artículo 38 de la Constitución.

La norma Constitucional en efecto, establecía la inviolabilidad de la correspondencia confiada a los correos y telégrafos y además, que las cartas y papeles privados no podrán ser interceptados ni registrados sino por la autoridad, mediante orden de funcionamiento competente, en los casos y con las formalidades que establezca la ley con el único objeto de buscar pruebas judiciales.

Agregaba la norma : para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos.

Uno de los casos de intervención del Estado en las actividades de los particulares es el de poder vigilarlos para asegurar el cumplimiento y evitar la violación de las disposiciones sobre el Control de Cambios.

Es claro para la Sala que la correspondencia confiada a los correos y telégrafos no puede ser registrada ni interceptada sino por orden de autoridad competente y para buscar pruebas judiciales.

Pero también lo es que los papeles anexos a la contabilidad pueden ser registrados por las autoridades que cumplen funciones de policía administrativa, y entre esos papeles puede aparecer copia de correspondencia que se refiera a operaciones contables por ser soporte externo de la misma.

Es de suponer que la correspondencia archivada o las copias de la misma halladas en las oficinas de las sociedades visitadas tenía relación con el objeto social, y no se trataba de correspondencia privada, ajena a ese objeto social.

Todo lo anterior conduce a concluir que no es tan obvia la violación del artículo 38 de la C.N. ni tan manifiesto el desconocimiento de la sentencia de la Corte por parte de la demandante al haber examinado archivos de correspondencia o copias de ella, relacionadas con las operaciones de cambio de divisas en las empresas visitadas, porque la norma constitucional permite el examen de documentos con el fin de realizar actos de intervención del Estado, y por tanto, siendo un punto de vista susceptible de interposición, no resulta ajustada a derecho la imposición de una sanción con base en la interpretación que de las normas pertinentes hizo la Produradora Delegada, quien aceptó en este caso lo manifestado por las empresas visitadas y no atendió las razones ni el relato de los hechos que expuso la inculpada en sus descargos, lo cual sí fue tenido en cuenta por la Procuraduría Regional de Cali.

En este orden de ideas concluye la Sala, que los actos acusados deben anularse porque :

a) La acción fue impuesta con base en la interpretación de normas que conceden facultades a los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios, hecha por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa y no porque la conducta de la funcionaria investigada fuera evidentemente contraria a la ley.

b) Las pruebas que sirvieron de fundamento a la sanción, según lo afirman los actos acusados, consistieron en testimonios de los empleados visitados de la manera como se desarrolló la visita que dio lugar a la sanción.

c) La hoja de vida de la actora y la intervención que en su defensa hizo en este proceso la Superintendencia de Controlo de Cambios, demuestran el honesto y eficiente desempeño en el ejercicio del cargo.

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,

F A L L A :

1° - Declaráse nula la Resolución N° 0173 de 1° de novimbre de 1984, proferida por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa,

por la cual se disputó revocar la Resolución N° 000090 de 19 de mayo de 1984 proferida por el Procurador Regional de Cali para absolver a la doctora María Angélica Pulido de los cargos que se le había formulado, y en su lugar, solicitó sanción de suspensión por el término de 30 días.

2° - Delclárase nula la Resolución N° 32 de 3 de enero de 1985, por la cual el señor Procurador General de la Nación negó la revocatoria directa de la anterior resolución.

3° Declárase nula la Resolución N° 00061 de 23 de enero de 1985.

Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho se dejará constancia en la hoja de vida de la doctora María Angélica Pulido obrante en la Superintendencia de Control de Cambios y en los libros de registro y control correspondiente de la Procuraduría General de la Nación, de la nulidad de las resoluciones Nos. 0173 de 1° de noviembre de 1984 proferida por la Procuradora Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa, 32 de 3 de enero de 1985, proferida por el Procurador General de la Nación, y 00061 de 23 de enero de 1985 expedida por la Superintendencia de Control de Cambios.

Reconócese al doctor Gerardo Augusto Malagón Oviedo como apoderado de la Nación- Procuraduría General de la Nación- según poder que obra a folio 301.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de agosto 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.

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO/ MINISTERIO DE TRABAJO/ COMPETENCIA

Es claro que si la facultad autónoma que tenía el Ministerio de Trabajo para poner fin a la huelga ordenando de oficio las constitución de tribunales de arbitramento, según los disponía el artículo 2 del Decreto 939/66, fue derogada por la Ley 48 de 1968, el Ministerio de Trabajo en el caso "*sub lite*" no estaba facultado para convocar de oficio el Tribunal como lo hizo mediante los actos enjuiciados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.E. , agosto veintiocho (28) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente :' *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 1608. Actor : Fundiciones Técnicas S.A. Resoluciones Ministeriales Reconstrucción- Unica Instancia.

En ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, Fundiciones Técnicas S.A. , por medio de apoderado, solicitó a esta Corporación la Nulidad de las Resoluciones 03458 de noviembre 2 de 1984, por la cual se convoca un tribunal de arbitramento obligatorio y 00038 de enero 16, por la cual se resuelve un recurso, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Los HECHOS fundamentales de la demanda se relatan, así :

" 1°) La Empresa que represento, Fundiciones Técnicas S.A. -FUTEC- se encuentra disuelta y en proceso de liquidación, según consta en la escritura pública N° 3.507 del 16 de julio de 1984 de la Notaría Sexta de Medellín, debidamente registrada en la Cámara de Comercio de Medellín el 24 de los mismos, en el libro 9 , folios 579, número 5205."

" 2°) En consecuencia, la Empresa ha dejado de existir y su Personería Jurídica sólo subsiste para los actos propios de la liquidación. "

" 3°) La disolución de la sociedad se originó en la pérdida de más del 50% de su capital suscrito y de su patrimonio neto lo que condujo a la imposibilidad de ejercer las actividades de su objeto social. "

" 4°) Ante dicha situación, la Empresa en liquidación solicitó el 8 de octubre de 1984 al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, constatar la situación y declarar, con fundamento en los hechos anotados, la terminación colectiva de los contratos de trabajo y el cierre de las instalaciones insdustriales . Esta solicitud está radicada bajo el N° 4080 del División Departamental de Trabajo de Antioquia, y ya la División de Planeación y Economía Laboral del Ministerio emitió concepto favorable al cierre de la Empresa y a la tramitación colectiva de los contratos de trabajo. "

" 5°) No obstante que la Empresa planteó ante el Ministerio del Trabajo y comprobó con todas las solemnidades legales, incluso con el respectivo permiso de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, la situación de DISOLUCION Y LIQUIDACION , el señor Ministro de Trabajo, con clara desviación de las perentorias normas legales que más adelante señalaré, en lugar de otorgar el permiso de cierre, previa constatación de la terminación colectiva de los contratos de trabajo, dictó las Resoluciones 3485 del 2 de noviembre de 1984 y la 00038 del 16 de enero de 1985, convocado un Tribunal de Arbitramento obligatorio para un conflicto colectivo que se había iniciado en la Empresa y que ocasionó una huelga que paralizó las actividades industriales desde el día 15 del mes de mayo de 1984, y que se encontraba fenecido como consecuencia de la DISOLUCION LEGALMENTE DECRETADA por la Empresa . "

" 6°) Por tales circunstancias, el Tribunal de Arbitramento que ha sido convocado mediante las Resoluciones acusadas, se encuentra inhibido por sustracción de materia, para emitir un Laudo con carácter de Convención Colectiva de Trabajo ". (Fls. 5-6).

Cita el libelista como normas violadas los artículos 457 a 459 del Código de Comercio , 5° y 6° del Decreto 2351 de 1965; 3° de la ley 48 de 1968, 152 del Código Judicial, y hace consistir el concepto de la violación en dos razonamientos : 1°) La convocatoria del tribunal de arbitramento obligatorio revive un proceso y un conflicto legalmente concluido, pues ésta había terminado por razón de la disolución d de la empresa y 2°) las resoluciones acusados fueron expedidas en ejercicio de una norma legal derogada y sin la observancia del procedimiento dispuesto por la norma vigente.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en vista fiscal estima fiscal estima que " los actos demandados ameritan declaratoria de nulidad " en cuanto con ellos se contrarió el numeral 2°, artículo 3° , artículo 3° de la Ley 48 de 1968 que regula el

procedimiento para la convocatoria oficiosa del tribunal de arbitramento obligatorio por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y cuyas exigencias no se cumplieron en el *sub-lite.* (Fls. 170-173).

Por auto de agosto 5 de 1987 se decretó la reconstrucción del proceso. Ni la Nación ni el Sindicato de la Empresa se hicieron presentes en él.

No observándose causal de nulida de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Dos son los cargos formulados contra el acto mediante el cual el Ministerio de Trabajo convocó tribunal de arbitramento obligatorio para dirimir el conflicto laboral que afectaba entonces a la empresa actora: el ser inoportuno en razón de que la empresa había perdido su personería jurídica, por disolución, y el haber sido proferido en ejercicio de una facultad que otorgaba al Ministerio el Decreto 939 de 1966, que a la sazón estaba derogada.

En cuanto al irregular ejercicio de la facultad por parte del Ministerio, la Sala observa :

La Ley 48 de 1968 en su artículo 3° dispuso que los decretos legislativo 2351 de 1965 y 939 de 1966 seguirían rigiendo como leyes después de levantado el estado de sitio, con las " modificaciones y adicionar " que ella consagró y en sus numerales 2, 3 y 4 dispuso las prescripciones que regirían la convocatoria de tribunal de arbitramento obligatorio en empresas que no sean de servicio público.

Definir hasta dónde sus disposiciones fueron aditivas y hasta dónde modificaciones es tarea del intérprete, porque la ley no lo expresó. Para ello la Sala habrá de acudir a la regla del artículo 71 del C.C. según la cual toda disposición que no pueda conciliarse con las de la nueva ley, debe entenderse tacitamente derogada.

El decreto 2351 de 1965 estableció para las empresas que no sean de servicio público, el tribunal de arbitramento obligatorio optativo para los trabajadores que quisieran solicionar sus conflictos laborales sin ir a la huelga.

Posteriormente el derecho 939 de 1966 extendió la posibilidad de aducir el arbitramento obligatorio a dos caso más :

1° - Cuando fuera solicitado por los trabajadores para poner fin a una huelga que se prolongue por treinta días (art. 1°).

2° - Cuando de oficio el Ministerio del Trabajo así lo decidiera para terminar con una huelga que se prolongara por más de treinta días y ni las partes de común acuerdo ni las partes de común acuerdo ni los trabajadores pidieron su Constitución (art.2°).

Por su parte, la ley 48 de 1968 se refirió a las siguientes clases de arbitramento obligatorio :

1° - Al solicitar por los trabajadores antes de declarar la huelga (el llamado optativo del decreto 2351 de 1965) (art. 3° numeral 2° inciso 1°).

2° - Al solicitado por los trabajadores durante el desarrollo de la huelga (el que prevé el artículo 1° del decreto 939, modificado en cuanto a que la petición puede elevarse en cualquier tiempo) (art. 3° numeral 2° inciso 1°).

3° - Al que puede convocar el Ministerio del Trabajo antes o después de la declaratoria de huelga, previa consulta y decisión afirmativa de los trabajadores - (figura nueva), (art. 3° numeral 2° inciso 2°) y

4° - Al que puede ordenar el Presidente de la República para poner fin a una huelga que afecte gravemente la economía nacional (figura igualmente nueva).

Como se puede observar, no mencionó la ley 48 el tribunal de arbitramento que podía ordenar el Ministerio del Trabajo, luego su vigencia depende de si puede éste conciliarse con las disposiciones de la nueva ley.

Surge evidente entonces que si por virtud de la ley 48, el Ministerio puede en cualquier tiempo el arbitramento obligatorio, quedó sustituida la facultad que la otorgaba el decreto 939 para hacerlo sólo después de pasados 40 días de huelga - (incluido el término que se concedía a los trabajadores para pedirlo). Y si para convocarlo lo nueva ley le impuso la anuencia de los trabajadores, quedó derogada la facultad de hacerlo en forma oficiosa.

Cabe puntualizar entonces que después de la ley 48 de 1968 en las empresas que no son de servicio público, hay lugar a tribunal de arbitramento obligatorio :

1° - A solicitud de los trabajadores, en cualquier tiempo, antes o después de la declaratoria de huelga.

2° - A iniciativa del Ministerio del Trabajo, en cualquier tiempo , antes o después de la declaratoria de huelga, previo asentimiento de los trabajadores, y

3° - Por orden del Presidente de la República previo concepto favorable de la Corte Suprema de Justicia, en cualquier tiempo después de declarada la huelga, cuando por su naturaleza y magnitud afecta gravemente la economía nacional considerada en su conjunto.

Esta interpretación armónica resulta con el propósito de las adicciones y modificaciones de la ley 48 de 1968, que según puede leerse en la ponencia para su segundo debate en la Cámara de Representantes, fue el de "establecer procedimientos más eficaces para solucionar los conflictos laborales, sin lesionar las prerrogativas de los trabajadores, tales como las de dar a éstos el derecho para terminar las huelgas

y someter las diferencias a Tribunales de Arbitramento y facilitarla la intervención del Estado en los conflictos para evitar graves daños a la economía ". (se destaca).

En tal virtud, es claro que si la facultad autónoma que tenía el Ministerio de Trabajo para poner fin a la huelga ordenando de oficio la constitución de arbitramento, según lo disponía el artículo 2º del Decreto 939 de 1966, fue derogada por la Ley 48 de 1968, el Ministerio del Trabajo en el caso *sub-lite* no estaba facultado para convocar de oficio el tribunal como lo hizo mediante los actos enjuiciados, por lo que habrá de accederse a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad impetrada.

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

FALLA:

DECLARASE que son nulas las Resolucione 03458 de noviembre 2 de 1984 y 00038 de enero 16 de 1985 expedidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Ausente; *Diego Younes Moreno,* Salva voto.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA ADMINISTRATIVA-Escalafonamiento/ **SUPRESION DEL CARGO/ MINISTERIO DE HACIENDA** (Salvamento de voto)

El acto acusado no hizo cosa distinta de incorporar al personal a los cargos de la planta de personal establecida por Decreto 677/80, en la cual no quedó incluido el cargo que la accionante desempeñaba, y, además, la situación de inscripción en la carrera administrativa para el cargo de trabajador social III-21 no aparece definida en autos. En el supuesto de que hubiera sido clara la situación de la actora como empleada de carrera, las normas invocadas no dan base para anular estos actos con la consecuencia del restablecimiento del derecho pretendido.

CARRERA ADMINISTRATIVA- Escalafonamiento/ **MINISTERIO DE HACIENDA/ SUPRESION DEL CARGO**

Acorde con los alcances que se han dado al Decreto Legislativo 2132 de 1976, el Departamento Administrativo del Servicio Civil debió dar trámite a la solicitud de escalafonamiento formulada por el demandante, quien igualmente hubiera podido obtener la actualización de su escalafón en los empleos a los cuales luego fue incorporada . Por ende, si el citado Departamento administrativo no prosiguió en su oportunidad el trámite para definir su situación jurídica frente a la carrera administrativa, la omisión de la administración no tenía por qué irrogarle perjuicio a la actora.

Consejo de Estado.-Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 1288. Actora : Gloria María López de Sánchez. Decretos del Gobierno.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Nación (Ministerio de Hacienda y Crédito Público) contra la sentencia de diciembre 15 de 1982 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en virtud de la cual se declaró la nulidad de la Resolución N° 2421 del 16 de junio de 1980 expedida por dicho Ministerio, en cuanto en la citada resolución se omitió incorporar a la funcionaria Gloria María López de Sánchez en un cargo de la planta de personal de la Dirección General de Servicios Administrativos establecida en el Decreto N° 0677 de marzo 21 de 1980, y del oficio N° 6305 de noviembre 6 de este año emanado del Departamento Administrativo del Servicio Civil. A título de restablecimiento del derecho la providencia ordenó el reintegro de la referida funcionaria al empleo de Trabajadora Social II- 19 de la División de Personal de la Direcciíon General de Servicios Administrativos , o a un cargo equivalente, así como a reconocer y a pagar los haberes dejados de percibir; además, que no existe solución de continuidad en la prestación de los servicios de la señora de Sánchez (fl. 9 y 10).

El fundamento fáctico de la acción se hizo consistir en que la demandante no se le incorporó en el cargo de Profesional Universitario 3020-04 que venía desempeñando en la Sección de Bienestar Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según oficio de septiembre 24 de 1980 que le fue entregado a la actora, en virtud de que por Decreto N° 0677 de marzo 21 del comentado año dicho empleo había sido suprimido.

El estricto introductorio invoca como disposiciones constitucionales infringidas los artículo 2, 16, 17, 20, 26, 62 y 121; ley 167 de 1941, artículos 62 y 66; Decreto Extraordinario 2400 de 1968, artículos 5, 7, 15, 25, 26, 40 y 68; Decreto Reglamentario 1950 de 1973, artículos 244 a 246 (fl.26).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte actora hace relación a la condición de funcionaria de carrera de la señora Gloria María López de Sánchez, pues había sido nombrada en período de prueba y sus servicios calificados satisfactoriamente ; que el Departamento Administrativo del Servicio Civil fue remitida la documentación pertinente para efectos del escalafonamiento de la demandante en la carrera administrativa, entidad que suspendió el proceso de inscripción, por considerar que la carrera se encontraba suspendida, por razón de la expedición del Decreto Legislativo N° 2173 de 1976; que la actora tenía derecho preferencial a ser incorporado en un cargo de la planta de personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previsto en el Decreto N° 0677 de marzo 21 de 1980 (fls. 27 a 39).

El *a-quo* en la parte considerativa del fallo apelado, para acceder a las súplicas de la demanda, sostiene lo siguiente :

> " La demandante se encontraba en período de prueba que es la etapa inicial de la Carrera Administrativa y el empleado que se encuentra en período de prueba goza del privilegio de estabilidad en el ejercicio del cargo. La demandante solicitó su inscripción en la carrera administrativa y fue calificada,

como el mismo Departamento Administrativo del Servicio Civil lo certifica, y el trámite al respecto ha debido seguirse hasta ser inscrita en la Carrera Administrativa por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, pues éste estaba obligado oficiosamente a obrar de esa manera con el fin de definir la situación de la doctora frente a la Carrera Administrativa. Como el Departamento Administrativo no lo hizo así, quebrantó la ley porque la demandante ya estaba en período de prueba y gozaba de una relativa estabilidad que no podrán ser vulnerada por la administración . El Decreto 2132 de 1976 no suspendió las normas sobre carrera para todos los funcionarios. - Dicha suspensión sólo debe entenderse con relación a aquellos empleados que hubieren incurrido en las conductas de que trata el artículo 2° del mismo Decreto y allí sancionadas.

Por lo tanto, el oficio 6405 de 6 de noviembre de 1980 del Departamento Administrativo del Servicio Civil en este proceso demandado es complemente ilegal y su nulidad se impone.

El artículo 48 del Decreto 2400 de 1968, expresa : " Cuando por motivo de reorganización de una dependencia o traslado de funciones de una Entidad a otra, o por la cualquiera otra causa se suprimiran cargos de carrera desempeñados por empleados inscritos en el escalafón, éstos tendrán derecho preferencial a ser nombrados en puestos equivalentes o que se creen en la Entidad a la cual se trasladen las funciones ".

De tal manera que la actora tiene derecho a ser inscrita en el escalafón de la carrera administrativa y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tiene la obligación de incorporarla en la planta de personal de que trata el Decreto 0677 de 1980 y la Resolución 2441 de 16 de junio del mismo año expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. " (fls.8 y 9).

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, por el cual hubo de reconstruirse de conformidad con auto de agosto 26 de 1988 (fl. 254).

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

CONSIDERACIONES :

Es preciso señalar que en caso al presente, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse mediante sentencia de septiembre12 de 1990, expediente N° 750. Decretos del Gobierno, actora Isabel Avendaño de Méndez, (Publicado en Extractos Tomo IX).

En la aludida sentencia, cuyos términos y alcances se considera aplicable al presente caso, la Sala confirmó la decisión adoptada por el *a-quo* respecto del Decreto 677 de 1980 por el cual se determinó la planta de personal de la Dirección

General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, impugnado en el libelo; tal decisión, obedeció, entre otras razones, al hecho de que ninguna disposición constitucional o legal restringe la facultad presidencial de suprimir los empleos del Ministerio, ocupados por funcionarios inscritos en la carrera administrativa; y porque dado el carácter general, impersonal y abstracto de dicha disposición el sólo hecho de su expedición no lesionaba derecho alguno de la actora. Asímismo, dijo que en cuanto a los alcances que tuvo el Decreto Legislativo 2132 de 1976 " ha sido reiterada la posición de la Sala, en el sentido de que tal disposición de que tal disposición de carácter excepcional y transitoria no dispuso una suspensión absoluta o general de las normas de carrera y particularmente de los derechos derivados de ella, pues dicha suspensión se produjo sólo respecto de los empleos que incurrieran en faltas tipificadas en su artículo 2° y para los efectos allí previstos; vale decir, sancionarlos con suspensión hasta un término mayor al señalado en las normas de vigencia indefinida (12 meses) y si agotar el procedimiento establecido en el régimen disciplinario."

Ahora bien, en el caso *sub-exámine*, en lo referente a la petición de nulidad de la Resolución N° 2441 de junio 6 de 1980, en cuanto omitió incorporar a la señora Gloria María Sánchez en su empleo de la nueva planta de personal del Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda de Crédito Público, teniendo en cuenta que la actora era funcionaria de carrera y la amparada el derecho preferencial a que se refiere el artículo 48 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968, caben las siguientes precisiones :

Consta en el expediente que como resultado de un concurso o proceso de selección por el sistema de mérito, la señora de Sánchez fue nombrada en período de prueba dentro de la carrera administrativa en el empleo de Trabajador Social 11-19 de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que el 27 de noviembre de 1975 tomó posesión de mencionado empleo para la cual había sido designada por Resolución N° 14103 del día 23 del mismo mes y año; que sus servicios fueron calificados satisfactoriamente durante el período comprendido entre el 28 de noviembre de 1975 y el 2 de julio de 1976 y que solicitó sus inscripción en el escalafón de la carrera administrativa, cumpliendo así con las exigencias legales a su cargo, necesarias para obtener dicha inscripción (fls. 241, 247, 250 y 251).

Aparece igualmente, que de conformidad con lo manifestado por el Departamento Administrativo del Servicio Civil, el proceso de inscripción en el escalafón de la carrera administrativa quedó suspendido en virtud de la expedición del Decreto Legislativo 2132 de octubre 7 de 1976; que con carácter de incorporación fue nombrada por Resolución N° 08770 de julio 1 de ese año en el cargo de Trabajador Social III-21 de la Sección de Bienestar Social de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del referido Ministerio y del cual tomó posesión según Acta N° 660 (fls. 175 y 241); que con igual carácter fue nombrada por Resolución N° 06253 de julio 14 de 1978 en el cargo de Profesional Universitario 3020-04 de aquella dependencia, del cual tomó posesión según Acta N° 01784 (fl.127); que por Resolución N° 07087 de

septiembre 24 de 1978 y con fundamento en el Decreto Legislativo 2132 de 1976 fue suspendida del empleo que desempeñaba por el término de doce meses (fls. 117 y 118); que en el transcurso del período de la suspensión disciplinaria se expidieron el Decreto 677 de marzo 21 de 1980 y la Resolución N° 02441 de julio 16 de mismo año de incorporación de personal (fls. 261 y 311), en la cual no fue incorporada la actora (fls. 171 y 236).

Como se sostuvo en la sentencia de septiembre 12 de 1990 a que se ha hecho mención y acorde con los alcances aludidos del Decreto Legislativo 2132 de 1976, el Departamento Administrativo del Servicio Civil debió dar trámite a la solicitud de escalafonamiento formulado por la demandante, quien igualmente hubiera podido obtener la actualización de su escalafón en los empleos de Trabajadora Social III-21 y de Profesional Universitario 3020-04 a los cuales fue luego incorporada. Por ende, si el citado Departamento Administrativo no prosiguió en su oportunidad en trámite para definir su situación jurídica frente a la carrera administrativa, la omisión de la administración no tenía porqué irrogarse perjucio a la funcionaria de Sánchez.

Del recuento hecho sobre el caso de la comentada funcionaria, se establece que al cumplir la sanción disciplinaria de suspensión impuesta por Resolución N° 07087 de septiembre 24 de 1979, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público debió incorporarla en un empleo equivalente de la planta de personal contemplada en el Decreto 677 de marzo 21 de 1980, según la garantía que a favor de los funcionarios inscritos en el escalafón de la carrera administrativa establecen el artículo 48 del Decreto Extraordinario 2400 de 1968 y el numeral 4° del artículo 244 del Decreto Reglamentario de 1950 de 1973. En efecto, se observa en dicho decreto 677 que en la Sección de Bienestar Social de la División de Personal de la Dirección General de Servicios Administrativos de ese Ministerio y en la cual prestaba sus servicios la señora de Sánchez, se crearon dos empleos de Profesional Universtario 3020-04 similares al que la actora desempeñaba por la época que fue sancionada disciplinariamente. En uno de tales empleos ha debido ser incorporada la demandante, o en otro equivalente de la planta de personal del Ministerio, con el fin de dar cumplimiento al mandato legal. Por consiguiente, resulta procedente confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de declarar nula la Resolución N° 2421 del 16 de junio de 1980 originaria del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto no incorporó a la señora de Sánchez a la planta de personal establecida por el Decreto 677 de marzo 21 de 1990. Respecto del restablecimiento del derecho de la actora dispuesto en el punto 3 del fallo (fl.9), se procederá a modificarlo, para disponer que la incorporación se lleve a cabo en el empleo de Profesional Universitario 3020 grado 04 que desempeñaba en el momento de su desvinculación o a uno de superior categoría, con la precisión de que el pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir deberá hacerse desde la fecha en que se presentó a reasumir sus funciones al término de la sanción de suspensión que le fue impuesta por la Resolución N° 07087 de 1979, con observación de lo establecido por el artículo 64 de la Constitución Política, en armonía con el 128 de la Carta actualmente vigente.

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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada, con la modificación del punto 3, en cuanto a que la incorporación de la señora Gloria María López de Sánchez se deberá llevar a cabo por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el empleo de Profesional Universitario 3020 grado 04 que ocupaba al momento de su desvinculación del servicio, y en su defecto a uno de igual o superior categoría, con la precisión de que el pago de los sueldos y demás emolumentos a que se refiere el punto 4 de la aludida providencia, se hará desde la fecha en que la demanda se presentó a reasumir sus funciones al término de la suspensión que le fue impuesta mediante la Resolución N° -07087 de 1979, debiéndose descontar, las sumas que haya precibido del Tesorero Público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria del Estado, desde tal fecha hasta cuando sea reintegrada al servicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 20 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Con salvamento de voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veintitrés (23- de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia : Expediente N° 1288. Actora Gloria María López de Sánchez. Reconstrucción- Apelación Sentencia.

Salvamento de Voto Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker

Me veo en la necesidad de discrepar de la decisión adoptada por la Sala al fallar este proceso, por las razones que expongo a continuación :

Claramente se advierte que el primero de los actos enjuiciados, decreto 0677 de marzo 21 de 198o, establece la Planta de Personal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Dirección General de Servicios Administrativos, constituye un acto de carácter general, expedido por el Presidente de la República " en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales y en especial, de las que la

confiere el numeral 21 del artículo 120 de la Constitución Política de Colombia y de acuerdo al decreto ley 1042 de 1978 ", como allí mismo se expresa. (fol. 311).

Resulta, pues, inobjetable la decisión adoptada en este punto por el Tribunal, la que era esperada por la parte actora según se lee en su alegato de conclusión ante el *A QUO :* "... Mas, si la posición cambia, como yo espero que sea, esa Honorable Corporación deberá declararse inhibida sobre la petición primera y fallar de fondo las demás . . . " (Fol.48).

Por obrar el escrito en el expediente reconstruido, se desconocen las razones en que la Nación sustenta el recurso de apelación, pero en el alegato de conclusión de esta instancia manifiesta su apoderada que " hubo denegación de justicia ya que se negó el derecho de defensa a la Nación por parte del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca al no considerar la excepciones de fondo de las pretensiones de la demanda contenidas en el alegato de conclusión presentado ante esta Corporación el 25 de mayo de 1992. "

Insiste luego en que se confiere inepta demanda " por cuanto el actor en su libelo al elaborar las pretensiones no da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo ", refiriéndose concretamente a la Resolución 2421 de junio 16 de 1980.

También alega que " la competencia para dirimir la situación del funcionario de carrera que no ha sido incorporado a la nueva Planta corresponde al Consejo (sic) Superior del Servicio Civil ", ante la cual debió agotarse la vía gubernativa. (Fols. 1-2).

Se invocan en la demanda, aparte de la Constitución y de la ley 167 de 1941 (Artículos 62 a 66), el decreto 2400 de 1968, artículos 5, 7, 15, 25, 26, 40 y 48 y el decreto 1950 de 1973, artículos 244 a 246. (Fol.26).

Se advierte que el segundo de los actos enjuiciados, Resolución N° 2451 de junio 16 de 1980, contiene la incorporación del personal de la Dirección General de Servicios Administrativos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Planta establecida por el decreto N° 0677 del 21 de marzo de 1980. Se enjuicia " en cuanto por dicha Resolución no se incorporó a mi patrocinada, siendo el caso de hacerlo, por mandato de la ley "(Fol.21).

Se explica la petición más adelante en los siguientes términos :

> " Se ha pedido la nulidad de la Resolución N° 02421 del 16 de junio de 1980, por cuanto, pese a no haber sido comunicada o notificada a mi representada, es el verdadero acto que le creó perjuicio, ya que en dicha Resolución no aparece incorporada en la nueva Planta de Personal, deduciéndose de ello que fue su cargo el que quedó suprimido y en consecuencia que quedó retirada del servicio."(Fol.38).

Según expresa el memorando N° 186 dirigido al Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil por el Asesor del Consejo Superior en noviembre 4 de 1980, refiriéndose a las señoras Isabel de Méndez y Gloria María de Sánchez, " vencido el término y previa solicitud de la interesadas, ese Ministerio se negó a reintegrarlas a sus correspondientes empleos, ya que éstos habían sido suprimidos por razón de la reestructuración de la respectiva planta de personal. " (Fol. 238).

Consta que el accionante había concursado para el cargo de Trabajador Social II-19 (noviembre 26 de 1975) y nombrada en período de prueba y que posteriormente, en julio 1° de 1976, se posesionó como Trabajador Social III-21 sin que en el expediente administrativo hubiera " constancia de cumplimiento de experiencia y estudios exigidos para el desempeño " de este cargo, " razón por la cual no fue procedente adelantar ningún trámite tendiente a lograr la inscripción en el escalafón de la carrera administrativa ", según expresa la certificación expedida por la Jefe de la Sección de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil en febrero 9 de 1982 (Fol. 86).

De estos documentos se desprende que la accionante no acreditó requisitos para el cargo de Trabajador Social III-21 al que accedió después de haber sido nombrada en período de prueba en uno inferior y que en la nueva planta de personal no se incluyó aquel cargo.

En tales condiciones, habida consideración de que la Resolución N° 1421 de 1980 no hizo cosa distinta de incorporar al personal a los cargos de la Planta de Personal establecida por decreto 0677 del mismo año, en la cual Planta no quedó incluido el cargo que la accionante desempeñaba, y que, además, la situación de inscripción en la Carrera Administrativa para el cargo de Trabajadores Social III-21 no aparece definida en autos, aparte de que en la demanda se afirma que el cargo desempeñado era el de Profesional Universitario 3020-04 (Fol.21), lógico es concluir que queda sin piso la aspiración de prosperidad de esta petición.

En el supuesto de que hubiera sido clara la situación de la actora como empleada de carrera, las normas invocadas no dan para anular estos actos con la consecuencia de restablecimiento del derecho pretendido.

En efecto, el artículo 48 del decreto 2400 de 1968, previendo la posibilidad de supresión de un cargo de carrera, señala sólo, un " derecho preferencial " para que el empleado sea nombrado en , puestos equivalentes de la nueva planta de personal .... lo que en términos similares reitera el artículo del decreto 1950 de 1973.

Finalmente, respecto del Oficio 6305 de noviembre 6 de 1980, originario de la Jefatura del Departamento Administrativo del Servicio Civil, erroneamente identificado en la demanda según el Servicio Civil en documento de junio 22 de 1989 (Fol. 325), constituye la respuesta a comunicación de 24 de octubre de 1980 donde las señoras Isabel de Méndez y Gloria María López de Sánchez piden al Consejo Superior del servicio Civil " se considera nuestra situación laboral " por haber sido nombradas en los cargos de Profesional Universitario 3020-04 y al

intentar reintegrarse tras una suspensión de doce meses, encontraron que el cargo había sido suprimido en el decreto 677 de ese año, por lo que aspiran a que se les designe en dos cargos de profesional 3020-04 desempeñandos por empleados con nombramiento provisional (Fol.77).

Evidentemente, no es de competencia del Departamento Administrativo del Servicio Civil el ordenar un nombramiento en las condiciones planteadas en el citado documento.

Dice el citado Oficio :

" En los respectivos expedientes de la División de Selección de esta entidad, se establece que ustedes no se encuentran inscritas en el escalafón de la carrera administrativa, ya que dicho proceso quedó suspendido por razón de la expedición del decreto legislativo N° 2132 de octubre 7 de 1976. . . "

Por eso, con envidente razón expresa que "el Consejo Superior del Servicio Civil carece de competencia para intervenir en el caso expuesto por ustedes a este organismo. " (Fol. 321).

En síntesis, es el caso de pretensiones que carecen de fundamento por las siguientes principales razones :

1.- El decreto 0677 de 1980 es un estatuto de carácter general de cuya anulación, de ser procesalmente viable, no podría deducirse ningún restablecimiento del derecho.

2.- La Resolución 02421 de 1980 constituye simplemente la ejecución de lo dispuesto en el anterior decreto, que suprimió el cargo desempeñado por la actora y, por lo mismo, no posibilitaba la inclusión de éste en la planta de personal.

3.- El oficio 6405 no contiene propiamente una decisión administrativa apta para producir efectos jurídicos respecto de la desvinvulación de la accionante.

En los términos anteriores queda expuesto mi criterio sobre el caso en referencia.

Atentamente,

Reynaldo Arciniegas Baedecker

SUPRESION DE CARGO/ CONTRALORIA DEPARTAMENTAL/ ASAMBLEA/ COMPETENCIA

A la Asamblea Departamental de conformidad con la Constitución Política vigente para la época le corresponda, por medio de ordenanzas: -" Organizar departamental y elegir controlar para un período de dos años." Esta atribución, para la Sala, comporta de la de crear y suprimir los empleos en las Contralorías Departamentales. Por consiguiente, como el Contralor Departamental ejerció una atribución no le correspondería, la resolución acusada violó ostensiblemente la C.N. Además, el acto acusado se produjo por móviles diferentes al buen servicio público.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 3932. Actor : Germán Humberto Rengifo Rengifo. Autoridades Departamentales.

GERMAN HUMBERTO RENGIFO, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad de la Resolución N° 1110 del 30 de julio de 1985, por medio de la cual, el Contralor Departamental, suprimió el cargo de Coordinador Grupo I A, del cual era titular en ese organismo.

Como hechos que respaldan su solicitud, expresa que por una coalición política, orientada por algunos sectores de los partidos Conservador y Liberal, fue elegido como Contralor Departamental , el Dr. ADOLFO DUEÑAS SANCHEZ, quien en desarrollo de un pacto político, suscrito entre dichos actores, suprmió varios cargos de la Contraloría Departamental, entre los cuales se encuentra el empleo que él desempeñaba.

Expresa que el Contralor, carecía de facultad para crear, suprimir y fusionar empleos, pues dicha facultad la otorga la Constitución, a la Asamblea y la posibilidad de organizar la Contraloría, de la cual estaba investido por el Código Fiscal, no conlleva las funciones que ejercitó en el acto acusado, de una parte, y de otra, la resolución está afectada de desviación de poder, pues no fue el buen servicio lo que orientó la supresión de los empleos, sino el dar cumplimiento al pacto político de reparto de cuotas burocráticas, cuyo escrito adjuntó a la demanda.

El Departamento del Valle se opuso a las pretensiones del actor, expresando que el acto tenía por finalidad ajustar los gastos de funcionamiento de la entidad, al presupuesto señalado en la Ley 6ª de 1958, la cual limita los gastos de las Contralorías Departamentales al 2% del respectivo presupuesto. Además el Contralor tenía competencia para crear y suprimir cargos de esa entidad, pues según el literal b) del artículo 476 del Código Fiscal, estaba facultado para organizar las dependencias de la Contraloría, de acuerdo con la estructura fijada por la Asamblea Departamental, lo cual conlleva la facultad de crear y suprimir empleos.

Propone dos excepciones a saber : a) De ineptitud sustantiva de la demanda, pues el actor ejercita la acción de restablecimiento del derecho contra un acto de carácter general; y b) De indebida representación del demandante, pues el apoderado judicial del actor, antes de que hubiera transcurrido el año que determina el D.L. 196 de 1971, enjuicia un acto de la Contraloría Departamental, habiendo sido contratista de prestación de servicios en dicha entidad contralora.

El Fiscal 2° del Tribunal Administrativo, conceptúa que deben despacharse desfavorablemente las peticiones de la demanda, por cuanto efectivamente, el Contralor carecía de la facultad para crear y suprimir cargos de la Contraloría Departamental y además, " se encuentra igualmente acreditado no sólo con los documentos a que se refiere el fallo de la Procuraduría y que obra en el proceso de autos, sino también con la declaración recepcionada al Dr. Fabio Lloreda Bonilla, quien reconoce algunas de las firmas que aparecen en le paso político referido, dando la razón de su reconocimiento y quien es enfático en afirmar que " Mientras se desempeñó como Contralor del Departamento y muchos años atrás, el Dr. Adolfo Dueñas Sanchez militaba en el partido liberal y en el sector del senador Carlos Holmes Trujillo; que antes de las desvinculaciones masivas no se hizo un estudio al personal de capacidad y méritos porque la Oficina de Personal no tenía por lo menos en ese momento herramientas administrativas insdispensables para realizar tal labor; que a las personas nombradas por el Contralor el único requisito exigido " era que fueran de la coalición triunfante fundamentalmente, situación lamentable que está llevando a nuestras instituciones políticas a la situación de postramiento moral en que nos encontramos : en donde no son los más capaces los que pueden desarrollar o tener una determinada posición sino simplemente los recomendados políticos "; que por fuera de esa coalición estaba el sector Balcarcista y el Nuevo Liberalismo; que la coalición la integraban " fundamentalmente el Holmismo con la ayuda del Holguinismo, el Lloredismo, el Humbertismo, el sector

Romerista y Londoñista y tambien (sic) el Orejuelismo " (fls. 129 y 130 cdno ppal.)"

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, declaró la nulidad de la resolución acusada y ordenó el reintegro del actor, por considerar que el Contralor Departamental carecía de competencia para suprimir los cargos de esa entidad departamental y además actuó deliberadamente para favorecer a un grupo político. Dijo el Tribunal, al respecto :

> " El acta de visita especial practicada por el funcionario instructor de la Procuraduría en la Oficina de Personal de la Contraloría (fs. 94 a 103) es clara prueba de que las personas a quienes se declaró insubsistentes eran en su casi totalidad " Balcarcista " y que los que fueron desvinculados por supresión de los cargos correspondían a esta misma corriente política, es más, cuando se declaró la insubsistencia de " Holmistas ", éstos fueron reintegrados a sus cargos. Igualmente esta diligencia es demostrativa de que los ciudadanos que fueron designados por el Contralor para desempeñar cargos en su administración correspondían todos a seguidores de quienes firmaron el acuerdo arriba citado. Es entonces evidente que el acusado actúo con el deliberado propósito de favorecer el segundo de los grupos anotados. "

Apelada la decisión por parte del Departamento, este reitera los planteamientos que expuso al contestar la demanda y enfatiza que el actor no demostró que el acto censurado fuera expedido por funcionario incompetente, pues no se allegó copia auténtica del Código Fiscal Departamental.

Insiste en señalar que la acción propuesta no es procedente y además no demandó el oficio que le comunicó la separación del cargo, lo cual origina que la demanda sea inepta y la " petición de un modo indebido. "

En el término del traslado para alegar, las partes no presentan alegatos de conclusión.

La fiscal Quinta del Consejo de Estado, luego de analizar el proceso, solicita se confirme la sentencia, por estimar que le asiste razón al demandante.

Para resolver se considera :

1) Reiteradamente el Consejo de Estado, con base en la doctrina de los móviles y finalidad, ha sostenido que no es la generalidad del acto impugnado, el elemento que determina la visibilidad del ejercicio de una acción, como sería a primera vista, la de simple nulidad. Bien podría ejercitarse la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consta un acto de contenido general, con base en que la acción es un derecho público que le asiste a toda persona para acudir ante los órganos jurisprudenciales, con el objeto de que se le administre justicia, siempre y cuando no se hayan vencido los plazos que la ley ha fijado ejecutar su derecho.

En esta forma el administrado tiene la garantía de que sus derechos siempre serán tutelados, cualquiera sea la clase de acto que lo genere y en estas condiciones, se obtiene el mandamiento del orden jurídico.

Por consiguiente, la excepción de ineptitud de la demanda por presunto ejercicio indebido de la acción de restablecimiento de derecho, carece de fundamento.

Tampoco esta llamada a prosperar la excepción de modo indebido, pues se planteó en el alegato de instancia, cuando ya había vencido la oportunidad para proponerse, de una parte, y de la otra, porque no es razonablemente exigir en este proceso, que se demanda el oficio de comunicación mediante el cual se hace conocer la supresión del cargo, pues es claro que allí no existe un acto administrativo, sino una simple información de que se produjo una actuación de la administación.

2) El ejercicio profesional del apoderado judicial del actor, por instaurar la demanda contra la Contraloría Departamental, que promovió este proceso, antes de haber transcurrido un año de su vinculación contractual administrativa con ese organismo Fiscal, no genera en ningún caso una indebida representación del demandante, pues la ley así no la ha indicado, ni la naturaleza de la actuación así lo requiere, sin perjuicio de la responsabilidad personal que sobre él pueda recaer.

Tampoco esta llamada a prosperar esta excepción.

3) De conformidad con lo previsto en la atribución 8ª del artículo 187 de la constitución Política, vigente para la época de los hechos, a la Asamblea Departamental, le corresponde, por medio de ordenanza :

" Organizar la Contraloría Departamental y elegir Contralor para un período de dos años; "

Esta atribución, para la Sala, comporta la de crear y suprimir empleos en las Contralorías Departamentales.

Por consiguiente, como el Contralor Departamental del Valle del Cauca, ejerció una atribución que no le correspondía, la resolución acusada, violó ostensiblemente la Constitución Nacional, y por lo tanto, el cargo que hace el demandante a la resolución demandada, está llamado a prosperar.

4) No está por demás advertir, que de acuerdo con la fotocopia autenticada del pacto político el 14 de septiembre de 1984 entre varios dirigentes políticos del Valle del Cauca, sobre el reparto de cuotas burocráticas en la Contraloría Departamental, de la copia auténtica del Acta N° 002 del 5 de octubre de 1984 de la sesión de la Asamblea Departamental cuando se eligió al Contralor Departamental, actor del acusado, y de la resolución y además piezas procesales del expediente disciplinario adelantado por la Procuraduría General de la Nación, que culminaron con la destitución del Contralor Departamental, se concluye que el acto acusado, se

produjo por móviles diferentes al buen servicio público, y por lo tanto, el cargo del actor está igualmente llamado a prosperar.

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

F A L L A :

PRIMERO : *CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.*

SEGUNDO : En aplicación del Artículo 128 de la C.N., adiciónase la sentencia, en el sentido de ordenar el descuento de sumas de dinero provenientes del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, o devengadas por el actor como consecuencia de vinculación laboral, durante el término en que estuvo separado con la Contraloría Departamental del Valle del Cauca, en virtud del acto anulado.

TERCERO : En firme la presente providencia, remítase al Tribunal de origen.

COOPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día Agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS / ACCION DE PLENA JURISDICCION/ CADUCIDAD-Témino/LEGITIMACION POR PASIVA

A la teoría de los motivos y finalidades original, se agregó algo más, referente a la necesidad de integrar un litisconsorcio necesario pasivo con la persona titular de la situación jurídica concreta creada por el acto cuya nulidad se solicita por el ciudadano- demandante en acción de nulidad. En el caso de autos, el acto demandadado afectó la situación jurídica individual del sindicato de trabajadores de Ericsson de Colombia S.A. y a sus trabajadores subjetivamente considerados, por lo cual solamente aquél o éstos hubieran podido dentro del término de cuatro meses acudir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de plena jurisdicción y no lo hizo; es decir, operó el fenómeno de la caducidad de dicha acción y el acto alcanzó la plenitud de su operatividad ejecutoria adicionándolo a los elementos o atributos esenciales del mismo : la ejecutoriedad

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna*

Referencia : Expediente N° 5 (11.268). Actor : Manlio Lafont Herrera. (Reconstrucción -D.e. 3825/1985-) Resoluciones Ministeriales.

El ciudadano Manlio Lafont Herrera, actuando en su propio nombre y haciendo uso de la acción de nulidad (arts. 66 del antiguo C.C.A (ley 167 de 1941) y 84 del actual (decreto-ley 1 de 1984), demanda la resolución N° 0390 de 1983 - 26 de julio-, expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que, según su decir inicial, declaró la legalidad de la huelga realizada por trabajadores de la Empresa Ericsson de Colombia S.A. y autorizó el despido de quienes la promovieron o subsistieron en ella.

Desaparecido el expediente durante los acontecimientos de 6 y 7 de noviembre de 1985 en el Palacio de Justicia de Bogotá cuando aún no había sido admitido el libelo, el demandante pidió su reconstrucción y corrigió y confirió lo escrito, en el sentido de que el acto administrativo acusado no es el que indicó, sino el contenido en la *resolución N° 2690 de 1983-26 de julio-*, que es el que realmente declaró la ilegalidad del movimiento huelguístico y autorizó el despido de los aludidos trabajadores. Quepa agregar para mayor claridad de estos prolegómemos, que la demanda original fue presentada el *20 de marzo de 1984* (fol.4) y que la corrección data el *18 de julio de 1985* (fol.32), siendo admitida por auto de diecisiete (17) de octubre de mil novecientos ochenta y cinco (1985) (Fol.33), *ordenándose la notificación personal al Ministerio Público, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y al representante judicial de la sociedad Ericsson de Colombia S.A.*

1.- DE LOS HECHOS, DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

1.- Como supuestos fácticos de su pretensión anulatoria, el ciudadano -actor adujo los siguientes hechos :

" 1°) A partir del 20 de enero de 1983 se adelantó en Bogotá la tramitación de un pliego de peticiones, presentado por el Sindicato de Trabajadores de Ericsson de Colombia S.A. a dicha empresa.

2°) El Sindicato de Trabajadores de Ericsson de Colombia S.A. no agrupaba en la fecha de las pretensiones del pliego de peticiones ni durante el trámite del mismo, a la mayoría de los trabajadores de dicha empresa.

3°) Al terminar la etapa de Conciliación del Pliego de Peticiones de los trabajadores de la Ericsson de Colombia S.A. y por no ser el Sindicato que los representa mayoritario, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante Resolución número 02061 del 18 de junio de 1983, convocó a asamblea general de los trabajadores no sindicalizados y sindicalizados en las dependencias de la Empresa mencionada en Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cartagena, Sogamoso, Manizales, Bucaramanga, Ibagué y Cali " para que la mayoría de ellos en votación secreta, opten por la huelga o soliciten al Ministerio que el conflicto se someta a la decisión de un Tribunal de Arbitramento Obligatorio".

4°) De un total de 850 trabajadores que tenía la mencionada Empresa , participaron en las asambleas 792, de los cuales 395 optaron por la Huelga y 391 por el Arbitramento, con 4 votos en blanco y 2 nulos.

5°) Del 18 al 31 de julio de (sic) verificó en la Empresa Ericsson de Colombia S.A. , un cese de actividades o huelga.

6°) Antes de efectuar la Huelga el Sindicato de Trabajadores de Ericsson de Colombia S.A. , con fecha 6 de julio de 1983, se dirigió al Ministerio de

Trabajo y Seguridad Social solicitándole un pronunciamiento sobre la valides (sic) de la mayoría de los votos por la Huelga.

7°) El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no dio respuesta a la solicitud del sindicato, mencionada en el numeral anterior.

8°) Funcionarios del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estuvieron presentes al iniciarse la huelga y sellaron las instalaciones de la Empresa Ericsson de Colombia S.A.

9°) El 26 de julio de 1983 el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dictó la Resolución cuya nulidad se demanda. "

2.- Igualmente, a manera de soporte jurídico, señaló como quebrantadas las normas de orden superior que a continuación se señalan :

arts. 16 y 18 de la Constitución política;

arts. 44, 448, 450, 459 y 485 del Código Sustantivo del Trabajo, y art. 62 del decreto reglamentario 1469 de 1978.

3.- A propósito de tales disposiciones que estima violadas por el acto, relacionadas con el caso sostiene :

" Las autoridades están instituidas para proteger en sus bienes, honra y vidas y desde luego para garantizar el ejercicio de sus derechos, conforme lo dispone el artículo 16 de la Constitución Nacional. Por consiguiente, no pueden asumir una actitud de indiferencia frente a los conflictos sociales. Y cuando intervienen en éstos su actuación no es de simple expectativa para ver quién se sale de las normas legales, para entonces entrar a sancionar. Su deber estriba en lograr que en esos casos los derechos se ejerzan en la forma correcta.

La misma Constitución Nacional garantiza en el artículo 18 la Huelga para los trabajadores, con la única salvedad de la que se puede realizar en los artículos públicos.

La Huelga está definida en el artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo el cual indica sus fines económicos y profesionales.

El movimiento huelguístico realizado en Ericsson de Colombia S.A. tenía fines económicos y profesionales. Previamente se cumplieron las etapas de presentación del Pliego de Peticiones, designación de los negociadores y agotamiento del Arreglo Directo y la Conciliación.

Terminada la Conciliación y por convocatoria, conforme a la Ley, hecha por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, se reunieron todos los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, para decidir entre la Huelga y Arbitramento.

Error grave cometido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social fue calificar la votación de los trabajadores en la asamblea general efectuada. La ley no tiene pronunciamiento sobre el particular y conforme a la Resolución de convocatoria y de acuerdo al artículo 62 del Decreto Reglamentario 1469 de 1978, se citó a los trabajadores para que la mayoría de ellos, en votación secreta optaran por la Huelga o del Arbitramento.

Del texto del artículo 444 del Código Sustantivo del Trabajo se infiere que cuando el Sindicato no es mayoritario, correspondiente a la mayoría absoluta de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, decidir entre Huelga o Arbitramento. Esto es, que quienes dedican tienen que ser la mayoría de los trabajadores. Y en el caso que nos ocupa, de un total de 850, participaron en la decisión 792.

La Resolución acusada se ha fundado en exigir equivocadamente que el número de votos a favor de la Huelga representa a la mayoría de todos los trabajadores de la Empresa. Esto se confundió el número de participantes en la decisión, o quórum requerido para la validez de la reunión de los trabajadores con la votación misma, dándole a ésta una calificación que la Ley no le ha otorgado.

Por éllo, además de las normas legales que directamente estimo violadas, indico que con su proceder el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social violó también los artículos como los que precisan sus funciones en relación con los conflictos sociales. Esto es, el 448 del Código Contencioso Administrativo."

II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.

1. - Ninguna de las partes - ni el demandante, ni la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), ni el interviniente (Ericsson de Colombia S.A.) - alegaron de conclusión.

2.- En su oportunidad, la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado rindió su vista de rigor, y en ella el criterio de que habiendo creado el acto acusado una situación particular y concreta para Ericsson de Colombia S.A. , para el sindicato de ésta y para los trabajadores afectando por la decisión de declarar ilegal la huelga y de autorizar su despido, sólo ellos tienen interés directo de los resultados del proceso que se adelanta sobre el pronunciamiento gubernativo en cuestión, de lo que se desprende que la acción ciudadana de nulidad no era la procedente, si no la " consagra en el artículo 67 de la Ley de 1941. . . " por cuanto, "de anularse el acto eso traería como consecuencia directa el restablecimiento automático del derecho particular afectado . Lo que significa que como el actor no demostró el interés requerido para interponer la acción y como fue presentada extemporánea por haberse cumplido el término de caducidad, la decisión sería inhibitoria. "

Llegado, pues, el momento de definir la instancia y no obnservándose vicio alguno que afecte el proceso, para resolver,

SE CONSIDERA :

Los planteamientos del Ministerio Público llevan a la Sala a ciertas reflexiones acerca de los control que las leyes han instituido y que la jurisprudencia y la doctrina han ido depurando en secuencia histórica, cuyo alcance, *en cuanto hace a los actos administrativos,* tiene que es preciso despejar para la decisión que haya ahora de adoptarse, así :

A- EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Para que el control de legalidad sobre los actos administrativos sea plenamente eficaz; para que los administrados puedan lograr que un juez administrativo (tribunales seccionales, Consejo de Estado) impide la continuación de validez y de eficacia de los actos estimados como ilegales, las leyes han ido trazando caminos que el vocabulario jurídico colombiano, un poco impropiamente, ha denominado *acciones.*

Son vías que revisten caracteres diferentes, pese a que ellas busquen, en esencia, que el juez -quien jamás, de oficio, podrá ejercer control de legalidad - declare la nulidad del pronunciamiento de la administración, y que el administrado sólo podrá demandar por una determinada vía si en él convergen, respecto del act, ciertas características que *legitiman,* por así decirlo, su presente como promotor de la respectiva acción . Ante la ausencia de tales características, necesarias para haber acudido ante el juez en demanda de la nulidad del acto, la sentencia o fallo que ponga fin al proceso será lógicamente inhibitoria, ya que la relación jurídicoprocesal se entrabó a través de una ruta equivocada por alguien que, carente de interés, fue en busca de una pretensión que era ajena.

Esos caminos, - que en derecho fráncés reciben el nombre de recursos contenciosos *(recours contentieux)* - que se dirigen contra *actos administrativos,* obedecen a una evolución conceptual, doctrinaria, legislativa y jurisprudencial, son esencialmente dos en la actualidad : la *acción de nulidad* y la *acción de nulidad y restablecimiento del derecho* (arts. 84 y 85 del C.C.A. (decreto-ley 01 de 1984), según subrogatoria de los arts. 14 y 15 del decreto-ley 2304 de 1989). Equivalen, *mutatis mutandi,* al *recours en annulation* y al *recours pour exces de pouvoir* del derecho contencioso-administrativo galo que tanta influencia ha tenido en la formación del colombiano.

Recuérdese ahora cómo -igual a lo que remorara el consejero doctor Humberto Mora Osejo en sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 8 de agosto de 1972- cómo en derecho colombiano, la ley 130 de 1913 consagró sobre el tópico, dos acciones : la de *nulidad* o *ciudadana* (contra actos nacionales o locales), que podían ser usada *unicamente* por el respectivo titular de esos derechos. y cómo en 1938, por jurisprudencia, el Consejo de Estado sostuvo que cuando un acto afectaba un derecho civil individual o subjetivo, era posible que su titular entablase ambas acciones simultaneamente , o sea, la de nulidad en cuanto afectaba

la normatividad superior, y la privada para obtener la reparación del agravio sufrido por ese particular; surgió así la llamada *acción mixta,* la que, por otra parte, hallaba respaldo en el art. 4° de la ley 80 de 1935. Fue esto último el antecedente de los que después vino a denominarse *acción de plena jurisdicción,* porque implicaba una competencia total, plena, entera, de anulación del acto, por un lado, y el restablecimiento del derecho subjetivo, como consecuencia de aquélla, por el otro.

Bajo la égida del Código Contencioso Administrativo que fue adoptado por la ley 167 de 1941, la distinción alcanzó mayores ribetes. De esta suerte, por la *acción de nulidad* (art.66) toda persona podía " solicitar por sí o por medio de representante, la nulidad de cualesquiera de los actos a que se refieren las anteriores disposiciones, por los motivos en ellas expresados ", es decir, los decretos, resoluciones y otros actos del gobierno, los ministros y demás funcionarios, empleados o personas administrativas, por motivos de constitucionalidad o legalidad (art.62), las ordenanzas y demás actos de las asambleas departamentales por violación de la Constitución, ley o el reglamento ejecutivo, los decretos, resoluciones y otros actos de los gobernadores por las mismas causas y por quebranto de las ordenanzas (art. 63), los decretos, resoluciones y otros actos de los intendentes y comisarios en los mismo casos y los mismos motivos que las ordenanzas departamentales (art. 64) y los acuerdos y otros actos de los concejos municipales en el caso de ser contrarios a la Constitución, la ley, el reglamento ejecutivo, las ordenanzas departamentales o los reglamento del gobernador, y los actos de la autoridad, funcionarios o personas administrativas del orden municipal por los mismos motivos y, además, por violación de los acuerdos de los concejos (art.65, pudiendo ser también anulados todas esas especies de actos, por haber sido expedidos en forma irregular, o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profiere. (art.66).

Por jurisprudencia se mantuvo el mismo nombre par la otra acción, la de plena jurisdicción, descrita por el art. 67, así : " Toda persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. . . La misma acción tendrá todo aquel que se hubiera hecho parte en el juicio y demostrado su derecho. "

B- DEL CAMPO DE LOS DOS GRANDES MEDIOS DE CONTROL CONTRA ACTOS ADMINISTRATIVOS.

El Consejo de Estado, entendió entonces (autos de 29 de marzo de 1985, - "Anales ", t, LX., Nos. 377 y 381, pág. 468, transcrito por " Diccionario Jurídico " - María Elena Giraldo Gómez y Nubia Gónzales Cerón, Tomo I A-C) que " los actos creadores de situaciones generales impresionales y objetivas deben ser demandados mediante el ejercicio de la acción de nulidad, consagrada por el art. 66 de la ley 167 de 1941, la que es pública, por estimarse que hay interés de la comunidad en la conservación del orden jurídico general. Contra los *actos,* hechos u operaciones administrativas que establecen situaciones individuales y concretas *unicamente* procede *la vía de la plena jurisdicción* de que hablan los arts. 67 y 68,

los cuales conceden a la *persona perjudicada* no sólo el derecho de restablecer la legalidad, sino la posibilidad de obtener de la administración la reparación del daño concreto que ésta le inflingió en su derecho subjetivo. " Sin embargo, igualmente aclaraba : " También la *acción de nulidad* procede contra *actos- condiciones que interesan a la sociedad*, tales como aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que las inviste de un poder real. Por ejemplo, un nombramiento de un individuo que no reúne las condiciones requeridas para desempeñar un cargo oficial; el otorgamiento de una licencia con el fin de ejercer una profesión u oficio en el que el interés común está en juego. *Mas no pueden acusarse por escrita vía las providencias de esta naturaleza que descartan la idea de un interés próximo por la sola legalidad, como lo es la destitución de un cargo público, la que niega una licencia de la naturaleza anteriormente referida, en donde unicamente se lesiona a los titulares de esos intereses. De modo, pues, que los campos de las dos acciones quedaron perfectamente delimitados, tanto que aclaraba : No se puede ejercitar conjuntamente la acción de nulidad y la de plena jurisdicción.* De manera que cuando un acto de carácter subjetivo se deriva de oro objetivo nulo, lo conducente es ejercitar la última acción, acusando la providencia concreta y y pidiendo la inaplicabilidad, como excepcion para el caso, la de carácter general. . . (Las subrayas no son de los textos).

C.- DE LA TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES.

La expresada posición tan tajante, que se mantuvo durante largo tiempo, comenzó a tomar otros perfiles cuando el fallo de 28 de octubre de 960, la Corporación dijo : " Tal acción de nulidad procede contra toda clase de actos, ya se trate de actos-reglas, que se refieren a situaciones jurídicas de caracter general - siendo por lo mismo impersonales- es decir, objetivos, contra actos-condiciones, o sea aquellos que colocan a una persona dentro de una situación general y reglamentaria que la inviste de un poder legal, que un momento dado pueden estar sometidas a su intervención, y contra actos subjetivos que crean situaciones jurídicas atinentes exclusivamente al individuo, en forma personal, concreta cuyo interés sólo a aquélla compete.

Por eso el artículo 66 dice que la acción de nulidad " se aplica a todos los actos administrativos ".

Y a continuación explicaba el mismo proveído : " Es decir, la diferencia entre la acción de nulidad pública o de contencioso objetivo, y de la plena jurisdicción o privada o contencioso subjetivo, estriba en que en la primera, se plantea la simple nulidad del acto demandado, mientras que en la segunda, se puede además, reclamar el restablecimiento del derecho, pero sin que tal exigencia sea de carácter obligatorio, porque el término " podrá , a que se refiere el artículo 67 citado, es opcional para la demandante."

Pasose de esa suerte al otro extremo, y la única diferencia que se halló entre una y otra acción se circunscribió a la pretensión; si ésta sólo impetraba la nulidad del acto, sin importar cuál fuese el demandante, la acción era de nulidad; si amén

de la nulidad se buscaba el restablecimiento de un derecho subjetivo, la acción era de plena jurisdicción y su único titular era quien creyera suyo ese derecho. Abrióse el compás hasta tales extremos que hubo necesidad de encontrar paliativos a dicha doctrina. Poco a poco fue dibujándose lo que se ha conocido como teoría o doctrina " de los motivos y finalidades ".

Primero en un salvamento de voto del consejero Carlos Gustavo Arrieta y luego una sentencia con ponencia de éste lo que produjo un cambio sustancial en las dimensiones del problema. En este proveído calendado a 10 de agosto de 1961, se dijo que *la procedencia de la acción de nulidad contra actos individuales y concretos* depende de la competencia entre los motivos y finalidades del actor y los motivos y finalidades que las normas asignan a la acción; se ha de considerar si la sentencia favorable determina o no " el restablecimiento automático de la situación jurídica individual afectada por la decisión enjuiciada ", pues si ello ocurre " *el curso objetivo no será admisible, salvo que la acción se intente dentro de los cuatro mese de que habla la ley* ", o sea dentro del término indicado para la caducidad.

Mejores argumentos fue depurando la doctrina. En auto de 20 de agosto de 1979, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del consejero Carlos Galindo Pinilla ("Anales ", 1979, Tomo XCVIII), explicó : " Cuando en un proceso contencioso-administrativo cualquier persona pide la declaratoria de simple nulidad de un acto creador de una situación jurídica concreta -posibilidad que tiene la jurisprudencia de esta Corporación desde hace 18 años-, ¿podrá resolverse de mérito sin la comparecencia de quien sea titular de la situación jurídica constituida por el acto cuya nulidad se impetra?, ¿podrá adelantarse el proceso a sus espaldas, y, eventualmente declarase la nulidad del acto constitutivo de su situación jurídica sin darle la oportunidad de intervenir en el proceso, pese a que la Constitución Nacional tiene instituida esa garantía fundamental del artículo 26, aduciendo como razón que en la pura ritualidad de los procesos contencioso-administrativos no se previó otra notificación personal del auto admisorio de la demanda, que la del Ministerio Público? No lo cree así la Sala frente a la citada disposición de la Carta y frente al precepto perentorio del art. 83 del C.P.C. aplicable al proceso contencioso en razón de lo previsto en el artículo 282 del C.C.A. , pues aquella disposición no pugna con las regulaciones específicas de este estatuto, sino que constituye el único instrumento eficaz para preservar la garantía constitucional antes indicada. *En la hipótesis que se contempla surge un litis consorcio necesario pasivo* que le impone al juez un deber ineludible. Como el éxito eventual de la pretensión, vale decir, la nulidad del acto, privaría a una persona determinada por el acto constitutivo o declarativo de su situación jurídica concreta, es incuestionable que la pretensión no solamente se dirige de manera principal contra la administración, en cuanto autora del acto, *sino contra la persona pasiva del particular*, de suerte que una y otra deben quedar colocadas dentro del proceso en calidad de partes principales, como demandadas. Por consiguiente , resulta imperioso para el Juez integrar con ambos el contradictorio. " (Subrayas de la Sala).

En otras palabras, a la teoría de los motivos y finalidades original, se agregó algo más, referente a la necesidad de integrar un litis consorcio necesario pasivo con la persona de la situación jurídica concreta creada por el acto cuya nulidad se solicite por el ciudadano-demandante en acción de nulidad.

Por último, en sentencia de 22 de abril de 1980, con ponencia del consejero Jacobo Pérez Escobar, la Sección Primera, acogiendo la doctrina en cuestión, vio en la exigencia perjudicial del agotamiento de la vía gubernativa para poder acudir en acción de plena jurisdicción, algo que igualmente tiene cabida para que un ciudadano demande en acción de nulidad un acto de contenido particular y concreto, en armonía a lo preceptuado en el art. 82 del C.C.A. y en los arts. 13, 14 y 18 del decreto 2733 de 1959.

Esta era la evolución jurisprudencial existente en el momento de la presentación de la demanda que ha dado origen al presente proceso y es, desde ese ángulo, como debe ser analizado el *petitum* que envuelve el libelo .

D.- DE LA PRETENSION DEL CIUDADANO- ACTOR EN EL CASO *SUB-JUDICE*

Como se ha dicho *ut supra,* el ciudadano-actor pretende que se anule un acto administrativo creador de una situación jurídica individual y concreta, en favor de una persona determinada -la Ericsson de Colombia S.A. -, dado que declaró ilegal la huelga adelantada por los trabajadores suyos y le dio la facultad que la ley concede para terminar en forma unilateral los contratos laborales de aquellos que hubieren intervenido o participado en el cese de actividades, observando desde luego el procedimiento por las resoluciones 1064 y 1091 de 1959, modificadas por la resolución 0342 de 9 de febrero de 1977, quedando en libertad de despedir a todos aquellos trabajadores que persisten en el paro por cualquier causa, sin necesidad de autorización previa del Ministerio y sin necesidad de calificación judicial en lo atinente a los trabajadores amparados por el fuero.

Desde otro punto de vista, afectó el acto la situación jurídica individual del Sindicato de Trabajadores de Ericsson de Colombia S.A. y a sus trabajadores subjetivamente conisiderados, por lo cual solamente aquél o éstos hubieran podido, dentro del término de cuatro meses, acudir ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, y no lo hizo; es decir, operó el fenómeno de la caducidad de dicha acción y *el acto alcanzó la plenitud de su operatividad ejecutoria,* adicionándolo a los elementos o atributos esenciales de los mismos : la *ejecutoriedad* . Hace así de un mundo jurídico propio y singular que se enmarca y es protegido por dos dobles presunciones, de suposiciones resultantes de la juridicidadcon que se mueve la actividad estatal, la que avala la validez de todos los actos administrativos (art. 12, ley 153 de 1887), pero que cobra mayor fuerza si se trata de actos administrativos que crean situaciones individuales y concretos con el aditivo de la ejecutoriedad. Esa doble presunción trae consigo una serie de consecuencias, porque en el juicio que se adelante contra el acto administrativo en esas condiciones -como es el aquí acusado- hay necesidad de *pedir* y de *demostrar*

(o probar) la destrucción de ellas, estando prohibido al juez declaradas de oficio. Como dice Cassagne ("La ejecutoriedad del acto administrativo ", pág 88, citado por Dromi en " Prerrogativas y Garantías Administrativas", 1ª parte, págs. 30 y 31), siendo la presunción de legalidad un presupuesto para que proceda la ejecutoriedad del acto, va de suyo que habrá que determinar *en cada caso* si la existencia de vicios o defectos obsta a tal presunción, a menos, es obvio, que los vicios sean manifestados o groseros, porque en este caso, carecerían de ejecutoriedad.

Si los elementos esenciales del acto administrativo (competencia, causa, objeto, forma, voluntad, motivación, oportunidad y finalidad) integran su legitimidad, la estima de que su emisión ha respondido a todos los requisitos legales y el respeto de las normas que regulan su producción, al volverse *ejecutorios* creando a favor o en contra de alguien determinado una situación individual y concreta, están provistos de realización operativa, de imperatividad, envolviendo un mandato o permisividad o prohibición . El acto ejecutorio constituye o declara un derecho o motiva a un obligado para realizar una determinada conducta respecto a la Administración. De allí la fuerza que tiene el acto que, a sus elementos esenciales, ha sumado el de la ejecutoriedad.

¿ Qué ocurre si prospera la pretensión del ciudadano-actor de que se anula el acto ejecutorio, creador de situaciones individuales y concretas, como es el demandado en el caso *sub-lite?* Sencillamente que la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de actividades realizado por los trabajadores de la empresa Ericsson de Colombia desaparecería y la autorización de ésta para terminar en forma unilateral los contratos laborales con aquellos que hubieren intervenido o participado en dicho paro, no tendría ya de base sustentatoria . Habría para el sindicato y para los trabajadores *un restablecimiento del derecho* y para la empresa, una pérdida del derecho, del mandato de la permisibilidad que le dio el acto, aunque no lo haya impetrado o solicitado expresamente el actor.

De modo que no obstante que aparentemente haya compatibilidad del orden jurídico abstracto como se deduce del " concepto de la violación ", que hace el libelista-; aunque se haya constituido en este proceso *litis consorcio necesario pasivo* por la presencia del titular de la situación jurídica concrete (Ericsson de Colombia); aunque se ha agotado la vía gubernativa precisamente con el acto acusado, notificado, ejecutoriado y en firme, la anulación del acto traería como consecuencia obvia el *restablecimiento de derechos,* extremo propio de la acción de plena jurisdicción o de restablecimiento del derecho, de la cual ha hecho uso una persona ajena al nexo o vínculo creado por ese acto.

La Sala puede, sin ahondar más en problemáticas tales como la incidencia de caducidad en la acción de nulidad como las previsiones en que la ley faculta a los ciudadanos en general- sin que tengan que acreditar interés privado- para intentarla contra actos particulares (contencioso electoral (arts. 223 y s.s. C.C.A.), contencioso de nulidad de cartas de naturaleza (arts. 221 y s.s., ibídem), contencioso de nulidad de empleados del control fiscal de la nación (art. 57, ley 20 de 1975), contencioso de nulidad de nombramientos ilegales de funcionarios, contencioso de nulidad de

marcas (art. 596 del C. de Co. , por causales precisadas en los arts. 585 y 586 y con caducidad de inciso de cinco años), como lo atinente a la acción de lesividad (especialísima acción de restablecimiento del derecho con ribetes *sui-generis* cuando el demandante es una entidad pública (art. 136 C.C.A : art. 23 decreto-ley 1304 de 1989), etc, etc. , se limita a determinar unicamente la ubicación de las dificultades que fluyen de los razonamientos de la señora Fiscal Quinta de la Corporación, en lo que atañe al caso *sub-judice*, a la luz de la jurisprudencia vigente sobre la materia, en el momento en que fue presentada y que, a grandes rasgos, aún perdura.

De suerte pues, que, conforme lo explicado en las anteriores lucubraciones y reflexiones, la Sala ha de pronunciarse inhibitoriamente.

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:

Declárase inhibido para decidir en el fondo sobre la pretensión del ciudadano demandante, respecto al acto contenido en la resolución N° 2690 de 1983- 24 de julio-, dictada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.-

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 14 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Seretaria.

FONDO NACIONAL HOSPITALARIO-Junta administradora/ **COMPETENCIA/ INSUBSISTENCIA**

Si bien es cierto el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada, no tiene personería jurídica, sí tiene un sistema especial de administración diferente del de las dependencias del Ministerio de Salud, pues es tanto que éstas están sujetas a la directa autoridad del Ministerio, el Fondo es administrando parcialmente por una junta integrada por el Ministerio de Salud o su delegado, el Director del ISS o su delegado y un representate personal del Presidente de la República. En principio, la personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover . Para la Sala, no es posible discutir la competencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para declarar insubsistente el nombramiento del actor, mientras el Acuerdo 003 de 1976 no sea anulado o derogado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente *: Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 4141. Actor : Jaime Moncayo Arenas. Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de abril de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES :

Mediante apoderado, y en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, el señor JAIME ARENAS pidió al Tribunal anulas el artículo 7° del Acuerdo 069 (septiembre 22) de 1982, emanado de la Junta Administradora del Fondo Nacional

Hospitalario y por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento como Profesional Universitario, Código 3020 Grado 06, a partir de la fecha antes señalada.

Como consecuencia de esa nulidad solicitó el restablecimiento de su derecho consistente en el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, el pago de sueldos y prestaciones dejados de devengar desde la separación del empleo hasta la reincorporación y el cómputo del tiempo no servido como realmente trabajado para efectos prestacionales.

El argumento central del demandante estriba en la competencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para removerlo de su empleo. Advierte que el Fondo carece de personería jurídica, que es una dependencia interna del Ministerio de Salud y que, en consecuencia, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento es una facultad atribuída al Presidente de la República o -por delegación de éste Ministerio de Salud, pero con carácter de tal, no como Presidente de la mencionada Junta.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal adoptó la vista fiscal como fundamento de su decisión y negó las súplicas de la demanda.

El *a-quo* hace hincapié en el que la administración del Fondo Nacional Hospitalario, por mandato de la ley, corresponde conjuntamente al Ministerio de Salud y al Instituto de Seguros Sociales; señala que entre las funciones de la Junta Administradora se encuentra la de " Nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo ", advierte que el Ministerio de Salud no tiene la facultad de nombrar y remover al personal del Fondo, agrega que la administración conjunta del Fondo obviamente conlleva la facultad de designar empleos y removerlos por el que el acto demandado tampoco viola el artículo 120 numeral 5 de la Constitución Nacional; asevera que el Fondo Nacional Hospitalario no hace parte de las dependencias internas del Ministerio de Salud; concluye diciendo que si el demandante sostiene que su desvinculación por acto de la Junta Administradora del Fondo es ilegal por carecer de competencia, sería ilegal también su designación hecha por la misma Junta, razón suficiente para desoir sus peticiones dado el aforismo jurídico de que "las cosas se deshacen como se hacen."

FUNDAMENTOS DE APELACION

En la sustentación del recurso la parte demandante hace una síntesis del contenido de la providencia recurrida. Después sostiene : que la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario no tiene competencia legal para nombrar y remover empleados, sino que fue la misma Junta la que se autoatribuyó esa competencia en el Acuerdo 28 de 1968, y en el 003 de 1976; que los empleados del Fondo son de nombramiento y remoción del Presidente de la República, o el

Ministerio de Salud si al efecto recibe delegación presidencial; que es absolutamente falso que los empleados del Fondo no pertenezcan a la planta interna del Ministerio de Salud; que es ilógico concluir que el acto acusado no ha violado flagratemente el ordinal 5° del artículo 120 de la C. N.; y finalmente, que ". . . no es solamente absurdo sino carente de todo fundamento jurídico estimar que la ilegalidad que pueda afectar a los actos de nombramiento, autorice para sanear en forma igualmente ilegal la situación removiendo a los nombrados. La situación de empleado del Fondo Nacional Hospitalario es de carácter individual y no podría ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito de los afectados."

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal de la Corporación rectifica el concepto rendido por él en caso similar y considera que la Junta Administradora no era competente para remover personal, pero tampoco para nombrarlo; razón por la cual concluye diciendo que no puede haber restablecimiento de derechos que el actor,nombrado por la Junta, nunca tuvo.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES.

Controvierte el apelante la facultad de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario para remover personal, argumentando que carece de toda facultad de nominación porque el Fondo es una dependencia del Ministerio de Salud, no tiene personería jurídica y su personal forma parte de la Planta del Ministerio. Que la ley nunca le ha dado a la Junta Administradora la atribución de nombrar y remover personal y por tanto ello corresponde al Presidente de la República o al Ministro por delegación.

La Sala encuentra que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

Si bien es cierto el Fondo Nacional Hospitalario no es una entidad descentralizada ni tiene personería jurídica, sí tiene un sistema especial de administración diferente al de las dependencias del Ministerio de Salud, pues en tanto que éstas están sujetas a la directa autoridad del Ministro, el Fondo es administrado parcialmente por una Juntas integrada por el Ministro de Salud o su delegado, el Director del Instituto de Seguros Sociales o su delegado y un representante personero del Presidente de la República.

En principio, la personería jurídica no es indispensable para poder ejercer la facultad de nombrar y remover. Debido al sistema previsto desde la expedición del Decreto 687 de 1967 y no derogado por normas posteriores, pues el Decreto 121 de 1976 sólo trasladó al Ministerio de Salud aspectos específicos de la Administración tales como la ordenación de gastos y la celebración de contratos del Fondo y dijo que seguirá conforme al Decreto 687 de 1967 y demás normas que lo adicionan o

modifican, se dispuso por acuerdo de la Junta, que ésta tendría competencia para nombrar y remover personal.

En uso de tal competencia fue nombrado el actor, promovido al cargo que ultimamente ocupaba y finalmente declarado insubsistente.

El Acuerdo N° 003 de 26 de enero de 1976, en cuyas facultades se apoyó la Junta Administradora para expedir el acto acusado se encuentra vigente y no hay prueba ninguan de su anulación por sentencia judicial.

Siendo ello así, y no estando propuesta por el actor su inaplicabilidad en este caso a través de la excepción de inconstitucionalidad, forzoso es concluir que el acto acusado tiene su soporte jurídico en otro, que no puede ser juzgado de este proceso y goza de presunción de legalidad.

En efecto, conforme aparece de autos, cuando se produjo el Acuerdo parcialmente acusado -es decir, el 22 de septiembre de 1982- estaba vigente el Acuerdo 003 de enero 26 de 1976, por el cual ". . . se expide el Reglamento de Administración y Funcionamiento del Fondo Nacional Hospitalario ". Allí se lee, en el artículo 8° literal f), que es función de su Junta Administrativa " Nombrar, promover y remover a propuesta del Director Ejecutivo, el personal del Fondo ".

Para la Sala no es posible discutir la competencia de la Junta Administradora del Fondo Nacional Hospitalario par declarar insubsistente el nombramiento del actor, mientras el Acuerdo 003 de 1976 no sea anulado o derogado.

No sobra agregar, que la tesis del apelante conduciría como lo advirtió el Tribunal, a la incompetencia de la Junta Administradora para hacer nombramientos. Y siendo ello así, en nada aprovecharía el señor Jaime Moncayo Arenas la anulación de la declaratoria de insubsistencia, dado que ningún restablecimiento del derecho sería posible porque de un nombramiento no se derivan legítimos. Además, la tesis de la revocatoria directa de los actos administrativos invocada por el recurrente no es de recibo en este caso.

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,

F A L L A :

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 19 de abril de 1988 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso adelantado por el señor JAIME MOCAYO ARENAS.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 20 de agosto 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.

PERSONAL MILITAR/ ASIGNACION DE RETIRO/ HOJA DE SERVICIOS MILITARES/ REAJUSTE MONETARIO

Cuando ocurrió el retiro del demandante se hallaba vigente la Ley 126/ 59 según la cual, quienes fueran retirados en forma absoluta del servicio no tenía derecho a asignación de retiro. A raíz de la expedición del Decreto 3071/68, se entendió que esta pena accesoria sólo se aplica en caso de condenas penales y no de sanciones disciplinarias, como la impuesta al demandante. La hoja de servicios constituye un documento previo e indispensable para la obtención de la asignación de retiro. Por eso, quien pretenda el reconocimiento de esta prestación debe iniciar el trámite correspondiente, solicitando al Ministerio de Defensa Nacional la elaboración de la hoja de servicios, entidad que no puede negar su expedición, pues el Ministerio no es autoridad administrativa facultada para decidir si una persona tiene derecho a asignación de retiro. Ha debido reconocérsele al actor su asignación de retiro a partir de la vigencia del Decreto 3071/68 porque no hubo negligencia ninguna de su parte en la presentación de la solicitud . No es viable el reconocimiento de reajuste monetario e intereses comerciales y legales, pues las normas legales vigentes sólo conceden derecho a la oscilación de esa prestación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente : Doctora Clara Forero de Castro.

Referencia : Expediente Número 830-8341. Actor : Ernesto Parra Socha. Resoluciones Ministeriales.

El señor Ernesto Parra Socha, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, en demanda presentada ante esta Corporación el 22 de abril de 1983 (fls. 7 a 10), solicitó la

nulidad de las Resoluciones Nros. 591 de 12 de agosto de 1981 y 1444 de 17 de junio de 1982, originarias, en su orden, de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y del Ministerio de Defensa Nacional, para que a título de restablecimiento del derecho se le cancele la asignación de retiro reconocida mediante tales actos a partir de la fecha de la baja oficial del servicio y se disponga que las asignaciones consolidadas anualmente se corrijan tomando en cuenta los factores del 27% para 1976, 1977 y 1978; 26.5% para 1979; 24.5% para 1980; 25.6% para 1981; 24.5% para el primer semestre de 1982 y, a partir de la fecha de la sentencia se ordene el pago de los intereses legales.

Las pretensiones anteriores se sustentan en los siguientes hechos :

- Mediante la sentencia del 25 de marzo de 1977 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confirmada por el Consejo de Estado con fallo de 11 de julio de 1980, se ordenó al Ministerio de Defensa, a través de la respectiva fuerza, expedir la hoja de servicios militares del actor.

- Con fundamento en la mencionada hoja de servicios, por medio de los actos demandados se le reconoció al actor asignación de retiro equivalente al 61% del sueldo de actividad de Sargento Segundo, desde el 27 de noviembre de 1976, declarando las mesadas anteriores a la fecha citada.

- La Corte Suprema de Justicia mediante fallos de 16 y 24 de septiembre de 1980, declaró inexequible los artículos 11 y 8° de las Leyes 21 y 24 de 1979 respectivamente, sentencias por la cuales se reponía la penalidad accesoria de pérdida de la asignación de retiro, en caso de condenas penales y disciplinarias de los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, por considerar que esa medida era una confiscación de una prestación social contraria a los artículos 17 y 34 de la Constitución Nacional.

En la demanda se citan como transgresiones los arts. 17, 26, 30, 34 y 169 de la Carta Política, 15 del Decreto 1305 de 1975, 12 de la Ley 16 de 1969 y 119 del Decreto 501 de 1955.

En el respectivo concepto de violación, el libelista anota que, en el caso de autos, se quebranta lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 1305 de 1975 que prevee el reconocimiento de asignación de retiro al persona de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional que sea separado en forma absoluta del servicio y tenga a ella y los artículos 26 y 169 de la Constitución Nacional, pues en razón del tiempo de servicios por más de quince (15) años que el actor le prestó a la Nación como militar en el grado de Sargento 2° del Ejército, adquirió el derecho de percibir asignación de retiro, la cual debe pagársele sin privarle de las mesadas anteriores el 27 de noviembre de 1976, desde la fecha de la baja, toda vez que el artículo citado del Decreto 1305 de 1975, así lo ordena.

- Asevera el demandante que la negación de la conformación de su hoja de servicios militares que parte de la administración, motivó que ocurriere a la

jurisdicción contencioso administrativa, la cual, mediante los fallos citados (de 25 de marzo de 1977 y 11 de julio de 1980), ordenó al Ministerio de Defensa proceder a la elaboración de ese documento; lo cual indica que en ningún momento ha dejado de reclamar la prestación social de retiro.

Reconstruido el proceso en los términos del Decreto 3825 de 1985, se declaró que quedaba en estado de correr traslado al fiscal para que emitiera concepto de fondo.

La Agencia del Ministerio Público opinó que las pretensiones de la demanda deben prosperar parcialmente, por cuanto considera que efectivamente el señor Parra Socha, solicitó insistentemente la elaboración de la hoja de servicios con el fin de obtener de la Caja de Retiro de la Fuerzas Militares el reconocimiento de la asignación de retiro, pero ésta no pude reconocérsele sino a partir de la fecha en que se abolió la pérdida como pena accesoria y en ningún momento con anterioridad a este hecho.

Agotado el trámite de ley no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

El cuestionamiento que se hace en el libelo a las Resoluciones Nos. 591 de 12 de agosto de 1981, expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y 1444 de 17 de junio de 1982, del Ministerio de Defensa Nacional, se enfila exclusivamente a objetar la fecha desde la cual se hizo efectiva la asignación de retiro.

Consta en el expediente que el Sargento Segundo Ernesto Parra Socha fue separado del servicio en forma absoluta a petición de un Tribunal Disciplinario el 1° de abril de 1964.

Cuando ocurrió su retiro, se hallaba vigente la Ley 126 de 1959, según la cual, quienes fueran retirados en forma absoluta del servicio no tenía derecho a asignación de retiro.

A raíz de la expedición del Decreto 3071 de 1968, se entendió que esta pena accesoria sólo se aplicaba en caso de condenas penales y de sanciones disciplinarias, como la impuesta al demandante.

El Sargento Segundo Parra Socha el 4 de marzo de 1969 solicitó la formación de su hoja de servicios militares (fls. 104a 106 cdno. N° 3), petición que le fue denegada según Resolución N° 4499 de 3 de septiembre de ese año (fls. 137 y 138 cdno. 3) . Lo cierto es que infructuosamente en ocasiones subsiguientes (23 de marzo de 1972 fls. 145-146-159-160; 05 de febrero de 1974 fls. 163-164; 21 de agosto de 1975 fls. 169-170 cuaderno N° 3), insistió en que se le reconociera la aludida prestación social. Esa circunstancia, esto es, la persistente negativa de la administración al reconocimiento de la asignación de retiro, lo llevó a ocurrir a la

jurisdicción contencioso administrativo, la cual en sentencia de 25 de marzo de 1977 y de 21 de julio de 1980, ordenó al Ministerio elaborar la susodicha hoja de servicios.

La hoja de servicios constituye un documento previo e indispensable para la obtención de la asignación de retiro. Por eso, quien pretenda el reconocimiento de esta prestación debe iniciar el trámite correspondiente, solicitando al Ministerio de Defensa Nacional la elaboración de la hoja de servicios, entidad que no puede negar su expedición, pues el Ministerio no es autoridad administrativas facultada para decidir si una persona tiene o no derecho a asiganción de retiro.

De modo que, habiendo, negado la administración la elaboración de la hoja de servicios al accionante la cual sólo le fue expedida a raíz de los fallos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de esta Corporación, ha debido reconocérsele a partir de la vigencia del Decreto 3071 de 1968, porque no hubo negligencia ninguna de su parte en la presentación de la solicitud.

En efecto, el Sargento Segundo Socha Parra interrumpió la prescripción de mesadas de su asignación de retiro desde el 4 de marzo de 1969; interrupción que, de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico vigente, cobija 4 años hacia atrás.

Sin embargo, ésta no tiene eficacia sino a partir del 17 de diciembre de 1968, fecha en la cual comenzó a regir el Decreto 3071 de ese año.

La prescripción se interrumpió puesto que no es dable admitir que la negativa del Ministerio a conformar la hoja de servicios y el tiempo transcurrido a causa de la misma, redunde en perjuicio del titular del derecho a la prestación reclamada.

En este orden de ideas, deben cancelársele en forma oscilante las mesadas correspondientes al lapso comprendido entre el 17 de diciembre de 1968 fecha a partir de la cual surgió su derecho a la asignación de retiro y el 26 de noviembre de 1976.

Finalmente, en cuanto al reconocimiento de reajuste monetario o intereses comerciales o legales, estima la Sala que no es viable, pues las normas legales vigentes sólo conceden a la oscilación de esa prestación, que debe liquidarse y reajustarse conforme a los haberes de actividad, pero no contemplan reajustes monetarios ni reconocimientos de intereses por demora en el pago.

En términos del artículo 177 del C.C.A., unicamente están autorizados los intereses comerciales durante los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que condene a la entidad pública, y moratorios después de este término, si no se ha dado cumplimiento a la decisión judicial, mas no los anteriores al fallo.

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,

F A L L A :

1° Reconócese a la Doctora Luz Beatriz Pedraza Bernal como apoderado del demandante en los términos y para los efectos del memorial de sustitución visible a folio 72 del cuaderno principal.

2° Declárase la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 0591 de 12 de agosto de 1981 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y 1444 de 17 de junio de 1982 del Ministerio de Defensa Nacional, pero sólo en cuanto por ellas se dispone reconocer al señor Eernesto Parra Socha asignación de retiro a partir del 27 de noviembre de 1976 y declaran prescritas las mesadas anteriores.

3° - Como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento del derecho, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocerá y pagará al señor Ernesto Parra Socha la asignación de las resoluciones, pero desde el 17 de diciembre de 1968.

4° - Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término indicado en el artículo 176 del C.C.A y dará aplicación al artículo 77 ibídem.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 28 de Agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Guillermo López Guerra, Conjuez; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE-Cargo Administrativo/ **INSUBSISTENCIA.**

El cargo del Director de Distrito Educativo que desempeñó el actor, por no ser directivo docente en los términos del artículo 32 del Decreto 2277/ 79, es de carácter administrativo y consencuentemente quien lo desempeña se rige por las normas de los empleados públicos distintos de los docentes, como lo dispone el artículo 35 ibídem.

Al no regirse el demandante en el cargo del cual fue desvinculado por las normas del citado decreto, no podía ampararlo su artículo 32 del cual pretende derivar su derecho impetrado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 4326. Actor : Luis Angel Hincapié Roldán. Autoridades Departamentales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la Nación y el Departamento de Antioquia contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de ese Departamento el 19 de diciembre de 1988, por medio de la cual se declaró la nulidad del artículo 2° del Decreto 55 del 25 de enero de 1985 del Gobernador que había dispuesto la insubsistencia del nombramiento de LUIS ANGEL HINCAPIE ROLDAN, como Director de Distrito Educativo 17 (Oriente N° 2), con sede en el Municipio de Marinilla, Nivel Directivo, Grado 1, sueldo de $85.720.oo , se condenó a la Nación a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual categoría y a pagarle los haberes dejados de devengar hasta cuando ocurra el reintegro, facultándola para repetir contra el mencionado Departamento por el valor de lo que deba pagar en cumplimiento de dicho proveído.

En el fundamento fáctico de la demanda se relatan los distintos cargos desempeñados por el actor hasta llegar al del Director de Distrito Educativo, sus títulos académicos y cursos de capacitación; que está inscrito en el grado octavo del escalafón docente y el aludido cargo, en el Departamento de Antioquia, es de carácter docente y departamental, pues no pertenece a las plazas educativas nacionalizadas por efectos de la ley 43 de 1975.

En el capítulo de las disposiciones violadas y concepto de violación se invocan las siguientes normas:

Artículos 17 y 30 de la Constitución Política, 36, 84 y 85 del C.C.A., 6° del decreto 224 de 1972, 1° del decreto 179 de 1982, 5° del decreto 1234 de1982, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 de la " Resolución Nacional " 10406 de 1982, 3, 28, 31, 33, 34 y 36, literal h), del decreto extraordinario 2277 de 1979 y 19 del decreto 181 de 1982.

En síntesis, el concepto de la violación se hace consistir en que el demandante es un docente escalafonado, que desempeñaba el cargo de Director de Distrito Educativo que el decreto reglamentario 179 de 1982 califica como Cargo Directivo Docente, por lo cual según los mandatos del artículo 31 del decreto extraordinario 2277 de 1979, tenía derecho a permanecer en el servicio mientras no fuera excluido del escalafón o cumpliera la edad de retiro forzoso, sin importar que dicho cargo fuera del orden departamental, porque para los educadores de los departamentos también se aplica el mencionado estatuto, a términos de su artículo 3°.

También se invoca la violación del artículo 6 del decreto 224 de 1972, porque se afirma que el actor fue llamado a ocupar el cargo de Director de Distrito Educativo y en consecuencia tenía derecho a conservar su carácter docente y a ser reincorporado a la enseñanza.

Otra causal de nulidad que plantea la demanda es la desviación de poder, fundamentada en que no se prestó un buen servicio con la desvinculación del actor, debido a que se privó a la administración de un magnifico servidor " con capacidad profesional, pleno de requisitos, escalafón nacional Docente, experiencia educativa - experiencia administrativa - responsabilidad y lealtad demostrada y confirmada por los ascensos " , y porque además, se le perjudicó al privarlo del empleo, no obstante que tenía un derecho adquirido con justo título amparado por el artículo 30 de la Constitución Política.

La demanda inicialmente dirigida contra el Departamento de Antioquia, posteriormente fue corregida en el sentido de demandar también, a la Nación.

La vista Fiscal. El Ministerio Público en su concepto de fondo estimó que la sentencia apelada ameritaba ser confirmada.

Tramitado el recurso de apelación y llegado el momento de proferir sentencia, a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

1. Alegó la Nación, desde la contestación de la demanda (fls. 92 y siguientes) que ella no tenía por qué haber sido demandada, teniendo en cuenta que el cargo del cual se desvinculó al actor no es del orden nacional sino departamental.

La Sala recuerda que en la demanda el actor afirmó precisamente, aquella circunstancia, la cual se encuentra corroborada con los documentos de folios 63, 64, 142 y 145, según los cuales el cargo de Dirección de Distrito Educativo no hace parte de la planta de personal del Fondo de Educativo Regional de Antioquia, sino del Departamento, fuera de que el tiempo servido en ese cargo le sirvió al demandante para que se le reconociera pensión de jubilación por cuenta de aquél.

Además, el criterio anterior encuentra reafirmación en la circunstancia irrebatible consistente en que si el empleo del que desvinculara al demandante hubiera sido nacionalizado, su remuneración correspondería a la establecida en el decreto extraordinario 134 de 1985, lo cual no ocurrió porque devengaba una suma notoriamente superior desde el año anterior. En efecto, a folio 179 el acta de posesión del 13 de marzo de 1984 en la que consta que el sueldo del actor es la suma de $ 85.72.oo.- Si el cargo fuere nacionalizado su remuneración habría sido, conforme al decreto extraordinario 456 de 1984, artículos 1° y 6° la suma de $46.340.oo.-

Entonces, el sentenciador de primer grado no podía condenar a la Nación, no sólo porque , como se vio, el demandante no tuvo vínculo alguno con ella, sino porque, además, su demanda tiene un supuesto fáctico y jurídico diferente.

Consecuentemente, la Sala revocará las condenas proferidas en contra de la Nación.

2. Corresponde ahora, estudiar si el cargo de Director de Distrito Educativo, conforme al artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979, tiene carácter docente o si, por el contrario, según el artículo 35 ibídem es administrativo y su titular se rige por las normas aplicables a los demás empleados públicos y no por las de dicho estatuto .

El artículo 32 aludido, relaciona los siguientes cargos directivos de la educación oficial como docente : Director de escuela o concentración escolar, Coordinador o perfecto de establecimiento, Rector de plantel de enseñanza básica, secundaria o media, Jefe o Director de núcleo educativo o agrupación de establecimientos y Supervisor o inspector de educación. Además, establece que tienen ese carácter los cargos que tengan funciones equivalentes a los anteriormente indicados.

Ahora bien, si conforme al literal b) del artículo 1° del decreto reglamentario 179 de 1982 el Distrito Educativo está formado por dos o más núcleos educativos,

es evidente que a la luz del mencionado artículo 32, el cargo de Director de esos distritos no está comprendido expresamenre entre los que tienen el carácter docente, como sí los Jefes o Directores de núcleos educativos que hacen parte de los mencionados distritos.

Además, en armonía con lo anterior, la organización de la Secretaría de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia adoptada por el decreto departamental 311 de 1984, (fl.4) establece los núcleos de desarrollo educativo como dependencias de Distrito Educativo, de donde se infiere, que el Director es superior jerárquico del Director o Jefe de núcleo, por lo cual los dos empleos tienen funciones no equivalentes entre sí, siendo ellos obviamente diferentes. Fuerza entonces, concluír, que el cargo de Director de Distrito Educativo desempeñado por el actor, no puede ser considerado como " docente " a la luz del artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979.

Como el actor se apoya en el inciso del artículo 1° del decreto reglamentario 179 de 1982 que dispone que el cargo de Jefe de Distrito Educativo es docente, la Sala no puede atender esta disposición porque ello sólo podría ser viable, en los términos del artículo 12 de la ley 153 de 1887, si la norma reglamentaria no fuera contraria a la ley y ya quedó que con arreglo al artículo 32 del decreto extraordinario 2277 de 1979, el Jefe de Distrito no es un cargo directivo docente. Luego, el reglamento no podía establecerlo así .

La Sala, concluye, entonces, que el cargo de Director de Distrito Educativo que desempeñó el actor, por no ser directivo docente en los términos del artículo 32 del decreto 2277, es de carácter administrativo y consecuentemente quien lo desempeña se rige por las normas de los empleados públicos distintos de los docentes, como lo dispone el artículo 35 ibídem.

Al regirse el demandante en el cargo del cual fue desvinculado por las normas que el decreto 2277 de 1979 establece para los docentes, no podía ampararlo su artículo 31 del cual pretende su derecho impetrado.

3. El artículo 6° del decreto 224 de 1972 no es aplicable al caso propuesto, porque el demandante no fue llamado a ocupar un cargo administrativo en el Ministerio de Educación Nacional ni en algún organismo descentralizado, pues como se vio, laboraba en una dependencias de la Secretaria de Educación y Cultura del Departamento de Antioquia.

4. Respecto de la desviación de poder alegada, observa la Sala que en el expediente no aparece prueba alguna tendiente a demostrar el motivo que tuvo en mente el funcionario expedidor del acto, en orden a verificar que fuere contrario al que corresponde a la competencia de remover libremente a los Directores de Distrito Educativo que se ejerció.

En consecuencia, la Sala revocará en su totalidad la sentencia apelada y, en su lugar, 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,

F A L L A :

REVOCASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 19 de diciembre de 1988, en el proceso promovido por LUIS ANGEL HINCAPIE ROLDAN y, en su lugar, se dispone :

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aprobado en la Sala del día 14 de agosto 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.

PERSONAL DOCENTE/ CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA- Régimen aplicable

Es a los docentes del sistema educativo nacional a quienes se les aplica el Decreto 2277/79 y a ese sistema no pertenece la Contraloría General de la República, cuyas funciones son otras diferentes. La circunstancia de que dicha entidad tenga un colegio para hijos de sus empleados y que el artículo 6 del Decreto 344/81 haya dispuesto que el personal docente el mismo "tendrá una asignación básica mensual o igual a la que corresponde a su respectivo escalafón docente, de acuerdo con las escalas salariales vigentes" no permite considerar esa institución como integrante del "sistema" pues la misma disposición aclara "para los demás efectos se regirán por las normas que se aplican a los empleados de la Contraloría General de la República" Como el estatuto docente no le era aplicable a la actora, debe inferirse que su permanencia en el cargo no estaba garantizado por el fuero de estabilidad.

Cosejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 3535. Actor : Elsa Virginia Nigrinis de Araújo. Recurso Extraordinario de Anulación.

Se resuelve el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la Contraloría General de la República, contra la sentencia de única instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 14 de octubre de 1987, que acogió las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal del conoçimiento anuló el artículo 2° de la Resolución N° 00558 de enero de 1983 de la Contraloría General de la República, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsa Virginia Nigrinis de Araújo, en el cargo de Perfecto Docente del Colegio de Hijos de Empleados de la Contraloría General de la República y ordenó el reintegro de la actora a dicho empleo o a otro de igual o superior categoría, así como el reconocimiento y pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de su retiro hasta la de su reintegro.

El Tribunal consideró que las funciones que corresponden al cargo, Perfecto Grado 08 del Colegio de la Contraloría y además, por estar asimilada en el escalafón docente en el grado 8°, según Resolución N° 22379 de junio 1° de 1982, el retiro de la empleada no se regía por las normas propias de la Contraloría General de la República sino por el Decreto 2277 de 1979 que regula todo lo relacionado con las condiciones de ingreso, estabilidad, ascenso y retiro de los docentes que hacen parte del Sistema Nacional Educativo. Para el efecto citó el Tribunal, los artículos 1°, 2, 3, 31 del Decreto 2277 de 1979.

El Tribunal concluyo que :

> " El acto demandado, de consiguiente, es violatorio de las normas invocadas en la demanda, pues las señora, Nigrinis de Araújo no podía ser declarada insubsistente por ser empleada de carrera docente, tesis que ha sido sostenida por la Sala en repetidas oportunidades y es compartida por el Fiscal 7° en su concepto". (FL.92).

LA IMPUGNACION

El recurrente formula cuatro cargos contra la sentencia, así:

1°) Violación directa de los artículos 1° y el parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 937 de 1976.

2°) Violación directa de los artículos 119, 121 y 123 del Decreto 937 de 1976 y el artículo 60, numeral 5° de la Constitución Nacional.

3°) Violación directa de los artículos 5° regla 1ª de la ley 57 de 1887 y el artículo 2° de la ley 153 de 1887.

4°) Violación directa del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo numeral 1° por falta de aplicación.

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía 4ª de la Corporación considera que el fallo recurrido debe ser anulado y denegadas las pretensiones de la demanda, en cuanto hubo violación del artículo 6° del Decreto 344 de 1981 que dice :

> " El Rector y el personal docente al servicio del Colegio para hijos de empleados de la Contraloría, previsto en el artículo 20 del Decreto Extraordinario 929 de 1976, tendrá una asignación básica mensual igual a la que corresponda a su respectivo escalafón docente, de acuerdo con las escalas salariales vigentes ".
>
> Para los demás efectos se regirán por las normas que se aplican a los empleados de la Contraloría General de la República ". (FL.31)

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se denuncia en el primer cargo del recurso la violación directa del artículo 1° del Decreto 937 de 1976 que faculta al Contralor General de la República para proveer los empleos de esa dependencia y el parágrafo 2° del artículo 2° ibídem, que confiere a los servidores de esa entidad el carácter de empleados públicos.

La Sala encuentra que efectivamente el Tribunal al resolver la controversia dio aplicación a los artículos 2°, 3°, 28 y 31 del Decreto 2277 de 1979 y se abstuvo de aplicar el Decreto 937 de 1976 (art. 1° y 2°) y este razonamiento lo llevó a declarar la nulidad del acto enjuiciado.

Veamos entonces, si el Tribunal en violación directa de la ley como se plantea en la demanda.

Se trata de determinar si la labor del docente que prestaba sus servicios a la Contraloría General de la república en un colegio de su dependencia, se rige por el estatuto docente (Decreto 2277 de 1979) o por los propios estatutos de personal de la entidad (Decreto 937 de 1976).

El artículo 1° del Decreto 2277 de 1979, es del siguiente tenor :

> " El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades QUE INTEGRAN EL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL, excepto el nivel superior que se regirá por normas especiales ". (Destaca la Sala).

Entonces es justamente a los docentes del " Sistema Educativo Nacional " a quienes se les aplica el estatuto y a ese " Sistema " no pertenece la Contraloría General de la República, cuyas funciones son otras muy diferentes.

Según el Decreto 88 de 1976, vigente para la época, integra el Sistema Educativo de la Nación, el Ministerio de Educación y todos los planteles educativos dependientes de él y los establecimientos públicos que le están adscritos y enumerados en el artículos 15 del citado Decreto, por manera que a estos educadores oficiales es a los que se refiere el artículo 3° del Decreto 2277 de 1979 igualmente invocado como sustento de la sentencia recurrida.

La circunstancia de que la Contraloría General tenga un colegio para hijos de sus empleados y que el artículo 6° del Decreto 344 de 1981 haya dispuesto que el personal docente del mismo " tendrán una asignación básica mensual igual a la que corresponda a su respectivo escalafón docente, de acuerdo con las escalas salariales vigentes " no permite considerar esa institución como integrante del " Sistema ", pues la misma disposición aclara que: Para los demás se regirán por las normas que se aplican a los empleados de la Contraloría General de la República ".

Ahora bien, el artículo 121 del Decreto 936 de 1976, citado como transgredido en el segundo cargo, faculta al Contralor General para nombrar y remover libremente a los empleados que no pertenezcan a la carrera administrativa.

Considera la Sala que la norma invocada se quebrantó por el Tribunal por falta de aplicación en cuanto era la que regía la relación laboral en conflicto, por tratarse de la remoción de una empleada de la Contraloría que a pesar de desempeñar funciones docentes no la cobija el Decreto 2277 de 1979, por no prestar servicios al "Sistema Educativo Nacional" sino que la Contraloría General de la República.

Por ello, habrá de anularse la sentencia por violación directa de las disposiciones invocadas por el recurrente, normas sustantivas que, por estar contenidas en un decreto extraordinario, constituye materialmente una ley; y por consiguiente, se procede a dictar sentencia sustantiva en los siguientes términos :

Pretende la demandante la declaratoria de nulida de la Resolución N° 00558 de 1983 de la Contraloría General de la República, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento como Perfecto Docente Grado 8, del Colegio de Empleados de la Entidad y de sus Familiares.

Invoca como disposiciones transgredidas, los artículos 16, 17, 30, 55 y 62 de la Constitución Nacional y artículos 1°, 2°, 3°, 26, 28, 31, 36, 55 y 60 del Decreto 2277 de 1979.

Se fundamenta la violación en el hecho de haber sido declarada insubsistente desconociendo la estabilidad que le otorgaba el estatuto docente.

Como ya se consignaron las razones por las cuales el Estatuto Docente, Decreto 2277 de 1979, no le era aplicable a la actora, debe inferirse que su permanencia en el cargo no estaba garantizada por el fuero de estabilidad que ampara a los educadores, y como tampoco la cobijaban las normas de carrera de la Contraloría General de la República, su declaratoria de insubsistencia conforme a lo prevenido en el artículo 121 del Decreto 937 de 1976, estaba dentro de la facultad discrecional del nominador de remover empleos de libre nombramiento y remoción.

En tal virtud, los cargos de infracción de las normas citadas en la demanda no tuvieron ocurrencia y por consiguiente, debe denegarse sus 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,

F A L L A :

DECLARASE LA NULIDAD de la sentencia proferida el 14 de octubre de 1987 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera; en su lugar, DENIEGASE la anulación del artículo 2° de la Resolución N° 00558 dictada el 28 de enero de 1983 por el Contralor General de la República, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Elsa Virginia Nigrinis de Araújo como Perfecto Docente Grado 8 del Colegio de Empleados de la Contraloría General de la República y de sus Familiares.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE- Estabilidad

Para una correcta inteligencia del artículo 97 del Decreto 80/80, que prevé que los docentes, de tiempo completo y de tiempo parcial no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el artículo 109 del mismo estatuto, debe tenerse en cuenta que la calidad de docente de libre nombramiento y remoción no desaparece por el simple transcurso del susodicho año, cuando transcurrido éste, el profesor en virtud de la solicitud correspondiente ingresa al escalafón en cualquiera de las categorías contempladas en el artículo 108 del decreto citado. En el caso de autos el accionante no demostró su inscripción en el escalafón docente de la Universidad de la Guajira, debe considerársele como un docente de libre nombramiento y remoción, que podía ser separado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional que al efecto asiste a la autoridad nominadora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contecioso Administrativo.- Sección Segunda.- Bogotá, D.C. , septiembre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 3197. Actor : Edgardo Monroy Valencia. Autoridades Departamentales.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 19 de noviembre de 1987 por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual se denegaron las súplicas de la demanda, consistente en la petición de nulidad de las Resoluciones Nros. 350 y 364 de 15 y 26 de agosto de 1986, originarias de la Rectoría de la Universidad de la Guajira por las cuales de declaró insubsistente el nombramiento del señor Edgardo Monroy Valencia en el cargo de Profesor de tiempo completo de ese centro educativo, adscrito a la facultad de Ingeniería Industrial, en el reintegro del

accionante a dicho cargo y en el pago de los salarios, primas, bonificaciones y demás prestaciones dejados de percibir durante el período en que permanezca separado del servicio.

La sentencia se fundamentó en el concepto fechado el 17 de marzo de 1987, que a solicitud del Tribunal emitió el Jefe de Asesoría del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación (ICFES), conforme al cual, por carecer, en la actualidad, la Universidad de la Guajira de Escalafón para su Personal Docente por no estar Reglamentado para dicho personal probado por el Gobierno Nacional, sí es procedente que un docente de tiempo completo como lo era el actor, pueda ser declarado insubsistente, y en el hecho de que el demandante no demostró que gozaba de estabilidad relativa en su empleo, por hallarse inscrito en el escalafón docente, o en carrera administrativa o que gozaba de período fijo, circunstancia que sí impediría a la administración hacer uso de la facultad de libre nombramiento y remoción.

En la sustentación del recurso de alzada la parte actora impugna el fallo del *a-quo,* en virtud de que en él afirmó que el señor Monroy Valencia no gozaba de estabilidad laboral y, por tanto, su nombramiento podía ser declarado insubsistente discrecionalmente, siendo que de conformidad con lo estatuido en el art. 109 del Decreto Ley 80 de 1980 los docentes univesitarios de tiempo completo y parcial no son de libre nombramiento, remoción, salvo durante el período de un año y según el concepto emitido por el ICFES, el 20 de noviembre de 1986, si una institución oficial de educación superior no tenía estatuto de personal docente de la expedición del mencionado decreto, ni lo ha tenido con posterioridad al mismo, a su personal docente se le aplican las disposiciones contenidas en el Capítulo VI, titulo III (art. 91 a 121) del referido estatuto. De suerte, que el actor, docente de la Universidad de la Guajira, le era aplicables estas disposiciones, por darse las circunstancias en la comunicación del ICFES a que se ha hecho mención.

Por lo demás el recurrente, el Decreto 80 de 1980 no prevé que por la inexistencia del Reglamento del Personal Docente en una Universidad, éste carezca de estabilidad y los educadores pueden ser removidos libremente en sus empleos. Por el contrario, ese decreto le otorga estabilidad laboral porque creó una nueva categoría de empleados al servicio del estado.

Se tacha también el fallo, en él no se analiza lo referente a la impugnación de los actos acusados por desviación de poder propuesto en la demanda, cuando de los testimonios recepcionados en el proceso se desprende que el motivo de su expedición fue la vindicta del entonces Rector de Universidad de la Guajira, contra el actor, a raíz de las denuncias que formuló sobre irregularidades administrativas, que tuvieron relación de causalidad con la actividad de directivo sindical desempeñaba por aquél.

Por lo anterior, solicita el apelante la revocación de la sentencia y de despacho de las súplicas de la demanda.

La Agencia del Ministerio Público, al emitir concepto de fondo, consideró que el señor Monroy Valencia no gozaba de garantía de estabilidad en el cargo de profesor de tiempo completo ya que le eran aplicables las normas del Decreto 80 de 1980, especialmente el inciso final del art. 109, que establece que todo primer nombramiento de un docente en las instituciones públicas de educación superior, de tiempo completo o de tiempo parcial será por el término de un año, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón; al no existir reglamento o estatuto para el personal docente de la Universidad de la Guajira, conforme lo prevé el art. 120 del citado decreto y, por ende, no haberse escalafonado el demandante según lo dispone el art. 109, estima que era empleado de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, la colaboradora Fiscal solicita que se despachen favorablemente las súplicas de la demanda, en virtud de que :

> " Analizadas las pruebas que obran en este proceso, la Fiscalía opina que la declaratoria de insubsitencia proferida por la administración mediante el acto acusado, no se realizó en aras del buen servicio, sino por el contrario fue el resultado de otros motivos tales como ser el demandante miembro de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios (ASPU) seccional de la Guajira y participar activamente en dicho sindicato, inclusive denunciando irregularmente que de tipo administrativo venían presentándose en la Universidad de la Guajira.
>
> En efecto, a folio 31 aparece una constancia de ASPU que da cuenta que el actor ocupó el cargo de presidente de tal asociación durante el período comprendido entre el 5 de abril de 1984 y el 17 de julio de 1985.
>
> Igualmente, a folios 85, 86, 88, 92 y 93 se encuentran diversas declaraciones en las que se coincide en que el desempeño laboral del demandante siempre fue óptimo, gozando de gran aprecio en la comunidad universitaria, y que el retiro del servicio se debió a que denunció irregularidades administrativas, especificamente una sobrefacturación de libros.
>
> Lo anterior indica que el motivo determinante y único de la administración al proferir el acto acusado no fue el buen servicio sino uno distinto ". (fls. 12 a 123).

Agotado el trámite de ley, y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir el recurso mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se impugnan los actos contentivos de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante como profesor de tiempo completo de la Universidad de la Guajiras adscrito a la Facultad de Ingeniería Industrial, por dos razones: poqué en sentir del actor y de acuerdo con el art. 109 del Decreto 80 de 1980, gozaba de fuero de inamovilidad por ser profesor de tiempor completo en dicha institución

durante más de un año y porque el acto se produjo no con miras al mejoramiento del servico sino por "la persecución tipo sindical de que fue víctima por parte del Rector anterior de la institución demandada. Cómo la insubsistencia impugnada fue el resultado de un " desquite " de una vindicta' se castigó así el espíritu gremial indoblegable de mi representante y el papel denuncia ejerciendo durante su período de presidente de la Asociación Sindical de Profesores Univeristarios " ASPU " - Seccional Guajira-. Perdió su empleo por negarse -durante sus funciones de directivo sindical, y después como simple activista de base- a traicionar los intereses de su gremio y el de la comunidad universitaria en general ". (Fl.7).

Reza así el art. 109 del Decreto 80 de 1980 :

" La pertenencia al escalafón confiere estabilida 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 asistente otorga estabilidad por períodos sucesivos de tres años calendario.

La calidad de profesor asociado otorga estabilidad por períodos sucesivos de cuatro años caldendario.

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 máximo de un año, cumplido el cual podrá solicitar su ingreso al escalafón ".

De acuerdo con la norma pretranscrita, los docentes de tiempo completo y parcial de las instituciones públicas de educación superior, escalafonados como Profesores Auxiliares, Asistentes, Asociados y Titulares gozan de fuero de relativa estabilidad durante el lapso expresamente señalado para cada una de las categorías de docentes en el art. 109 del citado estatuto.

De suerte que es desacertado afirmar que, según lo dispuesto en el inciso final del artículo transcrito, basta el desempeño durante un año como profesor de tiempo completo o de tiempo parcial en dichas instituciones, para adquirir el privilegio de inamovilidad relativa que ampara a los educadores inscritos en el escalafón respectivo. No. El cabal entendimiento de dicha norma es el de que la persona que

se ha desempañado como docente de tiempo completo o parcial durante un año, puede solicitar su ingreso al citado escalafón, vale decir, sólo tales profesores adquirieren vocación para acceder a cualquiera de las categorías que comprende el escalafón docente reglamentado por el Decreto 80 de 1980.

Por manera que, para una correcta inteligencia del art. 97 del referido Decreto, que prevé que los docentes de tiempo completo y de tiempo parcial no son de libre nombramiento y remoción, salvo durante el período de un año establecido en el art. 109 del mismo estatuto, debe tenerse en cuenta lo dicho anteriormente, ésto es, que la calidad de docente de libre nombramiento y remoción no desaparece por el simple transcurso de susodicho año, sino cuando transcurrido éste, el profesor en virtud de la solicitud correspondiente, ingresa al escalafón en cualquiera de las categorías contempladas en el art. 108 del decreto citado.

Y esta interpretación del art. 97 es apenas lógica porque junto con los demás artículos del Decreto 80 de 1980, conforma un todo normativo, cuyas disposiciones guardan correlación entre sí, de suerte que un adecuado entendimiento de cualquiera de ellas no puede obtenerse de su texto aislado, sino en armonía con todas las reglas y diferentes que allí se plasman.

Colígese de lo anterior, que sin haber demostrado el accionante su inscripción en el escalafón docente de la Universidad de la Guajira, en donde se desempeña como educador, cualquiera sea la razón para ello (inexistencia de Estatutos de Reglamento para el Personal docente en esa misma entidad, ausencia de solicitud o de demostración de los requisitos académicos profesionales para ingreso, etc.), pues para el caso es diferente, debe considerársele como un docente de libre nombramiento y remoción, que podía ser separado del servicio en ejercicio de la facultad discrecional que al efecto asiste a la autoridad nominadora.

Sin embargo, como ésta no podía removerlo sino por necesidades del servicio, si lo hizo teniendo en cuenta otras razones, para el caso, las alegadas en la demanda, incurrió en desviación de poder. Se verá entonces, si el acervo probatorio se establece que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del accionante obedeció a los móviles a que el libelista se refiere.

- Según la certificación expedida por la Seccional de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios de la Guajira (f.31), respecto de cuya firma se efectuó el correspondiente reconocimiento por el Secretario de dicha Asociación (fl.94), el señor Monroy Valencia ocupó el cargo de Presidente de esa Asociación Sindical, durante el período comprendido entre el 5 abril de 1984 hasta el 17 de julio de 1985.

- Obran en el expediente los testimonio de los docentes de la Universidad de la Guajira : señores Edison Barrera Guarín (fl.88) y Plinio López Jiménez (fl. 88 vto); de los estudiantes universitarios Carlos Rafael Melo Freyle (fl. 85 vto), Jesús Antonio Acosta (fl.92) y Ricardo Díaz Marulanda (fls. 92 vto y 93) y de un exalumno del demandante, el señor Mariano Estrada Guerra (fl.85).

Los deponentes mencionados dan cuenta de las reacciones de la comunidad universitaria al tener conocimiento de la desvinculación del actor de la institución, pero ninguno de ellos afirma categoricamente que dicha decisión se produjera por las denuncias realizadas por aquel por supuestas irregularidades administrativas; mas aún, algunos nada manifestaron sobre el particular y otro dice desconocer las razones de la declaración de insubsistencia del nombramiento del accionante.

En efecto, los señores López Jiménez, Estrada Guerra y Ariza Acosta (fls. 85, 88 vto. 89 y 92 vto), expresan que parecía o se consideraba que la razón de la separación del servicio del actor obedeció a persecución sindical; Carlos Rafael Melo Freyle (fl.85 vto.) y Edison Barrera Guarín (fl.88) nada dicen, pues no se les interrogó al al respecto y el señor Ricardo Díaz Marulanda (fls. 93 y 93 vto) sostiene que los estudiantes consideraban que esa medida se debió a las demandas que, tanto los profesores como los estudiantes de la Universidad, habían hecho sobre ciertas irregularidades administrativas en esa entidad.

Por su parte, el señor Plinio Púlido Jiménez asevera que tanto el actor como él, en su calidad de Presidente y Vicepresidente de la Asociación de Profesores Universitarios - Seccional de la Guajira- respectivamente, en una Asamblea General de Delegada de la misma, formularon la propuesta de que se investigaran por intermedio de la Procuraduría las anomalías cometidas por la administración de la Universidad de la Guajira (fl.89) y el testigo Carlos Melo Freyle (fl. 85 vto.) sostiene, no que el demandante, sino que el Presidente del Consejo de estudiantes, Jorge Mejía, y él elevaron una petición a la Procuraduría Departamental, en el mes de mayo de 1985, para que enviaran una fiscalía a la Universidad porque creían que habían hechos anormales en su administración.

Los declarantes Mariano Estrada Guerra (fl.85) y Jesús Antonio Ariza Acosta (fl. 92 vto.), hacen alusión a unas denuncias presentadas por varios profesores y estudiantes de la Universidad, sin determinar la época en que se formularon, y, el señor Ricardo Díaz Marulanda (fl. 93 y 93 vto) expresa haber escuchado decir al rector encargado, refiriéndose al anterior rector : " según parece en tiempos anteriores el doctor Jairo Aguilar recibió una denuncia ante la Procuraduría de una sobrefacturación de libros. . . como todo ser humano . . . " sin hacer ninguna precisión adicional en relación con la verdad de la suspensión.

Pues bien, de las pruebas aportadas se desprende que hubo algunas denuncias contra la administración de la Universidad de la Guajira, al parecer en 1985, y que el actor participó en su formulación, pero sin precisar fecha de tales denuncias ni su contenido. Las denuncias no fueron aportadas ni solicitadas como prueba.

Por otra parte, para la Sala, lo aseverado por el testigo Plinio López Jiménez, así como los demás declarantes, constituye unicamente una suposición del motivo de la insubsistencia, pero no una prueba idónea, vale decir, plena, de que la causa dela desvinculación del demandante fue el deseo de venganza del rector de la Universidad de este entonces, por las aludidas acusaciones; la formulación por el actor de denuncias en contra de aquel, per se, no es evidencia el vínculo de

causalidad que necesariamente debe existir entre tal hecho y la medida acusada, de modo que no es palpable ese lazo vincularse que es indispensable acreditar para aceptar, sin riesgo de incurrir en una equivocación, que se configuró el mencionado motivo de nulidad de los actos administrativos.

En tales condiciones y habida consideración de que los demás hechos a que aluden los deponentes demuestran sólo las reacciones que en la comunidad universitaria produjo la remoción del demandante, más no la dependencia causa a efecto a que se ha hecho referencia, para la Corporación es evidente la improcedencia de declarar la nulidad de los actos acusados con base en la supuesta desviación de poder endilgada a la autoridad nominadora en la demanda.

De modo que si, como se dijo, la administración no pudo desconocer el pretendido derecho a una relativa inmovilidad de la demandante y no se demostró la ocurrencia de la causal de desviación de poder invocada en el libelo, debe concluirse que las resoluciones acusadas continuán amparadas por la presunción de legalidad inherente a su condición de actos administrativos.

Procede pues y por las razones expuestas en este proveído la confirmación del fallo apelado.

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:

1°) Confírmase la sentencia de 19 de noviembre de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso incoado por Edgardo Monroy Valencia contra la Universidad de la Guajira.

2°) Reconócese personería al Doctor Jacobo Márquez Iguarán, en los términos y para los efectos conferidos en el memorial, poder visible a folio 118.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Presidente Sala; *Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESTABLECIMIENTO PUBLICO- Estatuto/ **TRABAJADOR OFICIAL/ EMPLEADO PUBLICO-**Clasificación/**DERECHOS ADQUIRIDOS/FALSA MOTIVACION**

Los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, son los derechos patrimoniales consolidados no puede alegarse derecho adquirido a una legislación en el sentido de que la norma de derecho es inmodificable cuando rige situaciones particulares. Las normas estatutarias de los entes públicos pueden ser modificadas bien por el legislador o bien por las juntas directivas dentro de la órbita de su competencia, en cualquier momento cuando las necesidades del servicio así lo exijan sin que pueda alegarse frente a ellas derechos adquiridos. La Sala no encuentra su apoyo que el acuerdo esté falsamente motivado. El error en la cita no vicia el acto, que encuentra en cualquier momento la clasificación inicial. Las Juntas Directivas pueden modificar en cualquier momento la clasificación inicial, siempre que no se infrinja norma alguna, pues se trata de disposiciones propias de los estatutos internos de la entidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente No. 2823. Actor : César Castro Perdomo. Autoridades Departamentales.

El Doctor César Castro Perdomo, en su condición de ciudadano y en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación declarar la nulidad del Acuerdo N° 126 de abril 2 de 1987 de la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia que reformó los estatutos de esta empresa y del Decreto Ejecutivo N° 1044 de junio 5 del mismo año, aprobatorio del Acuerdo.

La acción se sustenta en los siguientes HECHOS :

" 1°- Desde el 16 de junio de 1987 (sic) los servidores de los Ferrocarriles Nacionales (Empresa Insdustrial y Comercial del Estado) fueron clasificados en desarrollo de la reforma administrativa del Presidente Dr. Carlos Lleras Restrepo como trabajadores oficiales al régimen de Derecho Privado Laboral".

"2°- Hecha esta clasificación aquellos servidores adquirieron el derecho a ser sometidos al régimen del Derecho Laboral Privado en sus relaciones con los Ferrocarriles Nacionales ".

" 3°- Los actos acusados especialmente el Acuerdo de la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales están falsamente motivados porque se apoyan en los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto Reglamentario N° 1848 de 1969 y resulta que esas disposiciones fueron declaradas nulas por el Consejo de Estado ".

" 4°- La Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales al haber reorganizado los Ferrocarriles Nacionales desde junio 16 de 1970 agotó el poder de volver a reestructurar aquella empresa industrial y comercial del estado hasta cuando sea autorizada por el Congreso de Colombia.

" 5°- Los actos demandados al cambiar la situación jurídica de los trabajadores oficiales de los Ferrocarriles Nacionales causan grave agravio jurídico a los trabajadores de éstos, pues cambien una situación contractual laboral de Derecho Privado por una situación laboral legal y reglamentaria de Derecho Público sin facultad legal para hacerlo ". (fls. 18-19).

Al acto complejo enjuiciado se le hacen tres cargos :

A) Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional.

Dice el accionante que " desde el 16 de junio de 1970, cuando la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales en uso de la facultad de organizar la empresa y de hacer de una vez por todas las clasificaciones de sus servidores les dio la calidad de trabajadores oficiales consolidándose para aquellos servidores del derecho a ser reconocidos hasta la expedición de una nueva ley como trabajadores oficiales. Aduce que desde el 16 de junio de 1970 esa calidad de trabajadores oficiales para tales servidores ingresó a su patrimonio y por ese ingreso adquirieron el derecho a ser tratados con todos los derechos y obligaciones de los trabajadores privados amparados por las normas de derecho privado (Fls. 4-5).

B) Falsa motivación.

Acusa el acto complejo de falsa motivación, por haber invocado el Acuerdo N° 126 en sus considerandos, los artículos mencionados, 3°, 4° y 5° del Decreto Reglamentario N° 1848 de 1969, puesto que por sentencia de esta Sala de

de fecha julio 16 de 1971 con ponencia del Dr. Alvaro Orjuela Gómez, fue declarado nulo parte de ese artículado (Fls.22-29).

C) Violación del artículo 5° del decreto 3135 de 1968.

Considera el accionante que se transgredió el artículo 5° del Decreto3135 de 1968 en cuanto la facultad concebida en esta norma se podía ejercer unicamente por una sola vez, y como por Decreto1242 de 1970 se hizo la clasificación entre empleados públicos y trabajadores oficiales, la Junta Directiva del organismo no podía volver a hacer una nueva clasificación y al hacerlo, violó el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

El apoderado de la Nación y de los Ferrocarriles Nacionales al contestar la demanda se opuso a las pretensiones del accionante y propuso la excepción de inepta demanda por estimar que la acción procedente sería la de restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad. (Fls. 88-97).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo considera que se deben desestimar las pretensiones de la demanda por cuanto no puede hablarse de derechos adquiridos "contra legem", así se trate de derechos laborales y porque el acto acusado tiene respaldo legal en el inciso 2° del art. 5 del Decreto 3135 de 1968, norma en que se apoyó expresamente . (Fls. 123-125).

Al no observarse causal de nulidad procesal que pueda invalidar la actuación, procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Se pretende la nulidad del acto complejo integrado por el Acuerdo N° 126 de 1987 proferido por la Junta de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia por el cual se reforma el estatuto orgánico de la entidad, y el Decreto 1044 del mismo año por el cual el Gobierno Nacional aprueba el citado Acuerdo.

En virtud del acuerdo enjuiciado se señalaron los cargos que por excepción corresponderan a empleados públicos de libre nombramiento y remoción del Gerente General.

En primer lugar, observa la Sala que no procede acceder a declarar la excepción de inepta demanda propuesta por la parte opositora, fundándose en que la acción procedente sería la de restablecimiento del derecho y no la de nulidad señalada por el accionante, toda vez que la indicación de la acción no es presupuesto de la demanda en forma. Por el contrario, el artículo 86 del C. de P.C., aplicable por remisión que a este estatuto hace el C.C.A., art. 267, ordena al Juez al admitir la demanda, darle el trámite que corresponde aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. De manera que aun cuando fue acertada la apreciación del excepcionante, que no lo es, el error del demandante no podía tener la consecuencia que la impetra.

En cuanto al fondo de la controversia, la Sala analizará los cargos en el mismo orden en que fueron formulados,

a) Violación de derechos adquiridos.

Afirma el censor que a partir del 16 de junio de 1970 cuando se expidió el primer estatuto de los ferrocarriles Nacionales, las personas que obtuvieron la calidad de trabajadores oficiales adquirieron el derecho a ser reconocidos como tales y a ser tratados con todos los derechos y obligaciones de los trabajadores privados amparados por las normas del derecho laboral privado.

Ante todo precisa la Sala que por los actos acusados se introdujeron unas reformas a los estatutos de los Ferrocarriles Nacionales para indicar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleado público, luego se trata de normas estatutatias de derecho público que rige la organización interna del ente.

Sabido es que los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes, que ampara el artículo 30 de la C.N. son los derechos patrimoniales consolidados, luego no puede alegarse derecho adquirido a una legislación en el sentido que pretende el accionante, o sea en el sentido de que la norma de derecho es inmodificable cuando rige situaciones particulares.

Distinto es que una nueva ley no pueda desconocer derechos adquiridos con justo título a su amparo, pero no es la acción de nulidad de la norma la que procede entonces, sino la acción particular correspondiente que debe ejercer el titular para hacer valer su derecho.

Las normas estatutarias de los entes públicos pueden ser modificadas bien por el legislador o bien por las Juntas Directivas dentro de la órbita de su competencia, en cualquier momento cuando las necesidades del servicio así lo exijan sin que pueda alegarse frente a ellas derechos adquiridos.

El derecho público no puede ser rigido ni inflexible ni atarse al interés particular; el dinamismo y su finalidad que es el interés público obligan a que sus organismos se adecúen a los requerimientos sociales y ello sólo puede hacerse modificando las reglas que lo rigen.

En consecuencia, el cargo de violación de derechos adquiridos no pueden prosperar.

b) Falsa motivación.

Se hace consistir la falsa motivación en el hecho de que en los considerandos del Acuerdo N° 126 de 1987 se invocaron los artículos 3°, 4° y 5° del Decreto 1848 de de 1969 que fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa.

La falsa motivación que vicia de nulidad un acto, según lo ha precisado la jurisprudencia, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error que pueda incurrirse en la parte considerativa de éste.

En el caso que ocupa la Sala ciertamente en los considerandos del acuerdo se citó erradamente el art. 4 del Decreto 1848 de 1969, único que en verdad había sido anulado en su totalidad por el Consejo de Estado, pero sólo para fundamentar el hecho cierto de ' el régimen legal vigente prevé que los estatutos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado se haga clasificación de los empleados públicos y de los trabajadores oficiales al servicio de esas entidades en razón de las actividades de dirección y confianza que desempeñen " como se consignó en su texto.

No encuentra por tanto la Sala que el acuerdo está falsamente motivado. El error en la cita no vicia en forma alguna el acto, que encuentra su apoyo cierto en las demás normas citadas.

c) Violación del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968.

Se sostiene en este cargo que la clasificación efectuada en el artículo 27 del Decreto 1242 de 1970 era inmodificable y que al hacerse una nueva se viola el inciso 2° del artículo 5° del Decreto 3135 de 1968 que dispone :

> " Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempañadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Ya la Sala expresó su pensamiento respecto a la no intangibilidad de las normas estatutarias de los entes públicos, pero como lo que aquí se ataca es la posibilidad de las Juntas Directivas de ejercer por más de una vez su competencia de precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos, debe agregar que esta facultad expresamente otorgada por la ley en el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968 cuyo literal b) asigna a las Juntas Directivas de las empresas comerciales o industriales del Estado la atribución de " Adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca a la aprobación del gobierno".

De manera que las juntas pueden modificar en cualquier momento la clasificación inicial, siempre claro está que no se infrinja norma superior alguna, pues se trata de disposiciones propias de los estatutos internos de la entidad.

En razón de lo expuesto, no puede prosperar la pretensión de nulidad del acto complejo demandado y en tal virtud se negarán las peticiones formuladas 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

1°) DECLARASE no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la parte opositora.

2°) NIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada por la Sala en sesión del catorce (14) de agosto de mil novecientos noventa y uno (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.

PERSONAL MILITAR/ ASIGNACION DE RETIRO/ REAJUSTE MONETARIO

El reclamo del demandante tanto respecto de la hoja de servicios,término prescriptivo (4) años, por lo cual no resulta atinada la decisión de los actos impugnados cuando tuvieron en cuenta la fecha de un reclamo posterior, elevado como consecuencia de la expedición de la hoja de servicios ordenada judicialmente. El reajuste monetario de las asignaciones de retiro no es viable pues las normas legales vigentes sólo conceden derecho a la oscilación según la cual la asignación de retiro de retiro debe liquidarse y reajustarse conforme a los haberes de actividad, pero no contemplan reajuste monetario ni reconocimiento de interes por mora.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 1056. Actor : José María Cuaquez. Resoluciones Ministeriales.

JOSE MARIA CUAQUEZ, por intermedio de apoderado, presentó demanda ante esta Corporación, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, con el fin de que se declare la nulidad parcial de la resolución 3299 del 13 de noviembre de 1981 proferida por el Ministerio de Defensa Nacional y de la número 604 del 17 de agosto del mismo año, emitida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, para que la asignación de retiro se le reconozca desde al 16 de junio de 1971 y no desde el 27 de diciembre de 1976 y en cuantía de 78% en vez del 54%, con el reajuste monetario que se establezca parcialmente y los intereses comerciales que fije la Superintendencia Bancaria.

El expediente hubo de reconstruirse como consecuencia de su destitución en los sucesos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

La demanda cuya copia aporto para la reconstrucción la parte demandante y que obra a folios 9 y 14, comparada con la allegada por la parte demandada (fls. 38 a 42) tiene dos páginas que corresponderían a la número 2, con dos capítulos violados y concepto de la violación. Pero, un estudio racional de tales copias conduce a la Sala a tener como la demanda realmente presentarlas las que aportó el actor sin el folio número 12, ya que en tales condiciones coincide lógica y racionalmente con la copia presentada por la parte demandada.

Se plantearon los siguientes hechos :

" 1) El señor José María Cuasquez en su condición de Sargento Vice 1° del Ejercito se separó en forma absoluta de las FF. MM. el día 16 de junio de 1971, con un tiempo de servicios militares de 16 años, 11 meses, 18 días, o sea 17 años por aproximación legal.

2) La resolución número 0604 de la Caja de Retiro de las FF.MM dictada con fecha 17 de agosto de 1981, y aprobada por el Ministerio de Defensa Nacional mediante resolución número 3299 del 13 de noviembre de 1981 por el señor Ministro de Defensa Nacional, le reconoce un porcentaje del 54% como asignación de retiro desde el día 27 de noviembre de 1976.

3) El decreto legislativo, número 501/55, artículo 101 había señalado el derecho a asignación de retiro con diez (10) años de servicios militares, cuando se causara por disposición del Gobierno, otorgándole un porcentaje básico del 50% por los primeros diez (10) años y aumentándolo en un cuatro (4%) más por cada año excedente hasta el 85%.

Por decreto ley 3071/68, artículo 11, desmejoró el porcentaje del 50% por los primeros 10 años, aumentando a quince (15) años el derecho a asignación de retiro con el 50% . Por decreto ley 2337/1971, artículo 119 mantuvo por los primeros quince (15) años un porcentaje del 50%. Y en su numeral 3° del derecho a que este aumento en el tiempo sólo regiría para el militar que a la fecha de expedición de este estatuto no tuviera quince (15) años de servicios.

4) La cuantía de esta reclamación es superior a $150.000.oo ml. Está agotada la hoja de servicios militares. La Caja de Retiro de las FF.MM. está en mora de pago por los valores pensionales reconocidos.

5) La desviación monetaria del peso colombiano hace que los valores exigibles en los lapsos comprendidos entre el 16 de junio de 1971 a la fecha, no correspondan intrinsecamente a su poder adquisitivo, sufriendo el demandante un demérito cuantioso en las sumas de dinero que se le ordenan pagar y las que resulten la acción de plena jurisdicción que se instaura por medio de este escrito de demanda.

6) Está agotada la vía gubernativa. En cuadro anexo, se explican las razones contables para que esta demanda la conozca el H. Consejo de Estado.

Se ha de tener en cuenta la sentencia del 25 de marzo de 1977 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y 21 de junio de 1980 del H. Consejo de Estado, Sección 2ª, para la hoja de servicios . " (fls. 9 y 10).

El capítulo de las normas violadas y concepto de violación se expuso así :

" SON NORMAS LEGALES VIOLADAS. CONCEPTO DE LA VIOLACION:

Carta Política, artículos 17, 26, 34, 166 y 169 Artículos 101 del decreto legislativo número 501/5, artículo119, numeral 3° del decreto ley 2337 de 1971, Artículos 101 del decreto legislativo número 501/55, Artículo119, numeral 3° del decreto ley 2337 de 1971.

Artículo 15 del decreto 1305 de 1975, con inaplicabilidad por vía exceptiva de la locución "... que a partir de la vigencia del presente decreto sea..."(art. 215).

Son razones o conceptos de esta violación :

a) El Estado garantiza la protección especial de las relaciones del trabajo, tanto en el sector público como en el privado. De ello resulta que las normas sobre trabajo por ser de orden público, producen efecto general inmediato, incidiendo sobre aquellas relaciones de trabajo en ejecución o en curso, sin que ello implique retroactividad, pero que extienda su protección especial de la fecha del estatuto nuevo en adelante, a todas aquellas situaciones sujetas a mejoramiento en la razón de la ley nueva. Los Trabajadores y los militares lo son, en el sector público, son iguales ante la ley, en igualdad de condiciones. (*Ubi eadem ratio, ubi eadem jus*). Queda abolida toda restricción o toda distinción en la retribución. Las normas sobre trabajo son irrenunciables. En ausencia de norma expresa es aplicable la que regule situaciones semejantes. En caso de conflicto o de duda prevalece la mas favorable al trabajador.

b) Sobre estos principios jurídicos se inspira esta demanda de nulidad. Se persigue la protección de los jueces para la relación de trabajo del demandante, esto es que se le dé la favorabilidad, se le otorgue la protección a su derecho adquirido, modificando el reconocimiento que le hizo la Caja de Retiro de las FF.MM. y que el Ministerio de Defensa Nacional aprobó.

La demanda tiene dos aspectos :

1) El restablecimiento del derecho a que el demandante goce de un porcentaje del 74% en vez del 54% que le aparece reconocido en los actos acusados.

2) Que su asignación de retiro se le pague desde al día 16 de junio de 1971, fecha de la baja fiscal según el artículo 15 del decreto ley 1971, o

subsidiariamente cuatro (4) años atrás de la fecha en que demandó la información de la hoja de servicios militares, y que el Ministerio de Defensa Nacional le negó, dando origen a las sentencias del 25 de marzo de 1977 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y 21 de julio de 1980 del H. Consejo de Estado. La Caja alega que no tiene en cuenta esta fecha más favorable porque esa petición fue sujeta negativamente y por tanto la administración sólo atiende a la fecha de la nueva petición de cumplimiento de las sentencias anotadas que es sobre lo que no se había pronunciado la Caja de Retiro de las FF. MM.

Se explica la violación del derecho así :

1) Consagra la Constitución (art. 30) que se garantiza la propiedad privada y los decretos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos, ni vulnerados por las leyes posteriores. Bajo este rubro constitucional se ampara el derecho incoado.

En efecto el artículo 101 del decreto legislativo número 501 de 1955 garantiza que la asignación de retiro la adquiere el militar con tiempo mínimo de diez (10) años concediéndolo un 50%, y un 4% más por cada año excedente. El demandante con el grado de Sargento Vice Primero fue separado el día 16 de junio de 1971.

Para esa fecha tenía un tiempo de 16 años, 11 meses, 18 días, esto es 17 años aproximación legal. (art. 140, 141 ib. en concordancia con el artículo 8° de la ley 153 de 1887). El nuevo estatuto de carrera (D/3071/68) aumentó este mínimo a quince (15) años para el mismo porcentaje del 50% y entró a regir el día 17 de diciembre de 1968. Para esta fecha, el demandante había alcanzado un tiempo de catorce (14) años, cinco (5) meses, veinte (20) días. -Era pues derecho adquirido para gozar del porcentaje más favorable, esto es, cincuenta por ciento (50%) por los primeros diez (10) años y cuatro (4%) más cada año excedente. No se le podía aplicar el nuevo estatuto más gravoso, menos favorable porque vulneraría lo que ya adquirió bajo el amparo del artículo 101 del decreto legislativo número 501 de 1955. El Estatuto le garantiza esa protección además por el artículo 17 de la Carta. De ese porcentaje pensional no podía ser privado según el artículo 164 de la Carta. El acusado acto administrativo debe ser anulado en los términos del artículo 67 del c.c.a . El derecho de ser restablecido.

2. La fecha del reconocimiento de asignación de retiro es la que corresponde a la baja fiscal del demandante, 16 de junio de 1971. Lo predica así el artículo 15 x decreto 1305 de 1975. Para aquellos militares separados en forma absoluta bajo su vigencia, el reconocimiento de asignación de retiro se les hace desde la fecha de su baja fiscal. Esta nueva disposición aunque limitada para obrar hacia el futuro, se le debe aplicar al demandante, en razón del artículo 26 de la Constitución. Por este principio en materia criminal, por tanto

en lo disciplinario, ya que se trata de sanciones, debe aplicarse la ley permisiva o favorable, aunque sea posterior. Siendo el decreto 1305 de 1975 una norma de permisibilidad penal disciplinaria, al no concedérse ese beneficio sólo para el futuro y sólo para los militares retirados bajo su vigencia, su limitación hacia atrás choca con el artículo 26 de la Constitución y el caso de autos no se aplica, según el principio del artículo 215 de la Carta. por vía de excepción - dando lugar a que lo permisivo de la norma alegada- se le dé también al demandante aunque su situación sea anterior a su vigencia. Además dentro de los principios de favoribilidad de la ley laboral, y para esta relación de trabajo, hay lugar a aplicar el artículo 15 del decreto 1305/75 según el artículo 8° de la ley 53 de 1887 y porque donde hay la misma razón debe existir la misma disposición. (*Ubi eadeam ratio, ubi eadeam jus*).

3. Subsidiariamente el reconocimiento debe tomar en cuenta la fecha de la demanda administrativa con que se interrumpió la prescripción de las mesadas de asignación de retiro reclamadas por el demandante cuando reclamó la hoja de servicios, la cual le fue negada dando lugar al pronunciamiento de nulidad de las sentencias del 25 de marzo de 1977 del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del 21 de julio de 1980 del H. Consejo de Estado, lo que se establecerá en el proceso. De otra manera se violará el artículo 1414 del C.C.

4. Los actos acusados parcialmente el artículo 17 de la Carta, pues se priva de parte del monto de un asignación de retiro, no protegiendo de manera especial esta relación de trabajo del demandante; porque disminuir el porcentaje de esta prestación tanto en el tanto por ciento como en la fecha de su reconocimiento es no dar aplicación preferente a la ley permisa o favorable, contra lo dispuesto en el artículo 256 de un derecho adquirido con justo título contra lo que se consagra en el artículo 30 de la Carta; y porque se ha privado de parte de su pensión al demandante contra lo que ordena el artículo 169 de la Constitución.

Se solicita que las cuantías pensionales en su liquidación tengan en cuenta la corrección monetaria. Por esta corrección monetaria y por el pago de intereses por mora, se pretende que el restablecimiento del derecho del demandante lo sea en toda su integridad. Si existe derecho a percibir una pensión desde el 16 de junio de 1971, es obvio que esa cuantía al ser pagada en 1981 ha perdido su poder adquisitivo en más del 150% porque su modo aritmético perdió poder adquisitivo, es decir, es menor el poder de compra del peso colombiano, que es lo mismo, se le paga un valor que sin corrección monetaria, es menor al que verdaderamente se le ha debido pagar en 1971 en adelante.

Como se trata de restablecer el derecho, o lo que es lo mismo, dar aquel derecho que correspondería al 16 de junio de 1971, cabe la solicitud para que se conceda la corrección monetaria de la pensión en la forma como se pruebe en el curso del proceso.

De otro lado, aparece que este reconocimiento a la fecha de esta demanda no se ha cancelado por la Caja de Retiro de las FF. MM., lo que implica una mora en el pago de la obligación prestacional, dando lugar a que se causen intereses sobre las sumas consolidadas desde la fecha del reconocimiento, según el artículo 1.608. del C.C.

En otros términos. Conocido la cuantía pensional ha de liquidarse en relación a ella, el monto de la desvalorización monetaria corrida entre la fecha inicial de la pensión y la fecha de fallo en este proceso, a fin de mantener el poder adquisitivo real de la suma a que se asciende la pensión, pues de otra manera, no sería exacto que el monto de lo reconocido, en términos de poder adquisitivo, sea legal igual al monto verdadero de la pensión en la fecha de fallo, pues de lo contrario se le está privando al militar de su pensión contra lo previsto en el artículo 169 de la Carta". (fls 39 a 42).

El Ministerio Público en su concepto de fondo estimó que debían anularse las resoluciones acusadas en lo relativo a la fecha de efectividad de la asignación de retiro a fin de que se conceda a partir del 17 de julio de 1971 y se nieguen las demás peticiones de la demanda.

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

CONSIDERACIONES

1. La primera pretensión se relaciona con el artículo 3° de la Resolución 604 impugnada, que declaró prescritos los créditos pensionales anteriores al 27 de noviembre de 1976, al tener en cuenta la administración una prescripción de 4 años contados hacia atrás de la última solicitud presentada el 27 de noviembre de 1980 (fls. 3 del cdno. ppal. y 43 del cdno. número 2).

En el expediente obran las copias de las sentencias de esta jurisdicción en virtud de las cuales se anuló la resolución 06786 del 26 de septiembre de 1973 del Ministerio de Defensa Nacional que la había negado la expedición de la hoja de servicios militares. Así mismo, de tales sentencias se infiere que aquel también había solicitado su asignación de retiro, el 5 de febrero de 1974, respecto de la cual el pronunciamiento judicial fue inhibitorio (fls. 4 al 29 del cdno. número 2).

De otro lado, se tiene que si el demandante fue separado en forma absoluta del servicio el 16 de julio de 1971, bajo la normatividad del decreto extraordinario 3071 de 1968, cuyo artículo 122 consagra un término de 4 años que prescriba a reclamar las prestaciones sociales allí consagradas, forzoso es concluir, entonces, que su reclamo tanto respecto de la hoja de servicios como de la asignación de retiro se hizo dentro de dicho término prescriptivo, por la cual no resulta atinada la decisión de los actos impugnados cuando tuvieron en cuenta la fecha de un reclamo posterior, elevado como consecuencia de la expedición de la hoja de servicios ordenada judicialmente (fl. 43 mencionado).

Consecuentemente, se anulará el aludido artículo 3° y se reconocerá en forma oscilante la asignación de retiro al demandante a partir del 17 de julio de 1971.

2. La segunda pretensión hace relación con la cuantía de la asignación de retiro, para que se ordene en un 78% en vez del 54% reconocido, con fundamento en que se adquirió el derecho bajo la normatividad del decreto 501 de 1955.

El término de 10 años contenido en el artículo 101 del decreto legislativo 501 de 1955 estaba destinado para la hipótesis de que un suboficial fuera retirado por voluntad del gobierno, por sobrepasar la edad correspondiente al grado o por voluntad del gobierno, no sobrepasar la edad correspondiente al grado o por la incapacidad profesional y en el presente caso no ocurrió alguna de esas circunstancias, sino una diferente, por cuanto el actor dejó de prestar sus servicios a las fuerzas militares no porque fuere " retirado " sino " separado en forma absoluta ", según ya se dijo y se desprende, además, de la primera resolución impugnada (fl.2) de la hoja de servicios que obra a folio 40 del cuaderno número 2 y de los hechos de la demanda (fl.9).

Entonces, la exceptiva que el actor tuvo bajo la normatividad del decreto 501 no se concretó nunca, pues mientras estuvo vigente no se presentó alguna de aquellas hipótesis en forma tal que su asignación hubiera sido liquidada con un 50% por los primeros 10 años y 4% adicional por cada año que excediera de aquellos.

3. Respecto del reajuste monetario de las asignación de retiro, esta Sala en sentencia del 23 de febrero de 1990, cuya actora fue la señora Cyra Apolinar Vda. de Luna, dijo que ". . . no es viable pues las normas legales vigentes sólo conceden derecho a la oscilación, según la cual, la asignación de retiro liquidarse y reajustarse conforme a los haberes de actividad, pero no contemplan reajuste monetario ni reconocimiento de intereses por demoras en el pago. "

Y respecto de los intereses comerciales, la ley los reconoce durante los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia y moratorios después de ese término si la obligación no ha sido cubierta.

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:

1° Declárase que es nulo el artículo 3° de la Resolucción 0604 de 1981 de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el artículo 1° de la Resolución 3299 del 13 de noviembre de 1981 del Ministerio de Defensa Nacional, en cuanto aprobó aquel.

2° A título de restablecimiento del derecho la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocerá y pagará al demandante JOSE MARIA CUAQUEZ las

mesadas de su asigación de retiro en forma oscilante comprendidas entre el 17 de julio de 1971 y el 26 de noviembre de 1976.

3° La suma de lo adeuado devengará intereses comerciales, hasta cuando sea satisfecha, durante seis meses a partir de la ejecutoria de esta providencia y moratorios vencido aquel término conforme a certificación de la Superintendencia Bancaria.

4° NIEGANSE las demás peticiones de la demanda.

Cópiese, notífiquese y archívese.

Aprobado en la Sala del día 4 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez; *Luis Arturo Lizcano B.* Conjuez, *Guillermo López Guerra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERMISO SINDICAL-Improcedencia/ **INTRA**

No existen permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos, ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso en forma accidental y episódica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diesciseis (16) de mil novecientos noventa y uno.

Consejero ponente : *Doctor Diego Younes Moreno.*

Referencia : Expediente N° 5549. Actor : Instituto Nacional de Tránsito y Transporte " INTRA" .

Por reunir los requisitos legales se admite la demanda presentada mediante apoderado judicial, por el Instituto Nacional de Tránsito y Transporte " INTRA ", contra el Acuerdo celebrado entre el Jefe de la División de Personal de dicha institución y el Sindicato de Obras Públicas Nacionales "SINDEOPNALES", el 20 de mayo de 1988, aprobado por el Director General del mismo Instituto.

Se solicita igualmente la suspensión provisional del acto enjuiciado, la cual procede la Sala a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

1) *El acto acusado*

Mediante " Acta de Acuerdo " suscrita entre la Jefe de Personal del INTRA y el Sindicato de Obras Públicas, debidamente aprobada por el Director General, se acordó el día 20 de mayo de de1988, que el Instituto Nacional del Transporte, reconocería al Sindicato de Obras Públicas Nacionales " SINDEOPNALES ", la representación de los empleados oficiales al servicio del Instituto, de acuerdo con las normas constitucionales y legales.

Dentro de este marco de reconocimiento, se invoca el "Derecho al Trabajo y estabilidad laboral " con el objeto de permitir el derecho de asociación, la observancia de las normas de administración de personal, régimen disciplinario y de publicidad de estos expedientes; " carrera administrativa " para que mediante cursos especiales y pruebas de selección se suplan requisitos; " Derechos Sindicales ", para reiterar el respeto del Intra hacia las normas de garantía sindical; " servicio médico ", con el fin de que el Instituto provea la posibilidad de contratar un seguro médico colectivo para empleados y familiares; " Educación" , para poner en funcionamiento programas de educación de los empleados del Intra, mediante convenios con la Universidad Nacional, el Icetex y permisos especiales en otros eventos; " Permisos sindicales ", para que se otorgue un permiso sindical permanente remunerado a un empleado que sea miembro de la Junta Directiva Nacional de SINDEOPNALES (lit. a); un permiso remunerado cada 15 días a los 5 miembros principales de las Juntas Seccionales y Nacional de Sindeopnales (lit.b); permiso remunerado de tres veces al año, en días viernes para la realización de Asambleas Generales y Seccionales de carácter estatutario (lit.c); permiso remunerado, pasajes y viáticos para realizar cursos sindicales sin que el permiso exceda de seis días (lit, d); permiso remunerado, pasajes y viáticos una vez al año, a los Presidentes de las Juntas Seccionales y a los miembros de la Junta Directiva Nacional, para asistir al Plenum Nacional de Sindeopnales, sin exceder de cinco (5) días (lit.e); permiso remunerado por siete días, pasajes y viáticos para delegados que deban asistir a la Asamblea Nacional de Delegados (lit.f); permisos para los afiliados al Sindicato que sean nombrados Directivos Nacionales de las Organizaciones Sindicales de segundo y tercer grado (lit.g); 'permisos remunerados, pasajes y viáticos a delegados que asistan a Congresos y Plénumes que desarrollen las organizaciones de segundo y tercer grado (lit.h); permiso a los afiliados al Fondo de Empleados para que asistan a la Asamblea General (lit.i); permiso remunerado, viátivos y transporte por tres días cada dos meses, a dos de los miembros de la Junta Directiva Nacional, residentes fuera de Bogotá (lit.j); " Bienestar Social ", para impulsar esta área en bien del funcionario y su familia " Dotaciones ", para quienes vienen disfrutando de ella y extendiéndola a aquellos funcionarios que la necesiten; " Oficina Sindicato ", para que el Instituto incluya dentro del presupuesto una partida para el funcionamiento de la Junta Directiva de Sindeopnales; " Derecho de Petición ", para reiterar el trámite de este derecho; " Reclasificación y prestaciones", con el objeto de que el Instituto procure la reclasificación de los empleos de la planta de personal; " Seguridad Industrial ", para que el Instituto dé cumplimiento a las normas sobre dicha materia y " efectos jurídicos " consistentes en que dicho Acuerdo, regula íntegramente los derechos concedidos con anterioridad y sustituye cualquier otro documento o acto administrativo.

2) *Apreciaciones jurídicas de la demanda para solicitar la suspensión provisional y fundamento de la demanda.*

Considera el Instituto que el Acuerdo acusado, vulnera los artículos 6°, 8° y 21 del Decreto 2400 de 1968; 74 del Decreto 1950 de 1973; 20 y 63 de la Constitución Nacional y el Decreto 729 de 1986.

El artículo 6°, por cuanto se conceden permisos sindicales que no están reglamentados en la Ley, permitiendo que dichos empleados dejen de cumplir las obligaciones y funciones propias del cargo, pudiendo recibir su asignación regularmente.

El artículo 8°, por cuanto con el permiso sindical se permite que se dejen de realizar las funciones propias del cargo para permitir la realización de otras, ajenas a este.

Los artículos 21 del Decreto 2400 de 1968 y 74 del Decreto 1950 de 1973, por cuanto los empleados públicos solamente pueden beneficiarse del permiso remunerado, ocasional y limitado al término máximo de tres días.

El Decreto 729 de 1986, aprobatorio de la estructura orgánica del INTRA, porque la Jefe de la División de Personal del Intra, carecía de competencia para celebrar Acuerdos en nombre y representación de dicho Organismo.

Los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional, por cuanto con el Acuerdo se pretendió crear derechos y oblicaciones que gravan al INTRA.

3) *Consideraciones del actor para la solicitud de suspensión provisional*

El actor encausó su ataque y en el mismo sentido orientó su petición de suspensión, tanto en la exposición de sus argumentos, como en la invocación de las normas violadas, basicamente en lo relacionado con los permisos sindicales, dejando de lado el examen de violación de otras concesiones laborales, motivo por el cual, la Sala examinará y se referirá unicamente a esta materia, dejando las restantes consideraciones para analizarlas en el momento de fallar.

4) *Consideraciones de la Sala*

1. Conforme al artículo 152 del C.C.A. , para que la solicitud de suspensión provisional de un acto sea procedente se requiere :

- Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda, o por escrito separado, presentando antes de su admisión y,

- Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas en la misma por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la misma.

2) El estatuto de la función pública nacional, consagra el derecho a la situación administrativa de permiso, así :

> El empleado puede solicitar por escrito permiso remunerado hasta por tres (3) días, cuando medie justa causa. Corresponde al Jefe del organismo respectivo, o a quien se haya delegado la facultad, el autorizar o negar los permisos. (Decreto 1950 de 1973, art. 74).

3) Ya en varias oportunidades la Corporación se ha pronunciado sobre la legalidad de los permisos permanentes, por cuanto estos superan el lapso de tres (3) días, durante los cuales puede otorgarse cuando medie justa causa. En efecto, esta misma Sección, sobre este particular, ha dicho :

> No existen permisos permanentes en el régimen laboral de los empleados públicos, ni para desempeñar funciones sindicales ni para actividad alguna diferente, por encomiable que sea o aún propiciada por la ley. El empleado público lo es en cuanto ha sido designado para cumplir las funciones públicas que corresponden al cargo, las cuales no admiten receso sino en forma accidental y episódica. (Sentencia de 25 de septiembre de 1989. Sección Segunda, Consejero Ponente : Dr. REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER. Exp. N° 1116. Actor FERNANDO CEBALLOS URIZA).

De la misma manera la Corporación en pleno, dijo sobre este particular, lo siguiente :

> . . . no es admisible en principio, el otorgamiento de permisos permanentes a los miembros de los sindicatos de empleados públicos, pues surgiría una oposición entre el derecho de los empleados públicos a utilizar el permiso para la efectividad del derecho de asociación con la correlativa obligación de garantizar el funcionamiento de un servicio permanente el de la actividad administrativa. La necesidad de conciliar el derecho de asociación sindical con el derecho que tiene la administración y la comunidad nacional a obtener permanente servicio de sus empleados públicos no puede resolverse sino en un equilibrio entre tales derechos en conflicto, pero sin perjuicio de la prevalecencia del interés general sobre el particular, dentro de la sociedad, como lo pregona el artículo 30 de la Constitución Nacional. (Sentencia de junio 16 de 1987, Sala Plena. Consejero Ponente : Dr. HERNAN GUILLERMO ALDANA DUQUE. Anales 1987, ler. semestre. Volumen II. págs. 2131 y 2134).

En mérito de lo anterior, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE :

1) Admítase la demanda presentada mediante apoderado judicial por el INSTITUTO NACIONAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE " INTRA ", contra el acto identificado en el encabezamiento de esta providencia.

2) Notifíquese personalmente al Fiscal de la Corporación.

3) Notifíquese personalmente al Presidente de SINDEOPNALES, en calidad de Representante de dicho Sindicato, haciéndole entrega de copia de la demanda y sus anexos.

4) Fíjese el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el numeral 5° del artículo 207 del C.C.A.

5) Tiénese al abogado RICARDO ROJAS SANABRIA, como apoderado del INTRA, en los términos y para los efectos del poder conferido, visible a folio 96 del expediente.

6) *SE SUSPENDE PROVISIONALMENTE :*

El literal A) del aparte PERMISOS SINDICALES, por el carácter permanente del permiso que allí se otorga (fl.3).

Del literal D), se suspende provisionalmente los permisos remunerados allí previstos, pero tan sólo en cuanto excedan de tres (3) días (fl.3).

Del literal E), se suspende el permiso allí concebido, pero sólo en cuanto exceda de tres (3) días (fl.3).

Del literal F), se suspende provisionalmente el permiso allí concedido, en cuanto exceda de tres (3) días (fl.3).

7) Solicítese a la entidad demandante, si los hubiere, el envió de los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del acto demandado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO/ COMPETENCIA/ PRIMA DE SATURACION/ TELECOM

Se ha sostenido en innumerables ocasiones que lo concerniente a prestaciones sociales es materia reservada al legislador o al Presidente de la República investido de precisas facultades extraordinarias, conforme lo ordenaba la anterior Constitución.
El nuevo ordenamiento constitucional tampoco da competencia en estas materias a los Presidentes, Gerentes o Directores de entidades descentralizadas. En su artículo 150 numeral 19 literal f) prevé la expedición de leyes marco, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen de prestaciones sociales. Es palmaria la violación del art. 76 ordinal 9 de la Constitución, por el Presidente de Telecom al expedir disposiciones como la acusada indicando cuándo se pierde el derecho a la Prima de Saturación, porque es a la ley a la que corresponde decirlo.
DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 7 de la resolución N° 001000-2320 de 28 de febrero de 1989, expedida por el Presidente de Telecom.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 5938. Actor : Enrique A. Martínez Villamil.

El señor Enrique A, Martínez Villamil, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública solicita al Consejo de Estado declarar nulo el artículo 7 de la Resolución 001000-2320 de 28 de febrero de 1989, expedida por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Impetra también la suspensión provisional argumentando que dicho artículo es violatorio de los artículo 30 y 76 numeral 6 de la antigua Constitución Política, del artículo 13 inciso 3 del Decreto 2200 de 1987, del artículo 3 literal g) del Decreto 2207 de 1987 y del artículo 6° del Decreto 53 de 1989.

Afirma el demandante que el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al expedir la Resolución 001000-2320, en su artículo 7° se excedió cuando indicó cómo se pierde la prima de saturación que la empresa reconoce a sus empleados, porque ni el artículo 3° literal g) del Decreto 2201 de 1987 ni el artículo 6° del Decreto 53 de 1989, dicen cómo se extingue ese derecho prestacional.

Que el artículo 13 del Decreto 2200 de 1987 establece como obligación de la Empresa pagar puntualmente las remuneraciones y prestaciones al personal, en las condiciones, períodos y lugares establecidos para el efecto que el artículo 7° acusado desconoce las facultades del Congreso de la República y los derechos adquiridos por los empleados de Telecom.

Para resolver **SE CONSIDERA :**

La Resolución N° 001000-2320 de 28 de febrero de 1989, expedida por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, tiene la finalidad, como lo expresa en sus considerandos, reglamentar la prima de saturación contempladas en el literal g) del artículo 3° del Decreto 2201 de 1987 e incrementada por el artículo 6° del Decreto 053 de 1989.

El artículo 7° de esta resolución dispone :

" No tiene derecho al reconocimiento de la Prima de Saturación el funcionario que registre :

a. Suspensiones y/o multas que sumen más de cinco (5) días durante el lapso de tiempo necesario para alcanzar la mencionada prima.

b. Más no cuatro (4) embargos originados por obligaciones propias y ajenas, en cualquier momento del período de saturación (12 meses), siendo entendido que no podrá tener más de dos (2) embargos por obligaciones propias.

Parágrafo- Las sanciones disciplinarias afectan la Prima de Saturación correspondiente al año dentro del cual se encuentra la fecha de la resolución que la imponga."

Como puede observarse, este artículo consagra causales de pérdida de la prima de saturación prevista en el literal g) del artículo 3° del Decreto-ley 2201 de 1987 y en el artículo 6° del Decreto-ley 053 de 1989.

Ha sostenido en innumerables ocasiones esta jurisdicción que lo concerniente a prestaciones sociales es materia reservada al legislador o al Presidente de la

República investido de precisas facultades extraordinarias, conforme lo ordenaba la anterior Constitución.

En efecto, el ordinal 9° del artículo 76 de ese estatuto, norma a la cual debe referirse el demandante según se infiere del concepto de violación expresando, aun cuando equivocadamente cita el ordinal 6° que nada tiene que ver con lo que pretende, era claro al prescribir que lo relacionado con escalas de remuneración y prestaciones sociales de los empleados públicos a nivel nacional correspondan al Congreso.

Ninguna otra autoridad estaba facultada ni para crear ni para extinguir ni para reglamentar prestaciones sociales o remuneración de los empleados nacionales.

El nuevo ordenamiento constitucional tampoco da competencia a estas materias a los Presidentes, Gerentes o directores de entidades descentralizadas. En su artículo 150 numeral 19 literal f) prevé la expedición de leyes marco, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen de prestaciones sociales.

En consecuencia es palmaria la violación del artículo 76 ordinal 9° de la Constitución, por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones al expedir disposiciones como la acusada indicando cuándo se pierde el derecho a la Prima de Saturación, porque es a la ley a la que corresponde decirlo.

Lo anterior es suficiente para acceder a decretar la suspensión provisional solicitada.

En mérito de lo expuesto,

SE DISPONE :

Por reunir los requisitos legales admítese la anterior demanda presentada en acción de nulidad por ENRIQUE A. MARTINEZ VILLAMIL.

En consecuencia,

Notifíquese personalmente el señor Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones - TELECOM- y al señor Agente del Ministerio Público.

Fíjese en lista por el término de cinco (5) días, para efectos del artículo 207 numeral 5 de C.C.A.

Solicítense a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones los antecedentes administrativos del acto acusado. Líbrese el correspondiente oficio.

Reconócese personería al señor Enrique A. Martínez Villamil para actuar en su propio nombre.

Decrétase la suspensión provisional del artículo 7° de la resolución N° 001000-2320 de 28 de febrero de 1989, expedida por el Presidente de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones.

Cópiese, notífiquese y comuníquese.

Aprobado por la Sala en sesión de 28 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente.

PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO/ COMPETENCIA

El acto impugnado expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha empresa, lo cual evidentemente es violatorio del numeral 9 artículo 76 C.N./86.
SUSPENDESE PROVISIONALMENTE el Acuerdo número 0015 del 9 de octubre de 1990, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diesciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia : Expediente N° 5442. Actor : La Nación - Contraloría General de la República. Autoridades Nacionales.

1° Admítese la demanda presentada.

2° Notifíquese personalmente el Gerente de la Empresa Puertos de Colombia y al Agente del Ministerio Público y por estado.

3° Fíjese en lista por el término de 5 días para los efectos del numeral 5° del artículo 207 del C.C.A.

4° Solicítense los antecedentes administrativos.

5° Para resolver la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, se considera :

El artículo 152 del C.C.A. exige, tratándose de la acción de nulidad, como la propuesta, para que proceda la suspensión provisional, que haya manifiesta

infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de aquella, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

La parte demandante solicita dicha medida con fundamento en la violación de los artículo 20 y 76, numeral 9, de la Constitución Política de 1886 vigente cuando se expidió el acto y se presentó la demanda, en virtud de que el régimen de las prestaciones sociales de los empleados oficiales corresponde ser establecido por la ley y no por otra norma.

En el presente caso, el acto impugnado, que lo es el Acuerdo 0015 del 9 de octubre de 1990, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia, fija el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos de dicha empresa, lo cual, evidentemente es violatorio del numeral 9 mencionado, como lo denuncia la parte demandante.

Además, observa la Sala que tal violación no fue desvirtuada con la nueva Constitución Política, según la cual, conforme a la ley, el régimen prestacional lo fijará el Gobierno.

Sin necesidad de más, la Sala suspenderá provisionalmente el acto acusado.

Por lo expuesto, se **DISPONE :**

SUSPENDESE provisionalmente el Acuerdo número 0015 del 9 de octubre de 1990, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia.

Cópiese, notifíquese como se ordenó en el numeral 2° de esta providencia y una vez ejecutoriada, comuníquese al Gerente de la citada empresa.

Aprobado en la Sala del día 28 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente, *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PROCESO DISCIPLINARIO/PREJUDICIALIDAD PENAL-Improcedencia

Es precisamente la independencia del poder disciplinario que la ley atribuye a la administración para investigar el comportamiento de sus funcionarios, en relación con la prerrogativa de los jueces penales para sancionar las conductas punibles, la que permite que válidamente y en forma simultánea se adelanten el proceso penal y el disciplinario, sin que sea menester que la actividad sancionatoria de la administración se suspenda en espera de fallo de la citada Jurisdicción. En consecuencia si la existencia de un proceso penal por los mismos hechos, no da lugar a la suspensión de la acción disciplinaria como lo establece el ordenamiento jurídico, resulta imperativo admitir que la culminación de un proceso penal con fallo, ordenando la cesación del proceso, no impide a la administración proferir decisión impositiva de sanción disciplinaria, siempre que dentro del proceso disciplinario correspondiente se haya comprobado que el empleado inculpado sí incurrió en la comisión de hechos generativos de faltas disciplinarias.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 4369. Actor : Luis Felipe Castellanos Hernández. Resoluciones Ministeriales.

Conoce la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 12 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso seguido por Luis Felipe Castellanos Hernández con el fin de obtener, además del consiguiente restablecimiento del derecho, la nulidad de las Resoluciones Nrs. 075 de 5 de octubre de 1987, 282 del 18 de mayo de 1988 y 02015 de mayo de ese mismo año, al igual que el oficio 043 del 19 de mayo de 1988,

mediante las cuales, en su orden, la Procuraduría Regional del Quindío solicitó la destitución del actor, la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa confirmó la anterior decisión y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, acogiendo la mencionada solicitud, destituyó al demandante del cargo de Recaudador de Impuestos Nacionales de Génova de la Administración de Impuestos Nacionales de Armenia del citado Ministerio.

HECHOS:

Los hechos contenidos en el libelo se pueden sintetizar así:

- El demandante quien se desempeñaba como Recaudador de Impuestos Nacionales en el Municipio de Génova (Quindío), fue involucrado en un proceso penal, a raíz de la queja del Director de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, Seccional Génova, por la pérdida de un cheque correspondiente a dineros del impuesto al valor agregado, proceso que inicialmente adelantó el Juzgado Décimo de Instrucción Criminal de Armenia, despacho que decretó la detención preventiva del accionante por el presunto delito de falsedad en documentos y peculado solicitó su suspensión en el ejercicio del cargo, petición que fue atendida por el Ministerio de Hacienda, según consta en la Resolución N° 01654 de 3 de junio de 1986.

- Instruido el proceso, el Juzgado Segundo Superior de Armenia llamó a responder al actor como culpable de los mencionados ilícitos, pero el Tribunal Superior de Distrito, por providencia del 27 de mayo de 1987, revocó el auto de llamamiento a juicio y, en su lugar, sobreseyó temporalmente al señor Castellanos Hernández.

- La Dirección General de Impuestos Nacionales, a través de la División de Inspección, al tener conocimiento que la Procuraduría Regional de Armenia adelantaba una investigación por las irregularidades a que se ha hecho mención, ordenó la suspensión de la que, por iguales motivos, perseguía la administración, y dispuso el envío del expediente a la Procuraduría.

- Mediante Resolución N° 01675 del 28 de mayo de 1987 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de lo dispuesto por el Tribunal Superior Judicial de Armenia en providencia del 27 de mayo de 1987, ordenó la reincorporación del demandante al cargo que venía desempeñando.

- Sin embargo la Procuraduría Regional de Armenia, solicitó su destitución, por medio de la Resolución N° 075 de 5 de octubre de 1987, confirmada por la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa según Resolución N° 282 del 19 de mayo, a pesar de que se hallaba enterada de que el Juzgado Segundo Superior de Armenia en decisión confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial antes citado, había dispuesto la cesación de procedimiento en favor del actor por el delito de peculado y falsedad de documento público; y el Ministerio

de Hacienda y Crédito Público, en virtud de tal petición procedió a destituirlo por medio de la Resolución N° -02015 de 12 de mayo de 1988.

- Resalta el actor que la Contraloría General de la República en constancia expedida por el Jefe de Examen de Cuentas del Quindío, de 18 de abril de 1988, " certifica el fenecimiento de cuentas del mes de diciembre de 1985, fecha en la cual se dice sucedieron los hechos, según radicación N° 18413 de marzo de1986" -. (fl. 85 cdno.5).

En el libelo se señalan como disposiciones violadas los artículos 16, 17 y 26 de la Constitución Política " por cuanto las autoridades dejan de cumplir sus funciones atinentes a los derechos civiles y garantías sociales, conforme el artículo 16", desprotege el trabajo, " cuando aparece desconociendo la especial protección que debe al mismo " y añade " también viola el artículo 26, al desconocer que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio ", (fl. 85 ibídem).

También se invocan como transgredidos los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, que consagra la acción de nulidad contra los actos administrativos por desviación de poder o de las atribuciones del agente u órgano de la administración que los haya proferido y en ellas " puede hallarse fundamento legal para incoar una acción como la presentada en este juicio ". (fl. 85 ibídem).

Se indica en la demanda que se estima que, en el presente caso, se debe aplicar el principio contenido en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal referente a la perjudicialidad penal, conforme al cual, cuando en un proceso civil o administrativo se presente algún hecho que pueda considerarse como delito perseguible de oficio, el juez o funcionario correspondiente dará aviso de él a la autoridad competente y si se iniciara la investigación criminal y el fallo que corresponda pudiera influir en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable.

De acuerdo con el precepto enunciado y a pesar de declarar que no discute que la acción disciplinaria sea independiente de la penal, el demandante afirma, que la Procuraduría debió abstenerse de pronunciar decisión sancionatoria en su contra, porque ante la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa se demostró, en tiempo oportuno, que el Juzgado Segundo Superior de Armenia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad, lo absolvieron de las imputaciones delictivas de falsedad de documentos y peculado que se le formularon por los mismos hechos que fueron objeto de la investigación de la Procuraduría Regional de Armenia.

El Tribunal del conocimiento, en sentencia fechada el 12 de mayo de 1989, luego de precisar que no se configuraban las excepciones " de carencia de acción " y de " falta de causa y/o carencia de derecho sustancial ", propuesta en la

contestación de la demanda (fl.3 cdno. N° 3) por la apoderada del Ministerio de Hacienda, quien considera que el sobreseimiento temporal del actor dispuesto por el Juzgado Segundo de Armenia, en manera alguna significa que se le hubiera eximido de responsabilidad por los delitos que se le imputaban y que tal circunstancia " imposibilitaban al actor a ser el titular de un derecho que pretende hacer valer" (fl.3. cdno. N°2), negó las pretensiones del libelista. Ello por considerar, que en el *sub-lite* no se presenta la violación de los artículos 16, 17 y 26 de la Carta Política, porque los principios sobre función de las autoridades de la República, derecho al trabajo, garantías Procesales y favorabilidad de la ley penal que ellos consagran, "no son susceptibles de ser vulnerados en forma directa, por el hecho de que la administración profiera un acto contrario a los intereses de algún particular; es preciso examinar dicha actuación administrativas a la luz de las normas que desarrollan aquellos principios, para reclamar eventualmente su nulidad, acreditándose la transgresión de una norma que consagra una situación jurídica concreta. "(fl.3. cdno. N° 5).

De igual manera el *a-quo* considera que :

> "Los artículos 84 y 85 del C.C.A. tampoco pueden haber sido violados, puesto que ellos consagran las acciones contenciosas de nulidad y restablecimiento del derecho y mediante las resoluciones atacadas en ningún momento se está impidiendo u obstaculizando el ejercicio de ellas. Tan cierto es lo anterior, que este plenario se tramitó en razón de haber sido incoada, por parte del Sr. Luis Felipe Castellanos Hernández, la acción de restablecimiento del derecho de carácter laboral ". (fl. 130 y 131 ibídem).

Finalmente el fallador de primera instancia asevera que no se transgredió el artículo 17 de Código de Procedimiento Penal que consagra la perjudicialidad para los casos en que el fallo penal pudiera influir en la decisión de la controversia civil o administrativa, toda vez que " Como la misma norma lo indica, esta figura se presenta cuando la decisión penal pueda influir en la administrativa, pero, toda vez, como se explicó ampliamente, la decisión administrativa de carácter disciplinario es independiente de aquella jurisdiccional, no puede predicarse la prejudicialidad pretendida ". (fl. 131 ibídem).

Contra la sentencia comentada el accionante interpuso el recurso de apelación argumentado que discrepa de lo manifestado por el Fiscal Primero del Tribunal quien manifiesta que sus pretensiones se fundamentaron " en la supuesta eximente de responsabilidad penal o es inexistente sentencia absolutoria, que en la realidad no se produjeron; o que de haberse producido, no se aportó la prueba de su existencia a este expediente ". (fl.134 ibídem), pues estima que tanto el fallo del tribunal Superior del Distrito Judicial de esa ciudad los cuales se revocó el llamamiento a juicio que le hiciera el Juzgado Superior de Armenia y, en su lugar, lo sobreseyó temporalmente, como aquel por medio del cual se confirmó la cesación de todo procedimiento penal en su contra, se enviaron a la Procuraduría Regional de Armenia y a la Procuraduría Tercera Delegada para la vigilancia

administrativa, con el fin de que se tuviera en cuenta antes de tomar la decisión de carácter disciplinario.

A renglón seguido, afirma, que el Tribunal al proferir el fallo impugnado - "no tuvo en cuenta la constancia expedida por el Jefe de Examen de Cuentas del Quindío de la Contraloría General de la República, que con fecha 18 de abril de 1988, certifica el fenecimiento de las cuentas del mes de diciembre de 1985, fecha en que se sucedieron los hechos, radicada bajo el número 18413 de marzo de 1986, que resulta ser una prueba básica que favorece a mi poderdante ". (fl. 134 ibídem).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación expuso su concepto de fondo en los siguientes términos :

> " Respecto de las normas de la Carta fundamental, compartimos lo expresado en la sentencia del *a-quo* y de acuerdo con la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, que éstas no son susceptibles de transgresión directa, sino a través de las leyes que las desarrollan y que consagran situaciones jurídicas concretas. Y con relación a los artículos 84 y 85 del C.C.A. , también entendemos que no es posible configurar violación alguna de éstas por el acto acusado, en razón de que dichos artículos consagran las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente, y que en ningún momento se impidió u obstaculizó su ejercicio, en autos, de la acción de Restablecimiento del Derecho.
>
> A diferencia de la conclusión a que llegó el Tribunal de la primera instancia, de negar todas y cada una de las súplicas de la demanda, conceptúa esta Agencia Fiscal que por la falta de precisión en la cita de las normas y por falta de congruencia con el desarrollo del concepto de violación debe proferirse fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda. (fl.144 ibídem).

Concluído el trámite del recurso de alzada y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES :

Para la Sala es cuestionable que el fallo impugnado se ajusta en un todo a derecho por las razones que a continuación se expresan :

- Como bien sostiene la Fiscalía Cuarta de esta Corporación, no es posible que se configure la violación de los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo, toda vez que ellos consagran las acciones de simple nulidad y restablecimiento del derecho, respectivamente y, en ningún momento la administración al proferir los actos acusados impidió al señor Castellanos Hernández su ejercicio. Por el contrario, su expedición le brindó la oportunidad de ocurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, para que ésta examinará su legalidad, esto es, la juridicidad de la destitución de su cargo que mediante ellos se dispuso.

No pude entonces precisarse el quebranto de tales normas, cuando es patente que el actor hizo uso de las prerrogativas que ellas consagran, lo cual él reconoce, al afirmar en el libelo :

> " El artículo 84 consagra la acción de nulidad contra los actos administrativos por desviación de poder o de las atribuciones ; propias del agente u órgano de la administración que los haya proferido y puede hallarse fundamento legal para incoar una acción como la presentada en este juicio ". (fl.85 ibídem).

- En lo atinente al quebranto de los artículos 16, 17 y 26 de la Constitución Política, se anota que esta Corporación insistentemente ha sostenido que, por regla general, los preceptos supralegales contentivos de principios jurídicos,abstractos son susceptibles de infracción sólo a través del quebranto de las normas legales que los desarrollan y que concretizan los derechos y garantías en ellos establecidos. De modo, que los artículos 16, 17 y 26 referentes a las funciones de las autoridades de la República, al derecho al trabajo y a las garantías procesales, si infringen en la medida que se desconozcan las disposiciones legales que determinen en forma directa las respectivas facultades de autoridades de la República, los deberes y garantías de todos los trabajadores o de algunos de éstos en especial, y las reglas precisas que norman los procesos a los cuales las autoridades administrativas o jurisdiccionales, deban ajustar su actividad sancionatoria.

Consiguientemente , en el *sub-lite,* unicamente estableciéndose que en el proceso disciplinario que la Procuraduría General de la Nación adelantó contra el actor, se infringieron los mandatos legales que lo gobiernan, podría admitirse que se operó el quebranto del precepto constitucional consagratorio del debido proceso y de contera los otros a los cuales se hace referencia.

Empero en el libelo se indica solamente que no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal que estatuye la perjudicialidad penal, cuando debió haberse aplicado, aun que " De modo alguno se discute que la acción disciplinaria no sea independiente de la penal. Esta cuestión es suficientemente aclarada en la ley cuando un hecho es constitutivo de falta disciplinaria y también delito, deben adelantarse, como es obvio, sin perjuicio una de la otra, la perspectiva acción disciplinaria y también la correspondiente acción penal ". (fl.87 ibídem).

Es precisamente, la independencia del poder disciplinario que la ley atribuye a la administración para investigar el comportamiento de sus funcionarios, en relación con la prerrogativa de los jueces penales para sancionar las conductas punibles, reconocida y aceptada por el libelista, la que permite que validamente y en forma simultánea se adelanten el proceso penal disciplinario, sin que sea menester que la actividad sancionatoria de la administración se suspenda en espera del fallo de la citada jurisdicción . Pues sucede que muchas actuaciones y omisiones de los empleados públicos, con frecuencia, no constituyen conductas punibles penalmente, pero sí configuran faltas disciplinarias; o en otras oportunidades, como parece ocurrió en el caso en estudio, a pesar de hallarse evidencia en una y otra sede (jurisdiccional y administrativa) que el inculpado incurrió en comportamientos

susceptible de ser sancionados penalmente y, por supuesto disciplinariamente, no puede declarársele culpable por los jueces penales, en razón de las deficiencias probatorias dentro del respectivo proceso.

En consecuencia, si la existencia de un proceso penal por los mismos hechos, no da lugar a la suspensión de la acción disciplinaria, como lo establece el ordenamiento jurídico, resulta imperativo admitir que la culminación de un proceso penal con fallo ordenado la cesación del proceso, no impide a la administración proferir decisión impositiva de sanción disciplinaria, siempre que dentro del proceso disciplinario correspondiente se haya comprobado que el empleado inculpado sí incurrió en la comisión de hechos generativos de faltas disciplinarias, como aconteció en el evento debatido, en el cual, según se dice en la Resolución N° 075 de 5 de octubre de 1987 de la Procuraduría Regional de Armenia :

" Se ha establecido en la presente investigación que el señor LUIS FELIPE, o, FELIPE DE NERI CASTELLANOS HERNANDEZ, Recaudador de Impuestos Nacionales 11-10 de Génova (Q), recibió la delegación de autorización N° 2545 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante la cual se pagaba al referido Municipio la participación en el impuesto a las ventas (IVA), por la suma de $2.002.164.oo.

El Recaudador de Impuestos Nacionales 11-10 de Génova señor Felipe, o, Felipe Neri Castellanos Hernández decidió apropiarse, con la colaboración del señor ALBERTO RAMOS LOPEZ, ex-recaudador de Impuestos Nacionales de Pijao (Q), y, en ese momento funcionario público adscrito a la Contraloría Municipal de Armenia, de la aludida suma de dinero ". (fls. 53 y 54 ibídem).

También asevera la providencia de la Procuraduría citada :

" El testimonio de JUAN IDARRAGA HENAO es corroborado plenamente por los empleados de la Caja Agraria de Génova, FERNANDO GIRALDO GARCIA Y EUGENIO ROJAS RODRIGUEZ, quienes identifican a los funcionarios investigados como las personas que se hicieron presentes en las dependencias de la mencionada entidad, la primera - LUIS FELIPE- , o, FELIPE DE NERI CASTELLANOS HERNANDEZ, para confirmar y autorizar el cobro del cheque objeto de este disciplinario y, la segunda - ALBERTO RAMOS LOPEZ, beneficiario del título valor por la suma de $2.002.164.oo para cobrar el mismo ". (fl. 58 ibídem).

Asímismo, la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, en la Resolución N° 282 de 1988, confirmativa de la anteriormente citada, sostiene:

Del " estudio de las pruebas que conforman el presente averiguatorio, se establece que obra en contra del implicado LUIS FELIPE CASTELLANOS HERNANDEZ la prueba testimonial suficiente para responsabilizarlo, de acuerdo a las exposiciones de los señores JUAN ANGEL IDARRAGA

HENAO (fl.74 vto), Eugenio Rojas Rodríguez (fl.434 y 435) y FERNANDO GIRALDO GARCIA (fls. 436 y 437) quienes afirman que el cheque N° 1154836 de la Caja Agraria le fue entregado a ALBERTO RAMOS LOPEZ como pago de los dineros que le adeudaba el Ministerio de Hacienda, Dirección de Impuestos Nacionales, por un pleito laboral en que habían sido condenados por su retiro como Recaudador de Impuestos de Pijao (Quindío), según manifestación que les hizo. Así como también, que fue la persona que se presentó a la Caja Agraria a confirmar dicho cheque (N°1154836), lo cual fue corroborado por CASTELLANOS HERNANDEZ, conlleva entonces de su parte a admitir la responsabilidad, por cuanto si hubiese sido girado a la Tesorería Municipal de Génova, al atender el llamado de la Caja Agraria y confirmar el mencionado cheque estaba aceptando que estaba librado a una persona natural, cuando lo lógico hubiera sido que al tratarse de un cheque oficial girado a otra entidad oficial se hubiese consignado, ya que no podía ser pagado por ventanilla, y por tanto tampoco se requería confirmación". (fl. 74 ibídem).

La única prueba en contra de las conclusiones a que se llegaron las referidas dependencias de la Procuraduría General de la Nación, que esgrime el demandante y ahora recurrente, son las copias de sendas providencias del Tribunal Superior de Armenia, mediante las cuales se revocó el llamamiento a juicio que le hizo el Juzgado Segundo Superior de esa ciudad y se dispuso su sobreseimiento temporal y se confirmó la cesación de procedimiento penal en favor del señor Castellanos Hernández.

Tales probanzas, conforme lo dicho, carecen de la virtualidad de acreditar la inexistencia de motivos de orden disciplinario capaces de infirmar la imposición de la sanción respectiva por la administración, pues se repite, para efectos de adoptar tal decisión, es indiferente, el resultado de la investigación penal; pues a la administración le basta que en el proceso disciplinario la responsabilidad del empleado se encuentra plenamente acreditada, para proceder a sancionarlo, y esto fue lo que sucedió en el *sub-lite*.

Consiguientemente, no se da la violación, por falta de aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Penal y por ende, tampoco se configura la transgresión del artículo 26 de la Constitución Política que consagra el debido proceso, ni de los otros preceptos supralegales invocados en el libelo.

De ahí, que es acertada la conclusión a que llegó el *a-quo* en el sentido de que no se presenta la infracción de las normas que se señalaron como transgredidas en el escrito introductorio del proceso y por ello, la Sala confirmará la sentencia que negó las súplicas de la demanda, pues no comparte la tesis de la Fiscalía Cuarta de la Corporación acerca de que la imprecisión en que incurrió el demandante al citar las normas violadas y al exponer el concepto de violación conlleve a fallo inhibitorio; pues una cosa son las consecuencias de la omisión del cumplimiento de este requisito, que en el caso *sub-examine* no se da, y otras muy distintas, las derivadas de la errónea invocación de los preceptos que se consideran infringidos

y del desacierto en la exposición del concepto de violación, pues en el primer caso, se impondría un fallo inhibitorio y, en el segundo, la única consecuencia que se deriva es la imposibilidad de despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, con base en los planteamientos jurídicos que en ella se expresan.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 12 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío dentro del proceso promovido por Luis Felipe Castellanos Hernández.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

Dirección : Calle 12 No. 5-24 Tel : 2818667
FAX : (91) 2433482 A.A. 18087 Santafé de Bogotá D.C.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/ Improcedencia/ **PENSION DE INVALIDEZ**

No se trata aquí de que la Sala no esté de acuerdo, porque sí lo está, con la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación respecto de la cuantía de las pensiones de invalidez de los civiles regidos por el Decreto 1403/56, sino que encuentra que dicho punto no puede discutirse cuestionando un acto jurídico que no fue el que determinó la cuantía pensional.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia : Expediente N° 1214. Actor : Elsa Gladys Peña vda. de Baracaldo.

Conoce la Sala el recurso extraordinario de revisión formulado por ELSA GLADYS PEÑA VDA. DE BARACALDO contra la sentencia proferida por esta Sección el 8 de noviembre de 1980 (fls. 3 a 7), en orden a que se provea " que la asignación pensional que la demandante viene gozando con cargo al Tesorero Público (Ministerio de Defensa Nacional) se pague no por cantidades o mesadas pensionales fijas, sino de manera oscilante en la totalidad de los haberes que en todo tiempo han correspondio a un Juez Penal Militar en el ramo de Defensa Nacional - con prescripción de tres (3) años atrás de la presentación de esta demanda, ".

El recurso se apoya en estos hechos :

" 1.1. Por sentencia del 8 de noviembre de 1980, el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda profirió sentencia de nulidad con declaración de restablecimiento del derecho de una pensión a cargo del Ministerio de Defensa Nacional, en su condición de cónyuge

sobreviviente del Juez Penal Militar Dr. Luis Antonio Baracaldo Peña, por haber adquirido el derecho a sustituir la pensión de invalidez devengada por el causante en la totalidad de los haberes de su categoría administrativa y en la cual denegó que esta pensión se liquidara y pagara en forma oscilante sino por cuantías fijas en el valor que el causante hubiere devengado en el servicio al Ministerio de Defensa Nacional.

1.2. La pensión sustitutiva se causa por invalidez, no por razón de servicios a la Nación, sino por haber adquirido una lesión incapacitante en un 100%, por haberse retirado del servicio con fecha 1° de abril de 1966 bajo el régimen del artículo 1° del decreto ley 1403 de 1956 que otorgó derecho a que las pensiones de invalidez siguieran las oscilaciones propias de las pensiones militares de invalidez, según los términos de los artículos 1° y 37 del decreto ley 1403 de 1956, en donde esta última norma dispone :

" El personal al servicio de las Fuerzas Armadas que sea retirado por no reunir las condiciones psicofísicas exigidas por el Reglamento de Aptitud Física, tendrá derecho a las prestaciones económicas en la misma forma y términos que se establezcan en los artículos 113 y siguientes de los decretos 3220 de 1953 y 109 y siguientes del 501 de 1955, en concordancia con las tablas de evaluación de incapacidades que este reglamento determina más adelante ." Parágrafo. Sólo se reconocen pensiones por invalidez absoluta y permanente tanto a militares como civiles. Las pensiones que no tengan tal carácter, y hayan sido reconocidas con anterioridad a la vigencia de este decreto, podrían ser revisadas mediante procedimiento legal correspondiente, previo dictamen de la Sanidad Militar.

1.3. El artículo 2° del decreto legislativo número 1403 dice: " Para los efectos de este Reglamento, se entiende por incapacidad toda lesión, enfermedad o deformidad adquirida durante el servicio que coloca a una persona en situación de inferioridad para continuar en las Fuerzas Armadas o para emprender una actividad distinta de acuerdo con la edad, experiencia y aptitudes ".

El artículo 114 del decreto ley 3220 de 1953 dice : El Oficial de las Fuerzas Militares que sea retirado por invalidez absoluta y permanente para toda clase de actividades tanto militares como civiles tendrá derecho : 1° A recibir una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público, igual al sueldo de actividad correspondiente al grado que tenga el Oficial en el momento de ser retirado - igual dice el artículo 109 y siguientes del decreto legislativo número 109 pero en relación a Suboficiales.

Cuando establece que la pensión es igual al sueldo de actividad del respectivo grado del militar y este sueldo es oscilante conforme a la naturaleza de estas asignaciones, art. 107 del decreto 3220 de 1953, por tanto comprenden la totalidad de los haberes asignados al grado cuando de militares se trate o al sueldo correspondiente a la categoría cuando de civiles se trata.

1.4. Si la oscilación es elemento constitutivo del derecho, lo es también la sustitución en los términos del artículo 141 ib. dando preferente aplicación al estatuto de la carrera militar, aplicable por extensión al personal civil al servicio de las FF.MM. En todo es inequívoco que el acusante por razón de la lesión adquirida que era de la totalidad de su capacidad sicofísica, la pensión se causaba en los términos del art. 36 del decreto 1403, en concordancia con el artículo 114 del decreto legislativo 3220 de 1953.

1.5. Pero así no lo fuera, el derecho a la pensión de invalidez del causante se produjo en los términos del artículo 3° del decreto ley 2218 de 1966, habiendo adquirido esta asignación pensional desde que se le diagnosticó la incapacidad, esto es, desde la fecha de su retiro del servicio, el 1° de abril de 1966, lo que permitía que se aplicará el régimen del artículo 114, del decreto 3220 de 1953 y 109 del decreto 501 de 1955, con pensión oscilante, todo lo cual es derecho adquirido bajo el régimen del artículo 30 de la Carta y 17 de la Constitución, para proteger con mayor favorabilidad la relación laboral de autos ". (fls. 8 y 9).

El fundamento jurídico se expuso así :

" 2. SON NORMAS LEGALES VIOLADAS O MAL APLICADAS.

CONCEPTO.

Son el art. 30 y 17 de la Carta. El artículo 37 del decreto ley 1403 de 1956, en concordancia con el artículo 114 del decreto ley 3220 de 1953 y 109 del decreto ley 501 de 1955 y 3° del decreto ley 2218 de 1956.

2.1. El causante adquirió derecho a la pensión de invalidez como Juez Penal Militar el día en que se causó el retiro de la actividad civil de su cargo, o sea el día 1° de abril de 1966 cuando regía la pensión de invalidez el decreto 1403 de 1956 en concordancia con los artículos 114 del decreto 3220 de 1953 y 109 del decreto 501 de 1955, y 3° del decreto ley 2218 de 1966.

Se adquiere status de pensionado cuando se reunen los requisitos de tiempo de servicios y edad, en los casos de pensiones por servicios o cuando se adquiere una incapacidad que inhabilita para toda ocupación u oficio. Esto es cuando se llenan por quien se halla amparado por una relación de trabajo con la Nación las condiciones que la ley fija para merecer la pensión, sea de servicios o sea de invalidez.

El acto administrativo o judicial que la reconoce es simplemente declarativa, nunca constitutiva de derecho. Para la situación pensional del causante que fallecia (sic) con derecho a pensión o en goce de ella, el régimen sustitutivo determinado por el artículo 12 de la ley 171 de 1961, con derecho sustitutivo en la cónyuge sobreviviente e hijos menores por dos años subsiguientes. O sea que, la demandante para esa fecha adquirió derecho a una pensión sustitutiva

por dos años a partir de la fecha de fallecimiento del causante, si se aplica este estatuto . Pero si en guarda del principio de inescindibilidad del derecho más favorable, se aplica el estatuto que proyecta la pensión militar oscilante en la misma forma y manera como se aplica a los militares, lo que es más lógico, más jurídico y más razonable en función de la unidad de la ley aplicable, la sustitución es vitalicia al tenor del artículo 141 del decreto ley 3220 de 1953, con derecho al reajuste a las 2/3 partes de haberes en los términos del decreto ley 3071/68, artículo 141 y reajustable en la totalidad bajo el régimen del artículo 1° de la ley 44 de 1973 en concordancia con el art. 134 del decreto ley 2337 de 1971, para la totalidad de la pensión sustitutiva de invalidez.

Pero si no se da ese derecho, le sería aplicable en el régimen de la sustitución pensional lo previsto en el artículo 1° de la ley 33 de 1973, en forma vitalicia la pensión del causante o bien, el régimen del artículo 85 del decreto ley 2339 de 1971 en la totalidad de los haberes asignados a la categoría del causante. Es más visible este derecho sustitutivo al tenor del artículo 1° de la ley 12 de 1975, entendiendo que la denominación pensión de jubilación comprende las pensiones de invalidez; o por el artículo 1° de la ley 33 de 1973 que dice :

" Fallecido el trabajador particular pensionado o con derecho a pensión de jubilación, INVALIDEZ o vejez o un empleado o trabajador del sector público su VIUDA PODRA RECLAMAR LA RESPECTIVA PENSION EN FORMA VITALICIA. "

Se desprende de esta norma que no hay cuantificación de la pensión de jubilación, ni la de invalidez, ni de la de vejez y se remita simplemente a instituir el derecho a sustituir en forma vitalicia la pensión que viniera devengando el causante. De este modo si la pensión fuese OSCILANTE, lo sustituible era también de la misma naturaleza cuantitativa, entendiendo que en un conflicto de leyes, debe aplicarse aquella que sea más favorable al beneficiario de la prestación , por tratarse de una relación de trabajo, con derecho a aplicación inmediata de la ley, en los términos del artículo 16 del C. de S. del Trabajo.

Por qué ? Porque lo que sustituye y transfiere es el status de jubilado es decir, lo que venía devengando el causante. De este modo. si el causante devengaba pensión de invalidez oscilante, su cónyuge sobreviviente recibiría al tenor del artículo 1° de la ley 33 de 1973, la pensión oscilante en la totalidad de los haberes de la categoría del causante.

De manera que si la sentencia del 8 de noviembre de 1980 restringió la pensión sustitutiva a aquella que devengaba en cuantía fija el causante, no sólo se desconoce la realidad fáctica del derecho adquirido bajo el régimen del artículo 37 del decreto ley 1406 de 1954 en concordancia con el artículo 114 del decreto ley 3220 de 1963 y 109 del decreto 501 de 1955, y la realidad legal y jurídica del status pensional del causante bajo la protección del derecho adquirido por el artículo 30 de la Carta, sino que incurrió en un error fáctico

de dar una pensión sustitutiva que el causante no devengaba, lo que es desvío de poder y falsa motivación, sino aplicar la ley de manera restringida, para disminuir la protección que impone el artículo 17 de la Carta, en concordancia con el art.21 del C. S. del Trabajo.

2.2. En el caso de autos, la sentencia cuya revisión se pide por haberse aplicado mal la ley, art. 165 causal 6ª in fine c.c.a. , se desprende derechos a la pensión civil oscilante en los términos de las sentencias del 23 de febrero de 1978 enla pensión de Arturo Ruiz Mateus, con aplicación inequívoca del artículo 3° del decreto ley 2218 de 1966, y de fecha 31 de marzo de 1978 en demanda de Efraim Vega Penagos de la Sala Plena del H. Consejo de Estado, que es correcto tener en cuenta porque siendo instituto excepción favorable inequivocamente debe tener por ser de régimen exceptivo preferente aplicación. (art. 3° de la ley 57 de1887) ". (fls. 9 a 11).

Reconstrucción del Expediente.

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 recurrente obtuvo su reconstrucción.

La vista Fiscal.

Considera el Ministerio Público que no se configura la causal de revisión invocada por la parte recurrente y, en consecuencia, opina que debe negarse la revisión de la sentencia de 8 de noviembre de 1980.

Para resolver el recurso se CONSIDERA :

1. En la acción que dio origen a la sentencia de esta Sección del 8 de noviembre de 1980 y cuya revisión se impetra, afirmó el demandante (fl.4) :

"" El H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia del 15 de octubre de 1970, reconoció pensión de invalidez en la totalidad de los haberes del cargo de Juez Penal Militar por el término de dos (2) años, que el H. Consejo de Estado prorrogó por cinco (5) años, en sentencia del 30 de enero de 1974. ""

2. La sentencia impugnada reconoció en forma vitalicia la sustitución pensional dicha y negó la pretensión sobre su cuantía oscilante con fundamento en lo que argumentó el Ministerio Público que dio, entre otras, esta opción (fl.6) :

" Por otra parte, la actora y sus menores hijos adquirieron el derecho a la sustitución por 5 años, en virtud de una sentencia judicial que en su parte resolutiva no dispuso que fuera oscilante sino que la determinó en una suma fija.

Como esta es la misma pensión que ahora se quiere transformar en vitalicia, no hay lugar a transformarla también en oscilante. Estará, claro, sujeta a los reajustes previstos en las leyes que así lo dispongan". "

Ahora bien, para la Sala también es claro que la cuestión de la cuantía de la pensión de invalidez, que por sustitución percibe los demandantes, no es un problema de la sentencias del 8 de noviembre de 1980, porque cuando se profirió, la parte revisante ya gozaba por el término de 5 años de tal sustitución y se trataba simplemente de ordenarla en términos de vitalicidad. El aspecto de la cuantía de la pensión se definió, por lo menos, en la sentencia de esta Corporación del 30 de enero de 1974 (fls. 76a 82) que la ordenó por el término de 5 años, en la suma de $3.200 mensuales.

De ahí que fuera acertada la decisión de la sentencia del 8 de noviembre de 1980 que acogiendo el criterio del Ministerio Público consideró, implicitamente, que la cuantía pensional fue materia de sentencia anterior que la había ordenado en suma fija y no en forma oscilante.

4. Entonces, no se trata aquí de que la Sala no esté de acuerdo, porque sí lo está , con la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación respecto de la cuantía de las pensiones de invalidez de los civiles regidos por el decreto 1403 de 1956, sino que encuentra que dicho punto no puede discutirse cuestionando un acto jurídico que no fue el que determinó la cuantía pensional.

En otras palabras, mal pudo haberse incurrido en la sentencia del 8 de noviembre de 1980 en indebida aplicación o errónea interpretación de la norma que establece la cuantía pensional, si ésta, necesariamente, venía determinada en acto jurídico anterior que fue en el que pudo haberse incurrido en cualquiera de esos vicios.

Por ello, la Sala negará la revisión solicitada.

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:

NIEGASE la revisión de la sentencia proferida por esta Sección el 8 de noviembre de 1980.

Cópiese, Notifíquese y archívese.

Aprobado en la Sala del día 11 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Enrique Conti Bautista, Conjuez; *Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Guillermo López Guerra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CARRERA NOTARIAL-Exclusión/ **SANCION**

En el caso de autos al actor se le impusieron dos sanciones de suspensión, lo que necesariamente producía la exclusión de la carrera. Esta exclusión no fue considerada por la ley como sanción, es medida de la sanción, y por ello no está sujeta a procedimiento previo alguno, como sí lo están obligatoriamente las sanciones, que deben estar precedidas de los cargos y descargos correspondientes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C. , septiembre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente : *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia : Expediente N° 3567. Actor : José Ignacio Cruz Cruz. Autoridades Nacionales. Recurso de Apelación.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 11 de mayo de 1988 que negó las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por José Ignacio Cruz Cruz contra la Nación Ministerio de Justicia.

ANTECEDENTES

1°) El demandante, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de las Resoluciones 02 de 3 de abril de 1984, por la cual se excluye a un notario de la carrera notarial y, 08 de 22 de junio de 1984, por la cual se deniega un recurso, expedidas por el Consejo Superior de la Administración de Justicia. (Fls. 36-37).

2°) El Tribunal del conocimiento denegó las pretensiones de la demanda porque tanto el artículo 164 del Decreto 960 de 1970 como el artículo 79 del

Decreto 2148 de 1983, disponen que la carrera notarial será administrativa por el Consejo Superior de la Administración de Justicia y este organismo puede tomar decisiones concernientes al ingreso, concursos, permanencia y retiro de la carrera; los artículos 202 y 102 de los decretos mencionados, disponen que " la suspensión del cargo hasta por seis (6) meses, pueden aparejar la exclusión de la carrera en la primera vez y necesariamente la producirá, al repetirse dicha sanción ", ni el Decreto 960 de 1970 ni su reglamentario, dispone que para excluir una persona de la carrera notarial debe adelantarse proceso, luego esa determinación puede tomarse de plano ante la evidencia de los hechos; en el caso *sub-judice* aparecen ejecutoriadas las resoluciones de la Superintendencia de Notario y Registro que impusieron las sanciones de suspensión que dieron a la exclusión de la carrera. (Fls. 189-201).

3°) La Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo solicita la conformación de la sentencia recurrida, por considerar que según los artículos 164 del Decreto 960 de 1970 y 79 del Decreto 2148 de 1983, el Consejo Superior de la Administración de Justicia tiene la facultad tanto de incorporar a la carrera notarial como de excluir de la misma; que el artículo 202 del Decreto 960 de 1970 no señala que el término de las dos suspensiones deba ser igual ni que las sanciones hayan sido por el máximo estipulado; y finalmente, que no era necesario que se le siguiera procedimiento alguno para decretar la exclusión de la carrera notarial porque el actor tuvo oportunidad de defenderse cuando se le impusieron las sanciones que la motivaron. (Fls. 228-231).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Fundamenta el apelante la impugnación del fallo, con los siguientes argumentos:

a) Ante la poca claridad del artículo 202 del Decreto 960 de 1970, debe entenderse que la exclusión de la carrera notarial sólo procede después de dos (2) sanciones de suspensión, de seis (6) meses cada una. (Fls. 211-212).

b) Como la ley no señaló procedimiento, la exclusión de la carrera debió resolverse previo el procedimiento verbal previsto en el numeral 15 del artículo 442 del Código de Procedimiento Civil. (Fls. 213).

c) Tanto el Decreto 960 de 1970 como su reglamento 2148 de 1983 establecen un procedimiento para el ingreso a la carrera, pero no contemplan el fenómeno de la exclusión de la misma. (Fls.214-215).

d) Se violó el derecho de defensa al negarse por improcedente en la Resolución 08 de 1984 el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 02 de 1984. (Fls. 216-217).

Ante todo encuentra la Sala que la denegación del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución que lo excluyó de la carrera notarial no se ajusta a la ley.

El rechazo del recurso no se fundamentó en que el recurrente citó otra Resolución, lo que es cierto, pero también lo es, que el impugnante en su escrito identificó por otros medios y sin lugar a dudas el acto recurrido, por lo que el error en la cita no debió tener la transcedencia que le imprimió el Consejo Superior de la Administración de Justicia.

No puede quebrantarse el derecho de defensa del particular por un simple error cuando del contexto del recurso se puede determinar plenamente cuál es el acto recurrido.

Por esta razón la Sala entiende que el recurso de reposición debió ser resuelto. La consecuencia sin embargo, no será la de ordenar al Consejo Superior de la Administración de Justicia que lo resuelva, lo que sería contrario a la economía procesal, sino entrar a estudiar de fondo la legalidad de la Resolución 02 de abril 3 de 1984, considerando agotada la vía gubernativa y oportuna la demanda.

Para efecto se puntualiza :

1°) El artículo 202 del Decreto 960 de 1970, dispone :

"La suspensión en el cargo hasta por seis meses, podrá imponerse frente a falta grave o por reincidencia en las leves, puede aparejar la exclusión de la carrera en la primera vez, y *necesariamente la producirá al repetirse dicha sanción*". (se resalta).

La preposición " hasta " que trae la norma transcrita, significa un límite máximo a la duración de la sanción, dentro del cual la administración puede imponer la suspensión en ejercicio de lo que se denomina la " dosimitría " punitiva, sin que por ello se desnaturalice la sanción. La sanción de suspensión así sea de un día o de seis (6) meses, sigue siendo sanción de suspensión.

Ahora bien, al actor se le impusieron dos sanciones, la primera de "suspensión" de seis (6) meses, y la segunda de " suspensión" de un (1) mes, lo que indica que en su contra se repitió la suspensión y lo que " necesariamente " produce la exclusión de la carrera según lo dispone el artículo transcrito, es la repetición de la " suspensión ".

El texto de la norma es claro y por este aspecto no es admisible el planteamiento del recurrente.

2°) Con respecto a que la exclusión de la carrera del actor debió resolverse mediante un procedimiento breve y sumario, se advierte :

La exclusión de la carrera, no fue considerada por la ley como sanción. El artículo 199 del Decreto 960 de 1970 solamente se refiere a tres sanciones : la multa,

la suspensión y la destitución. De manera que sólo puede considerarse como la consecuencia facultativa de una primera suspensión e inexorable en los casos de repetición de la suspensión, en cuyo caso opera *ipso jure* como medida accesoria de la sanción. Por ello no está sujeta a procedimiento previo alguno, como sí lo están obligatoriamente las sanciones, que deben estar precedidas de los cargos y descargos correspondientes.

3°) A términos del artículo 164 del Decreto 960 de 1970, Consejo Superior de la Administración de Justicia le compete la administración de la carrera notarial. Entre sus funciones están las de " incluir " en el escalafón a los docentes que reúna los requisitos para el efecto según lo preceptúa el artículo 101 del Decreto reglamentario 2148 de 1983 y logicamente ordenar su exclusión en los casos a que se refiere el artículo 102 ibídem; " cuando se produzca falta absoluta y en el previsto en el artículo 202 del Decreto ley 0960 de 1970".

No puede aceptarse por tanto, que el Consejo Superior de la Administración de Justicia se haya abrogado funciones que no le correspondían.

En tal virtud, no se desvirtuó la legalidad que ampara los actos demandados y, por lo tanto, se confirmará la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de once (11) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1986) proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso instaurado por JOSE IGNACIO CRUZ CRUZ contra la Nación Ministerio de Justicia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PRESTACIONES SOCIALES/ CONGRESO/ COMPETENCIA

En el artículo 76 ordinal 9 y 10 de la anterior C.N., la materia relativa a prestaciones sociales estaba reservada unicamente a la ley, los Concejos municipales carecen de competencia para regular lo relacionado con prestaciones sociales. El nuevo ordenamiento constitucional tampoco atribuye competencia en esa materias a los concejos. Por el contrario, en su artículo 150 numeral 19 literal f) prevé la expedición de leyes marco, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos. El Concejo municipal no tenía facultad para otorgar ninguna prestación social extralegal a los empleados públicos al servicio del municipio.
DECRETESE SUSPENSION PROVISIONAL del artículo 4 del Acuerdo 027 de 1969, expedido por el Concejo Municipal de Armenia.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá septiembre veintitres (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 6037. Actor : Municipio de Armenia.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por los Doctores Octavio Montoya R. , Pablo Emilio Torres y el Sindicato de Trabajadores al servicio del Municipio de Armenia contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío el 16 de enero de 1981 en el cual se decreta la suspensión provisional del artículo 4 del Acuerdo 027 de 1969, expedido por el Concejo Municipal de Armenia.

El Tribunal ordenó la suspensión provisional del artículo mencionado, por considerarlo violatorio del artículo 76 numeral 9 y 10 y del 197 numeral 3 de la

Constitución anterior, ya que a los Concejos Municipales no les corresponde y es exclusiva competencia del Congreso, determinar el régimen de las prestaciones sociales de los empleados públicos (fls. 90 a 95).

El Doctor Octavio Montoya R. (fls. 186 a 190) y el Sindicato de Trabajadores al servicio del Municipio de Armenia (fls.452 a 458) hacen consistir su desacuerdo con la providencia impugnada en el hecho de que la solicitud de suspensión provisional no cumple con los requisitos del artículo 152 del C.C.A. , ya que no determina con exactitud cuál es el motivo de la violación, simplemente se mencionan las normas violadas.

Además, agrega el Sindicato, se debe declarar la nulidad de todo lo actuado, incluyendo el auto admisorio de la demanda, por indebida representación de la entidad demandante. (fls.457).

Por su parte, el Doctor Pablo Emilio Torres Muñoz (fls. 428 a 431) ataca el auto admisorio de la demanda, expresando que " la demanda carece de los requisitos y formalidades exigidos por la ley " ya que no designe correctamente a las partes, porque no se expresa quién actúa como demandante; también que el municipio no está representado en la forma debida ya que el abogado debe actuar con poder expreso o por manisfestación expresa del representante legal al momento de la notificación del auto admisorio de la demanda, además argumenta el Doctor Torres, que hay " ausencia de presupuestos para decretar la suspensión provisional " en la medida que las " normas citadas como violadas de manera ostensible y manifiesta para justificar la suspensión provisional del acto acusado, no tienen esas características ".

Procede la Sala a decidir mediante estas

CONSIDERACIONES :

La inconformidad de los apelantes se puede resumir en los siguientes puntos:

a) La demanda no cumple con los requisitos legales;

b) Debe declararse la nulidad de todo lo actuado por indebida representación del demandante;

c) No existe la contradicción manifiesta de normas superiores a decretar la suspensión provisional y no se expresó suficientemente el concepto de la violación.

La Sala no analizara los argumentos encaminados a impugnar el auto de 16 de enero de 1991 en cuanto por él admite la demandada, puesto que el Consejo de Estado, unicamente tiene competencia para pronunciarse sobre la suspensión provisional. Entre los autos apelables en esta jurisdicción no se encuentra el admisorio de la demanda sino el admisorio al artículo 181 del C.C.A.

Tampoco atenderá la petición de nulidad de todo lo actuado, porque ese es un incidente que debe plantearse ante el Juez del conocimiento.

La competencia del Consejo de Estado, se repite, está circunscrita al conocimiento del auto en cuanto resolvió sobre la suspensión provisional solicitada en la demanda.

El argumento principal que se esgrime contra el decreto de esa medida provisional es, de una parte, que no fue suficientemente explícito el concepto de la violación de las normas indicadas en el libelo y por tanto no se cumple con las exigencias del artículo 152 del C.C.A. ; y de otra, que no es flagrante esa violación.

La Sala encuentra que sí debidamente sustentada la petición se suspensión provisional, y que precisamente por ser flagrante la infracción de las normas constitucionales citadas, no eran necesarios extensos razonamientos para demostrarla.

En efecto en el artículo 76 ordinales 9° y 10° de la anterior Constitución, la materia relativa a prestaciones sociales estaba reservada exclusivamente a la ley, como en innumerables ocasiones lo ha dicho esta Corporación y se les lee la sentencia citada en el libelo de demandada. De consiguiente, los Concejos Municipales carecen de competencia para regular lo relacionado con prestaciones sociales, cualesquiea que ellas sean. Es así como dentro de las atribuciones que las confería el artículo 197 de la C. N. no estaba esa.

El nuevo ordenamiento constitucional tampoco atribuye competencia en esa materia a los Concejos. Por el contrario, en su artículo 150 numeral 19 literal f) prevé la expedicióin de leyes marco, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para regular el régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos. Y expresamente agrega el literal f) " Estas funciones en lo pertinente prestaciones sociales son indelegables en las Corporaciones públicas territoriales y éstas no podrán arrogárselas".

En este orden de ideas es preciso concluir que, de acuerdo con el ordenamiento constitucional citado en la demanda, no tenía el Concejo Municipal de Armenia facultad para otorgar ninguna prestación social extralegal a los empleados públicos al servicio del muncicipio, ni la tiene con la Constitución Vigente.

Así las cosas, para apreciar la violación, no era necesario establecer cuáles son las prestaciones extralegales que el artículo 4° acusado les concede, porque el Concejo carece totalmente de competencia en esa materia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Cotencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE :

Confírmase el auto proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío el 16 de enero de 1991, mediante el cual se decretó la suspensión provisional del artículo 4 del Acuerdo 027 de 1969 expedido por el Concejo Municipal de Armenia.

En firme la presente providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Aprobado por la Sala en sesión de 11 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ASIGNACION DE RETIRO

La asignación de retiro constituye un derecho derivado de haber completado, el militar, el tiempo de servicio necesario para tener derecho a ella; y en este caso, también le conceden los tres meses de alta para la formación de su hoja de servicios.
La ley no permite contemplar los 15 años de servicios con los tres meses de alta. Lo que ocurre es, que si el militar ha servido 15 años, tiene derecho a asignación de retiro y como consecuencia de ello, a la concesión de tres meses de alta mientras la Caja de Retiro le otorgue esa prestación, durante los cuales se considera que continúa en servicio activo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente : *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia : Expediente N° 2507. Actor : Antenor Omar Lizcano Villalba. Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Antenor Omar Lizcano Villalba contra la sentencia de 5 de diciembre de 1985, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá.

ANTECEDENTES

Ante el Tribunal el actor solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 0015 y 705 de 17 de enero y 21 de marzo de 1983, de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y el Ministerio de Defensa Nacional, respectivamente, la formación y expedición de su hoja de servicios militares incluyendo el término de tres meses de

alta, la reducción de cada anualidad de 365 a 360 días y el reconocimiento y pago de una asignación de retiro del 70% de los haberes de su grado de Sargento 2°, desde el 17 de septiembre de 1971 fecha de su baja fiscal con sanción por mora a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares de acuerdo con lo previsto en elartículo 8° de la Ley 10 de 1972 (fls.36 y 37).

LA SENTENCIA APELADA.

El Tribunal del conocimiento, en sentencia de 5 de diciembre de 1986, negó las súplicas de la demanda, al considerar que habiéndose retirado el actor por sanción disciplinaria el 16 de mayo de 1971, a su caso era aplicable el Decreto 30971 de 1968 y no el Decreto 2337 de 1971, puesto que este empezó a regir el 1° de enero de 1972, según reza el artículo 192, por lo cual no resulta vulnerado por los actos acusados.

Advierte además el *a-quo,* que al actor no le fue reconocida la asignación de retiro por no haber cumplido 15 años el servicio del Ejército, término al cual se refiere el Decreto 3071 de 1968 y no porque su retiro se debiera a sanción disciplinaria. Que la gracia de los tres (3) meses de alta se les concede a los Oficiales y Suboficiales con derecho a asignación de retiro por haber cumplido quince (15) años de servicio activo o veinte (20) años según el caso y sean retirados del Ejército, pero ello no significa como lo insinúa el accionante que los tres (3) meses de alta se debe sumar al tiempo de servicio activo para completar 15 años para acceder a la petición de retiro.

En cuanto hace a la reclamación sobre la contabilización del tiempo laborado con sujeción a la diferencia del año laboral, el Tribunal advirtió que para la fecha en que el Decreto 2337 de 1971 entró a regir, ya la situación de retiro del accionante se había preducido, por lo cual no le era aplicable; pero que aún sumándole los 75 días que solicita con base en tal diferencia, no alcanzaría a completar los 15 años de servicio a las Fuerzas Militares, requeridos para el reconocimiento de asignación de retiro, teniendo en cuenta que en este caso no operaría la aproximación de fracciones mayores de seis (6) meses a un año completo, por cuanto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120 del Decreto 3071 de 1968, tal aproximación sólo es pertinente para efectos de cesantía, pero no para las demás prestaciones sociales.

ARGUMENTO DEL RECURRENTE

Se afirma que en la hoja de servicios del demandante no se incluyó la resolución del año laboral a razón de 360 días, lo que tampoco se hizo en el fallo recurrido, al igual que se dejaron de computar los tres meses de alta, lapsos que sumados al tiempo anterior, sobrepasan el tiempo mínimo para gozar de la asignación de retiro. Asimismo, no se ordenó computar el tiempo doble a que se refieren los Decretos 10 y 20 de 1961 (a meses, veinte días), 590 y 738 de 1970 (23 días) y 1128 de 1970 y 2201 de 1971 (3 meses, 23 días), para un total de tiempo dejado de computar de siete (7) meses, seis (6) días, lo que contraviene el artículo 120 , parágrafo 1° y el artículo 158 del Decreto 3071 de 1968.

De otra parte, el recurrente afirma que si bien en lo relacionado con la reducción del año laboral a 360 días se invocó el Decreto 2337 de 1971, ello se hizo porque en su sentir alcanza retrospectivamente la liquidación del accionante por tratarse de una norma de aplicación inmediata. Pero que es régimen de favorabilidad existe desde la vigencia del Decreto 429 de 1952, publicado en el Diario Oficial N° 27866 de 29 de marzo de ese año.

Y concluye :

" El quebrantó de la ley es pues equivalente (sic), tanto en lo que concierne a la omisión de incluir lapsos dobles de tiempo, como de no aplicar el artículo 2° del decreto 429/52, para la conversión del año de 365 días o 360 días.

Se ha violado además por esta omisión, como por tal interpretación errónea de la ley, el artículo 169 de la Constitución, privándolo del derecho a asignación de retiro". (Fl. 297).

Dice igualmente el apelante, que en la sentencia se dejó de aplicar el artículo 8° del Decreto 230 de 1952, que dispone que los tres meses de alta para la formación de la hoja de servicio del personal militar, deberán computarse, excepto en los casos de muerte.

Aduce luego que la aplicación retrospectiva del Decreto 2337 de 1971 que entró a regir el 3 de diciembre de 197, en concordancia con el artículo 15 del decreto 1305 de 1975, es viable como lo dispone el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque se trata de una relación laboral disciplinaria, que permite la favorabilidad de la ley penal disciplinaria.

Finalmente el recurrente afirma :

" Pero es más, como la regla de los tres meses de alta se da en el artículo 113 del decreto 3071/68, y la penalidad accesoria disciplinaria que contenían los artículos 125, 126, 127, 128 quedó abolida por el artículo 12 de la ley 16 de 1959, y reiterada por el artículo 130 del decreto ley 130/71, y 15 del decreto ley 130/75 es obvio que los tres meses deben darse, porque alcanza con ellos el término mínimo de tiempo de servicio, como así lo ha entendido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado en las sentencias del 06 de diciembre de 1980 en demanda de Carlos Rafael Gómez Molina, del 12 de noviembre de 1980 en demanda de Jorge Arturo Portillo, del 12 rectifico del 20 de noviembre de 1976 en demanda de Miguel W. Díaz, del 03 de febrero de 1979 en demanda de Rafael González Salcedo; del 03 de febrero de 1975 en demanda de Clímaco Antonio Briceño Guantiva ". (fl.298).

CONCEPTO FISCAL

A su turno la Agencia del Ministerio Público en su concepto de fondo, solicita se confirme la sentencia impugnada.

Procede la Sala a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Del libelo demandatorio y del escrito mediante el cual se complementó, obrantes a folios 3 a 6 y 36 a 39, se desprende que los puntos por dilucidar son los siguientes :

1).- Si en la liquidación de tiempo de servicio del Ejército Nacional deben incluirse los tres meses de alta que el ordenamiento jurídico permite cuando se procede a la formación de hoja de servicios militares.

2).- Si de acuerdo con lo previsto en el artículo 6° del Decreto 992 de 1967, debe contabilizarse el tiempo de servicio del actor a razón de 300 días por año, 30 días por mes y el residuo, si lo huebiere, por días de servicio.

3).- Todo lo anterior, con el fin de que le sea ordenado el reconocimiento de asignación de retiro.

No planteó la liquidación de tiempos dobles que mencionan en la sustentación del recurso de apelación y por tanto este aspecto no será estudiado.

De acuerdo co el artículo 112 del Decreto 3071 de 1968, vigente cuando se produjo el retiro del actor, los Oficiales y Suboficiales que sean retirados del servicio activo después de 15 años por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza, según el caso, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por incapacidad relativa y permanente, por incapacidad profesional o por conducta deficiente, o a solicitud propia después de los 20 años, tendrá derecho a partir de la fecha en que terminen los tres meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro cuyo monto se determinará de la manera allí señalada.

Por su parte en el artículo 113 el mismo estatuto disponia que los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean pasados a la situación de retiro temporal o absoluto y *tengan derecho a la asignación de retiro,* indemnización o pensión, continuarán dados de alta en la respectiva Contaduría por tres (3) meses, a partir de la fecha en que se causa la novedad de retiro y recibirán durante este tiempo los haberes de actividad.

Surge entonces en forma y diáfana que la asignación de rertiro constituye un derecho derivado de haber completado el militar el tiempo de servicio para tener a ella; y en ese caso, también le conceden los tres meses de alta para la formación de su hoja de servicios. No a la inversa como se pretende en el libelo. Es decir, la ley no permite contemplar los 15 años de servicio con los tres meses de alta. Lo que ocurre es, que si el militar ha servido 15 años, tiene derecho a asignación de retiro, y como consecuencia de ello, a la concesión de tres meses de alta mientras la Caja

de Retiro le otorga esa prestación, durante los cuales se considera que continúa en servicio activo.

Así lo expresó esta Sala en reciente sentencia de 10 de mayo de 1991, con ponencia del Consejero doctor Joaquín Barreto Ruiz, en la cual se dijo :

> ' Un nuevo estudio del asunto ha llevado a la Sala a concluir, con apoyo en los artículos 119 y 120 del mencionado decreto extraordinario (2337 de 1971), que los 3 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 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 '.

En lo atinente a la reclamación del demandante en el sentido de que la liquidación del tiempo de servicios a las Fuerzas Militares debió efectuarse teniendo en cuenta cada año de 360 días, cada mes como de 30 días y el residuo, si lo hubiere en días de servicio, la Sala observa que contrariamente a lo aseverado por el Tribunal, el accionante no fundamentó su petición en lo normado sobre el particular en el Decreto 2337 de 1971, sino en el artículo 6° del Decreto 992 de 1967, disposición que a diferencia del estatuto primeramente mencionado si se hallaba vigente cuando el actor fue retirado del servicio (16 de mayo de 1971) y que consagra que en la hoja de servicios militares, al terminar la anotación del tiempo doble debe hacerse la suma de los años, meses y días, para lo cual se computarán trescientos sesenta días por año, treinta (30) días por mes y el residuo, en caso de existir, por días de servicios.

Sin embargo, aunque así se haga la liquidación de su tiempo, no contempla 15 años de servicio, como se observa en la que aparece al folio 208 que arroja un total de 14 años, 8 meses y 12 días, resultantes de sumarla a la inicial 72 días por año laboral.

En este orden de ideas habida consideración que el tiempo total de servicio del actor a las Fuerzas Militares no alcanza a los 15 años, pues no es viable adicionar al tiempo anteriormente liquidado los tres meses de alta, se tiene que al demandante no le asiste el derecho a disfrutar de la asignación de retiro que reclama y consiguientemente, los actos administrados demandados se ajustan a derecho.

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 autoridad de la ley,

F A L L A :

1.- Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá el 5 de diciembre de 1986, dentro del proceso iniciado por el señor Antenor Omar Lizcano Villalba.

2.- Reconócese como apoderada de la Nación - Ministerio de Defensa Nacion- a la doctora Luz Marina Gil de García, en los términos y para los efectos el memorial de sustitución obrante a folio 332.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 18 de Septimbre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Guillermo López Guerra, Conjuez; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES-Improcedencia.

No es de recibo en la jurisdicción-administrativa declarar indebida acumulación de acciones que conduzcan a fallo inhibitorio, pues sólo procedería la indebida acumulación de pretensiones en los casos en que no se dan los requisitos enumerados en el artículo 82 del C.P.C.

PROCESO DISCIPLINARIO/ SUSPENSION/ SUPRESION DEL CARGO

Al actor no se le impuso ninguna sanción disciplinaria como consecuencia del proceso disciplinario y por consiguiente, al vencimiento del término de los sesenta días de suspensión provisional, en el ejercicio del cargo, tenía derecho a reincorporarse al empleo y al reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al citado período. El Contralor General de la República para tomar la determinación de suprimir provisionalmente el cargo de inspector de su despacho, con base en la existencia de un proceso disciplinario, adelantado a su titular, excedía las facultades de que lo investía la ley.

PROCESO DISCIPLINARIO/ INSUBSISTENCIA

La existencia de un proceso disciplinario no confiere estabilidad en el cargo, y por lo mismo, no inhibe al nominador la facultad de ejercitar la libre remoción e la cual sea titular.
(Reiteración sentencia 23 -03-90 exp. 20-04-91- exp. 798).

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/ LEGITIMACION PROCESAL

Respecto a la excepción propuesta, que no se demandó a la Nación, sino directamente a la Contraloría, carente de personería jurídica, la Sala dirá que cabe la interpretación del libelo, por cuanto se demandaron los actos de dicha entidad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.-Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente : Doctor Diego Younes Moreno.

Referencia : Expediente N° 1085. Actor : Rodrigo Mosquera García. Autoridades Nacionales.

RODRIGO MOSQUERA GARCIA, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 381 y 885 de 1976 mediante las cuales el Contralor General de la República, ordenó la apertura de una investigación disciplinaria y dispuso la suspensión en el ejercicio del cargo al actor. Solicita además la nulidad de los siguientes actos administrativos : a) De la Resolución 1552 de 1976, con la cual designa el reemplazo en el cargo que él desempeñaba y el cual fue previsto a pesar de haber sido suprimido provisionalmente. c) De los oficios sin número de fechas 4 de febrero de 1976, según el cual se le comunica la suspensión del cargo en forma indefinida y de 6 de abril de 1976, que niega la reincorporación al cargo, luego de venderse el término de 60 días de suspensión, sin definición del proceso disciplinario, así como del oficio que ratifica la negativa del anterior, suscritos así :

El primero por el Jefe de la División de Personal y los dos últimos por el asistente del Contralor General y el Jefe inmediato del demandante.

Corregida la demanda el actor solicita además, la nulidad de las siguientes resoluciones : a) De la N° 2001 de 28 de mayo de 1976, con la cual declara insubsistente su nombramiento y b) De la N° 2086 de 28 de mayo 1976, la cual resuelve no aceptar la acusación del actor, respecto del investigador.

Como hechos en que se fundamenta su petición, expresa que el Contralor General de la República, el 3 de febrero de 1976, ordenó la apertura de una investigación disciplinaria, con suspensión del ejercicio de sus funciones y vencidos los sesenta días sin que se hubiere tomado una decisión al respecto, se reintegró al servicio, pero mediante oficio recibido el 07 de abril de 1976, del Asistente del Contralor se le manifiesta que no es posible su reintegro, hasta tanto no se decida un incidente propuesto contra el investigador.

Agrega que posteriormente, el 12 de abril de 1976, el Contralor General suprimió provisionalmente el empleo del cual era titular, con el propósito de deliberado de invalidar su reintegro, culminando esa serie de hechos concatenados con la declaratoria de insubsistencia del empleo del cual era titular, con fecha 28 de mayo de 1976.

Como disposiciones violadas cita los siguientes artículos 2°, 17, 20, 26, 30, y 60 de la C. N. 41 de la ley 20 de 1975, 24 del Decreto 2733 de 1959, decreto 1950

de 1973, literal a) del artículo 8°, capítulo III de la resolución orgánica N° 14 de 1966 y resolución orgánica N° 5984 de 1975.

Reconstruido el proceso, de acuerdo con lo prescrito por el Decreto 3825 de 1985, no hay constancia de que la Contraloría General haya impugnado la demanda, salvo la oposición a las pretensiones de la demanda en la etapa de reconstrucciíon del proceso.

La Fiscal Quinto ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, solicita se despachen favorablemente las peticiones del actor pues los actos atacados "deben ser anulados ya que forman parte de una cadena de irregularidades en contra de un funcionario a quien no se le respetaron los mínimos derechos que le otorga la ley". Sin embargo, aclara que en relación con las resoluciones 381 de 3 de febrero y 885 de 5 de marzo ambas de 1976, el fallo debe " ser inhibitorio pues tales actos ya no tienen vida jurídica por haber revocación directa ".

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia, se declaró inhibido para fallar, por ineptitud de la demanda a causa de indebida acumulación de acciones, por cuanto el actor, acumuló la acción plena jurisdicción, en procura del reintegro a la entidad con la acción electoral, atacando el nombramiento de su reemplazo, el Dr. ROBERTO PALACINO, en el empleo del cual era titular.

Apelada la sentencia, el actor en el término para alegar de conclusión sus pretensiones y, en especial, señala que no le asiste razón al Tribunal en cuanto a que la demanda acumuló indebidamente las acciones de plena jurisdicción y electoral, pues era válido que en la misma demanda se ataca, tanto el acto de su retiro como el de la designación de su reemplazo, por cuanto estos actos, así como los actos acusados, constituyen una cadena indisoluble " que afectaron la relación laboral de un mismo funcionario, para quien se ha venido pidiendo el reconocimiento pleno de las prerrogativas inherentes a la acción de plena jurisdicción. "

Apoya en general sus peticiones, con la transgresión del alegato de la Fiscal del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, conceptúa que no habiéndose notificado el auto admisorio de la demanda al Señor ROBERTO PALACINO, funcionario que reemplazó originalmente al actor, persona interesada en las resultas del juicio, se produjo una causal de nulidad del proceso, la cual si no se estima que debe decretarse, solicita se revoque la providencia apelada y en su lugar, pronunciamiento inhibitorio en cuanto a las resoluciones Nos. 00381 de 3 de febrero de 1976 y 00885 de 5 de marzo del mismo año, y la prosperidad de las demás súplicas de la demanda.

En la etapa de reconstrucción del proceso, la Contraloría General de la República intervino y solicitó se desestimaran la pretensiones del actor, por cuanto a su juicio, el expediente no se reconstruyó totalmente, debido a que no se pudo establecer la fecha de presentación del recurso de apelación de la sentencia y la

demanda no se dirigió contra la Nación, sino unicamente contra la Contraloría General, organismo que carece de personería jurídica.

Solicita por consiguiente, se confirme la sentencia apelada.

Para resolver se considera :

1) El actor ataca seis actuaciomes administrativas de la Contraloría General de la República, a saber : a) Apertura de la investigación disciplinaria y suspensión en el empleo del cual era titular (Resolución N° 381 de 3 de febrero de 1976 y 885 de 5 de marzo de 1976). b) Nombramiento del Señor ROBERTO PALACINO, quien reemplazó al actor (Resolución 1469 de 1976). c) Supresión provisional del cargo del cual era titular (Resolución 1522 de 12 de abril de 1976). d) Oficios sin número, de fechas 4 de febrero y 6 de abril de 1976, mediante los cuales fue suspendido, una vez vencieron los término legales de suspensión provisional por causa disciplinaria, sin haberse fallado el proceso disciplinario. e) Declaratoria de insubsistencia del empleo del actor como Inspector General de la Contraloría (Resolución 2001 de 28 de mayo de 1976) y f) Resolución que falla negativamente la recusación contra el investigador de la conducta del actor (Resolución 2066 de 28 de mayo de 1976.)

2) De los actos acusados, no aparecen en el expediente reconstruído, copias de los oficios que niegan al actor el derecho de reincorporarse al cargo, y de la resolución de nombramiento del Sr. ROBERTO PALACINO BORDON.

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Administrativo hace referencia a ellos, ubicando los primeros en los folios uno, dos y tres del cuaderno oficial, y al tercero, en el folio 25 (56).

3) Respecto de la excepción propuesta por la Contraloría General de la Repúblcia, y solamente con oportunidad del alegato de conclusión, en la etapa de reconstrucción, y relativa a que no se demandó a la Nación, sino directamente a dicho organismo, carente de personería jurídica, la Sala dirá que cabe la interpretación del libelo, por cuanto se demandaron los actos de la Contraloría General de la República, y por lo tanto no prospera la excepción.

Dijo, en efecto, esta misma Sección que :

" . . . en derecho contencioso- administrativo, cuyo objeto jurisdiccional es juzgar actos de las entidades públicas " (art. 82 del actual C.C.A.), no ha de tomarse con tanta rigidez lo de " designación designación de las partes " que indica el citado artículo 137 ibídem (Decreto Ley 01 de 1984). Si se demanda la nulidad de un acto dictado por el Servicio Seccional de Salud o por el Servicio Nacional de Salud, cuya ubicación no es fácil dentro del organigrama jerárquico que se ha establecido respecto a los mismos para efectos de su funcionamiento y su engranaje funcional y administrativo, ha de entenderse que la persona jurídica demandada es el Departamento del caso o la Nación, como lo hizo el demandante del evento *sub-*

lite". (Consejero Ponente Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA, Expediente N° 2504)

4) La investigación disciplinaria tuvo origen, en virtud de que el actor fue designado para practicar una visita a la Corporación Financiera del Transporte, durante el año de 1975 con el objeto de examinar la viabilidad de una negociación entre la Corporación y la *Packard International Inc.* de los E.E.U.U. De esta transacción comercial que se efectuó, surgió el comentario de que el demandante, había recibido un cheque por valor de ocho mil dólares ($ 8.000) como consecuencia de su intervención, lo cual originó la iniciación del proceso disciplinario que se acusa, y la investigación penal que a solicitud del actor se realizó ante el Juzgado Superior de Bogotá (Fl.94).

5) Obran copia en los autos de que el actor formuló denuncia penal por falsedad, y de que la parte civil en el proceso respectivo, solicitó llamar a indagatoria a PALACINO BORDON y al propio Contralor General de la República de la época. El juzgado de instancia, decretó la nulidad de lo actuado, considerando que mientras existiera una investigación administrativa, no podía adelantarse la penal. El Tribunal Superior de Bogotá , revocó esa nulidad y ordenó proseguir la investigación sobre la base de la autonomía de las dos investigaciones, la disciplinaria y la penal. No hay documento adicional alguno que permita inferir qué resultado final tuvo esa investigación.

6) De la lectura de la demanda, se desprende que para decidir jurisdiccidad de los actos acusados, sobre apertura del proceso disciplinario, suspensión provicional del ejercicio de funciones, supresion del empleo e insubsistencia del nombramiento del actor, no se requiere de la competencia del señor ROBERTO PALACINO B. al proceso, y por consiguiente, la falta de notificación de la demanda a dicho ciudadano no puede conducir a la nulidad del proceso cuya relación se trabó, oportunamente, con la Contraloría General de la República.

La ausencia de notificación de la demanda al Sr. ROBERTO PALACINO incide directamente en el juzgamiento del acto de su nombramiento, motivo por el cual, no podrá decidirse sobre la nulidad de este acto administrativo, debido a que no se conformó adecuadamente la parte Procesal, pero sin que incida en la integración procesal del demandante con la Contraloría General, como antes se anotó.

Por este motivo no se considera que la falta de notificación de la demanda al Señor ROBERTO PALACINO B. pueda acarrear la nulidad del proceso como lo planteó la Fiscalía.

En la misma forma, debe señalarse que el actor bien podía demandar en ejercicio de la llamada de plena jurisdicción, hoy de nulidad y restablecimiento del derecho, los actos a que se ha hecho mención, y a su vez pedir la nulidad del nombramiento de quien lo reemplazó, sin que dicha petición conllevara a una indebida acumulación de acciones.

Reiteradamente la Sala ha expresado que, no es de recibo en esta jurisdicción, declarar indebida acumulación de acciones que conduzcan a fallo inhibitorio, pues sólo procedería la indebida acumulación de pretensiones, en los casos en que no se dan los requisitos enumerados en el artículo 82 del C.P.C. , lo cual no ocurre tampoco en el presente caso (Sentencia Sección Segunda de 20 de junio de 1991, Expediente 828 y 756 de 1991).

Por estos motivos se revocará la sentencia apelada y se decidirán en el fondo, las peticiones del actor.

7) Las Resoluciones 00381 de 3 de febrero de 1976 y 00885 de 1976 mediante las cuales se ordenó la investigación disciplinaria y se suspendió al actor en el ejercicio de sus funciones, así como la Resolución N° 02086 de 1976, que definió la recusación del investigador, consituye típicos actos de trámite, integrantes de una secuencia administrativa, la cual debía culminar normalmente con un acto definitivo.

En la legislación actual los actos de trámite, por su naturaleza, finalidad y contenido, tampoco son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues según el artículo 135 del Decreto 01 de 1984, modificado por el Decreto 2304 de 1989, para que sea posible acudir en demanda ante esta jurisdicción, es preciso que el acto " ponga término a un proceso administrativo. "El artículo 82 de la ley 1677 de 1941, condicionaba la viabilidad de la demanda de un acto de trámite, sólo éste decidiera directa o indirectamente el fondo del asunto, lo cual no ocurre en el presente caso.

Por consiguiente, el ataque que el actor hace a las citadas resoluciones no está llamado a prosperar. El acto administrativo enjuiciable, sería la resolución N° 6219 de 9 de noviembre de 1978, mediante la cual se revocaron estas resoluciones, pero en este proceso no fue demandada.

8) Como el acto expresa que fue suspendido indefinidamente, debe señalarse que la suspensión en el ejercicio de las funciones en el empleo, que decretó la resolución N° 381 de 1976, fue provisional, según el texto literal del acto acusado.

Sin embargo, como la resolución expresó que la suspensión se cumpliría por el término que fuera necesario, debe entenderse que se extendía como máximo, la de sesenta días, conforme a la norma en que se sustentaba, estos es, en el artículo 158 del Decreto 1950 de 1973, aplicable al caso, por cuanto mediante Resolución Orgánica 06131 de mayo de 1976 se adoptó para la máxima entidad de control fiscal, " el procedimiento contemplado en el decreto N° 1950 de 1973 " y considerando que el Decreto ley 937 de 1976, tan sólo se expidió hasta el 12 de mayo de dicho año. Dice así esa disposición :

> " En los casos de suspensión por más de diez (10) días y de destitución en que sea necesaria investigación previa, el Jefe del respectivo organismo puede relevar al empleado de sus funciones suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a sueldo, mediante una resolución expedida de plano que

tendrá vigencia inmediata y cuyos efectos se prolongarán mientras se surten los procedimientos disciplinarios, pero en ningún caso podrá ser superior a sesenta (60) días, vencidos los cuales, sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse a su cargo y al reconocimiento y pago de la remuneración correspondiente a este período." (se subraya)

Por su tenor literal, no puede concluirse que dicha resolución hubiera efectuado una suspensión sin límite en el tiempo, ya que no se trataría de una suspensión, sino un retiro definitivo del servicio. Así lo entendió el actor y de ahí porqué, al vencerse el término de los sesenta días de suspensión preventiva, sin que se le fijara sanción alguna, se presentó a la Contraloría a desempeñar sus funciones.

Por este aspecto, no prospera el cargo contra la resolución N° 381 de 1976.

9) Examinado el proceso, se concluye que el actor, no se le impuso ninguna sanción disciplinaria, como consecuencia del proceso disciplinario iniciado con base en la Resolución N° 381 de 1976 y por consiguiente, al vencimiento del término de los sesenta días de suspensión provisional, en el ejercicio del cargo, el demandante tenía derecho a reincorporarse al empleo, y al reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al citado período. Textualmente dice el artículo 159 del Decreto 1950 de 1973 :

" Si la suspensión que le imponga fuere inferior al tiempo durante el cual estuvo suspendido provisionalmente, o se aplique una sanción de amonestación, multa, o si hubiere lugar a sanción el funcionario tendrá derecho al reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al período que exceda el tiempo señalado en la sanción y a reincorporarse de inmediato al cargo. "

Este derecho le fue vulnerado al actor, según consta en el expediente, en virtud de la determinación de la Constitución General de la República, con base en los oficios de los días 3 de febrero, 6 y 13 de abril de 1976, suscritos, el primero por el Jefe de la División de Personal, en desarrollo de la autorización del Contralor General de la República, conforme a la delegación prevista en el artículo primero de la Resolución 885 de 1976, y los dos últimos, por el Asistente del Contralor, reiterando el primero.

Por consiguiente, el Contralor General de la República, violó ostensiblemente el artículo 159 del Decreto 1950 de 1973 y por este motivo, el ataque que el actor hace a estos oficios, está llamado a prosperar.

10) El demandante solicita la nulidad de la Resolución N° 1552 del día 12 de abril de 1976, cuyo texto es el siguiente :

RESOLUCION NUMERO 01552

Por la cual se suprime provisionalmente un cargo

EL CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, y en especial de las que le confiere el artículo 66 de la Ley 20/75

RESUELVE :

ARTICULO 1.- Suprímese provisionalmente, y hasta la fecha en que pronuncie fallo definitivo la Oficina de QUEJAS Y RECLAMOS de la CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA, en la Investigación y Proceso Disciplinario de que trata las Resoluciones Nos. 00381 y 00885/76, el cargo de INSPECTOR GENERAL DEL DESPACHO que venía ejerciendo el señor RODRIGO MOSQUERA GARCIA.

ARTICULO 2.- La presente Resolución surte efectos legales y fiscales con retroactividad al día primero (1) de Abril del corriente año.

COMUNIQUESE Y CUMPLASE.-

Dada en Bogotá , D.E. , a 12 de Abril de 1976.

FIRMA

ANIBAL MARTINEZ ZULETA

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

ROMULO PERDOMO MEDINA

SECRETARIO GENERAL

El artículo 66 de la ley 20 de 1975, invocado por la resolución, preceptúa :

" Artículo 66. Mientras la ley crea los cargos de su dependencia, el Contralor queda autorizado para suprimir, refundir y fijar las asignaciones de los empleos existentes en 31 de marzo de 1975, todo en estricta sujeción a las apropiaciones presupuestales. "

Comparando el texto del artículo 66 de la ley 20 de 1975, con la resolución acusada, se observa que el Contralor General de la República, para tomar la determinación de suprimir provisionalmente el cargo de Inspector General de su despacho, con base en la existencia de un proceso disciplinario, adelantado a su titular, excedía las facultades de que lo investía dicha disposición legal, y por consiguiente el acto administrativo acusado, violó además del artículo transcrito,

el artículo 60 de la anterior C.N. , y por eso esta llamado a prosperar el cargo que al respecto efectúa el demandante.

11) Finalmente, el actor ataca la Resolución N° 2001 del día 28 de mayo de 1976, mediante la cual el Contralor General de la República, declaró insubsistente su nombramiento, como Inspector del Despacho del Contralor.

Examinada la Resolución acusada, se observa que se dictó con base en la facultad discrecional de que esta investido el Contralor General de la República y que el acto carece de motivación alguna.

No aparece constancia en el expediente, de que el demandante estuviera amparado por la estabilidad laboral que confiere la carrera administrativa, y por consiguiente, el acto no violó ninguna disposición legal sobre estabilidad laboral, de una parte, y de la otra, la Sala reiteradamente ha expresado, que la existencia de un proceso disciplinario no confiere al empleado estabilidad en el cargo, y por lo mismo, no inhibe al nominador la facultad de ejercitar la libre remoción de la cual sea titular.

La argumentación de los memoriales del apoderado del actor, está dirigida fundamentalmente contra el manejo que le dió la Contraloría al aspecto disciplinario, tales como la aceptación de la recusación del investigador por parte del actor, la clasificación de retaliación que se le da a la conducta del investigador, a quien también tilda de protervo, el extenso comentario que se hace a las regulaciones de los aspectos disciplinarios que prescribe el Decreto 1950 de 1973, violaciones de la no formulación de cargos, la negación de su reintegro no obstante el vencimiento de la suspensión, y la circunstancia de que no ha debido usarse la insubsistencia sino la destitución, permite concluir que se dirigió el ataque contra el aspecto disciplinario y no propiamente contra el acto de declaratoria de insubsistencia.

Lo mismo se aprecia en el alegato de apelación, de junio 20 de 1983, en el cual se sustenta la apelación, que si bien se refiere a los atropellos cometidos contra el actor, no estructura tampoco un ataque de desviación de poder contra la resolución que declaró la insubsistencia del actor, o dicho de otra manera, este se fundó solamente en los actos previos.

En alegato recibió en el Tribunal el 22 de mayo de 1981, se da cuenta de que las resoluciones 381 y 885, que ordena la investigación y la suspensión fueron invocadas por la propia Contraloría mediante Resolución 6219 de noviembre 8 de 1978. Esto se confirma en el alegato de apelación, en el cual se afirma que esta revocatoria se sucedió a petición del actor.

De otra parte, la resolución que declaró insubsistente el nombramiento del actor, goza de presunción de legalidad, no fue frontalmente atacada, como sí lo fueron los actos disciplinarios, y por lo tanto aquella no se ha desvirtuado.

Aclara la Sala que acoge el concepto del Fiscal , en el sentido de que no procedía la declaratoria de insubsistencia del actor, estando pendiente un procedimiento disciplinario, por las siguientes razones :

a) La existencia de un proceso disciplinario la facultad de libre nombramiento y remoción, de que están investidas las autoridades públicas máxime cuando no se probó que el actor estuviera amparado por fuero alguno. Tan sólo podía permanecer en su cargo, aún sin reunir los requisitos, por mandato de la ley 20 de 1975. La insubsistencia es una causal autónoma de retiro del servicio.

b) Tampoco sostiene la jurisdicción actual que, necesariamente, una vez iniciado el proceso disciplinario sea preciso esperar forzosamente su culminación y mientras ello no ocurra, quede suspendidas la facultad de libre nombramiento y remoción de que están investidas las autoridades nominadoras frente a empleados que no tengan a su favor fuero de estabilidad.

La jurisprudencia en esta materia ha sido reiterada. (Sentencia Sección Segunda de 23 de Marzo de 1990 Exp. 2679, Sentencia 26 de Abril/91 Exp. 748) Por el contrario, los reparos que hace la distinguida colaboradora Fiscal sobre la ilegalidad del acto administrativo de supresión del cargo, se comparten por la Sala.

12) Como el actor se le impidió la reincorporación al cargo, una vez vencieron los 60 días de suspensión provisional por adelantamiento del proceso disciplinario, sin que se le hubiera impuesto sanción alguna, y solamente fue desvinculado legalmente del organismo, hasta el día 28 de mayo de 1976, la Contraloría General de la República deberá cancelar al actor, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir durante el período de la suspensión provisional, que se prolongó hasta el día 27 de mayo de 1976, pues a partir del día 28, se produjo su retiro definitivo del servicio.

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, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

REVOCASE LA SENTENCIA APELADA Y EN SU LUGAR SE DISPONE :

1) DECLARASE LA NULIDAD DE LOS OFICIOS de fecha 4 de febrero y 6 y 13 de abril de 1976, suscritos por el Jefe de la División de Personal, el primero y por el Asistente del Contralor General de la República, los restantes, mediante los cuales se impidió reincorporar al cargo de Inspector General al Señor RODRIGO MOSQUERA GARCIA, con ocasión de la suspensión provisional ordenada mediante la resolución N° 00381 de 1976 emanada del Contralor General de la República.

2) Al demandante Señor RODRIGO MOSQUERA GARCIA, se le cancelaron los salarios, prestaciones sociales y demás derechos dejados de percibir entre la

fecha en que se produjo la suspensión del ejercicio de funciones de que trata la Resolución 381 de 1976 y el día 27 de mayo de 1976.

Al actor, RODRIGO MOSQUERA G. se le tendrá como tiempo de servicio efectivamente prestado en la Contraloría General de la República, hasta el día 27 de mayo de 1976, para todos los efectos legales.

3) Declárase la nulidad de la Resolución N° 1522 del día 12 de abril de 1976, mediante la cual el Contralor General de la República, suprimió provisionalmente el empleo de Inspector General del Despacho del Contralor.

4) Declárase inhibido para fallar en el fondo por sustracción de materia, la solicitud de nulidad de los actos de trámite disciplinarios, contenidos en las Resoluciones 381, 385 y 2086 de 3 de febrero, 5 de marzo y 28 de mayo de 1976, respectivamente, por cuanto según afirmación del actor, fueron revocadas.

5) Declárase inhibido para fallar la solicitud de nulidad de la Resolución 1496 de 1976, por cuanto el Señor ROBERTO PALACINO, no compareció al proceso.

6) Niéganse las demás suplicas de la demanda.

7) En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día once (11) de Septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Pedro Charria Angulo,* Conjuez; *Alvaro Lecompte Luna,* Conjuez; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER

En el caso *sub-lite* los elementos que estructuran la desviación de poder revelan fehacientemente, que al dictarse el acto que desvinculó al demandante de su cargo, privó un fin particular, de carácter político-partidista, puesto que tuvo origen en un pacto celebrado entre los diputados de la Asamblea como paso previo a la elección del Contralor y con el propósito de efectuar posteriormente un reparto burocrático de los empleos de esa dependencia oficial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente : *Doctor Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia : Expediente N° 3962. Actor : Guillermo Carrera Medina. Autoridades Departamentales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra la sentencias del 30 de agosto de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de dicha sección territorial, favorable a las peticiones del actor, señor Guillermo Cabrera Medina, en el proceso de restablecimiento del derecho que tuvo origen en la demanda incoada por él mediante apoderado judicial, en cual se impetra la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 1138 de 9 de agosto de 1985, expedida por el Contralor Departamental del Valle del Cauca y que como consecuencia de ello se ordene el reintegro del actor a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía desempeñando (Auditor Fiscal Grupo 1) y el pago de los salarios, cesantías y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento en que se produjo la declaratoria de insubsistencia del cargo hasta cuando sea reintegrado, así como también que se compute ese tiempo para los efectos de jubilación. Solicita además, que se condene al Departamento del

Valle del Cauca al pago tanto de intereses como la corrección monetaria correspondientes desde el momento del despido hasta la fecha en que sea reintegrado al servicio público.

En el libelo de exponen como hechos sustentatorios de la acción los que a continuación se sintetizan :

El demandante se vinculó a la Contraloría del Departamento del Valle del Cauca el 3 de julio de 1979 y cuando fue separado del servicio ocupaba el cargo de Auditor Fiscal Grupo I, con un sueldo mensual de $63.760.oo.

La Asamblea Departamental del Valle del Cauca en la sesión de 5 de octubre de 1984, eligió al doctor Adolfo Dueñas Sánchez como Contralor Departamental, para el período 1985-1987, elección que fue el resultado de una coalición de carácter político cuyos participantes fueron los diputados Alberto Murgueitio Restrepo, Aldemar Girón Romero y Alvaro Mejía López, por el partido conservador y Carlos Holmes Trujillo, Luis Fernando Londoño Capurro y Germán Romero Torreros por el partido liberal, quienes convinieron en repartir entre las respectivas corrientes políticas los empleados de la planta de personal de la Contraloría Departamental.

Fruto del mencionado convenio fue, entre otros, el acto administrativo que aquí se causa por la parte demandante.

En el libelo se invocaron como normas violadas los artículos 17, 20, 187 numerales 5° y 8°, de la Constitución Política que cesó de regir el 6 de julio de 1991, los artículos 84, inciso 3o, 85, 136, 137 y ss. del Código Contencioso Administrativo y el inciso 2° del artículo 139 del Código de Régimen Político y Municipal.

El ataque principal contra el acto acusado, se hace consistir en la desviación de poder en que se incurrió la Contraloría en su expedición, pues en concepto del accionante, la declaratoria de insubsistencia tuvo como fundamento el " pacto político " celebrado por los diputados mencionados al comprometerse a elegir al doctor Dueñas y que éste aceptó publicamente al posesionarse en el cargo de Contralor Departamental.

Asimismo, indica el actor, que hay un hecho que es demostrativo de la desviación de poder, y que consiste en que la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa adelantó un proceso disciplinario contra el doctor Dueñas en su calidad de Contralor Departamental por extralimitación de sus funciones al crear y suprimir cargos y declarar insubsistencias en esas dependencias sin tener facultad legal para ello y por haberse parcializado con el grupo político orientado por los doctores Carlos Holmes Trujillo y Luis Fernando Londoño Capurro, en razón de que para proveer los nuevos cargos, sólo tuvo en cuenta personas pertenecientes a las corrientes políticas que aquellos orientaban y, por el contrario, los cargos suprimidos o declarados insubsistentes estaban bajo el desempeño de personas adscritas al grupo político dirigido por el doctor Balcazar

Monzón (fls. 37 y 38), proceso disciplinario que culminó con la solicitud de destitución del Contralor, decisión que fue confirmada por el Procurador General de la Nación y fue efectuada por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, mediante Resolución N° 099 de 11 de noviembre de 1986, que ordenó la destitución del doctor Dueñas Sánchez del cargo de contralor general del Departamento (fls. 127-128).

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Tribunal del conocimiento, accedió a las súplicas de la demada, 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 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 impugnada la excepción que la parte demandante denominó como indebida representación del demandado, por cuanto el poder fue otorgado en legal forma y, en ejercicio del mismo, ha actuado el apoderado del señor Guillermo Cabrera Medina.

EL RECURSO :

En el escrito de sustentación del Recurso de Apelación, la parte demandada sostiene que el acto acusado fue expedido por el Contralor Departamental del Valle del Cauca en ejercicio de sus competencias administrativa, especialmente la contenida en el artículo 474 del Código de Régimen Político y Municipal que lo faculta para nombrar y remover libremente a los empleados de la entidad (fls. 170 y 171).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto manifiesta que la sentencia recurrida debe ser revocada y, en su lugar, deben denegarse las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que los móviles políticos en el caso *sub-examine* no constituyen desviación de poder, por ser actor de libre nombramiento y remoción.

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES

Anota la Sala como sostuvo el Tribunal, que la expedición propuesta por el apoderado del Departamento del Valle del Cauca no se configura . Además, la indebida representación sólo puede alegarse por la parte afectada.

El planteamiento fundamental de la demanda, acogido por el fallador de primera instancia, es la desviación de poder, generada en virtud de que la autoridad nominadora utilizó la facultad discrecional de que es titular para declarar insubsistente

los nombramientos de los empleados no inscritos en la carrera administrativa, con un fin diferente al buen servicio público.

Respecto a esta causal de anulación de los actos administativos, la jurisprudencia ha sostenido que quien la invoca debe probarla plenamente, para desvirtuar así la presunción de legalidad del acto administrativo respectivo.

En el caso *sub-lite*, en criterio de la Sala, los elementos fácticos que estructuran la desviación de poder y que llevaron al a-quo al pronunciamiento apelado, relevan fehacientemente, que al dictarse el acto que desvinculó al demandante de su cargo, privó un fin particular, de carácter política-partidista, más exactamente grupista, puesto que tuvo origen en un pacto o coalición celebrado ente los diputados de la Asamblea del Valle del Cauca, como paso previo a la elección del Contralor y con el propósito de efectuar posteriormente un reparto burocrático de los empleos de esa dependencia oficial.

Para arribar a esa conclusión el Tribunal tuvo en cuentà, especialmente, las siguientes pruebas :

- La copia del convenio a que se hizo alusión celebrado entre varios dirigentes liberales y conservadores mediante el cual se acordó un reparto burocrático en la Contraloría Departamental del Valle del Cauca (fls. 5 y 9).

- La resolución de 16 de octubre de 1986, por la cual la Procuraduría General de la Nación confirmó la Resolución #49 de 27 de diciembre de 1985 de la Procuraduría Segunda Delegada para la vigilancia administrativa, en la que se solicitó la destitución del doctor Adolfo Dueñas Sánchez como Contralor Departamento del Valle del Cauca, porque en desarrollo del aludido pacto político suprimió varios cargos y creó otros con el único fin de favorecer al grupo político orientado por los doctores Carlos Holmes Trujillo y Luis Fernando Londoño y perjudicar al " personal " del doctor Balcazar Monzón (fls.128 a 140).

- La declaración del doctor Fabio Lloreda Bonilla (fls. 106 y 107), quien en la época en que se expidió el acto acusado ocupaba el cargo de Secretario General de la Contraloría, conforme a la cual el Doctor Adolfo Dueñas Sánchez, del gurpo político del senador Trujillo, había sido elegido como Contralor, a raíz del pacto político realizado por una coalición conformada por personas pertencientes a distintos matices del partido Conservador y del partido Liberal y que dentro de esa premisa, se repartieron los cargos entre los integrantes de la coalición política artífice de la elección del Contralor.

Tales pruebas acreditan la existencia de desviación de poder en la expedición del acto demandado pues los móviles y finalidades que la autoridad nominadora tuvo en cuenta al efecto, son ajenos a la noción del buen servicio público, pues, se repite, la insubsistencia del actor se inspiró en el cumplimiento de pactos y componendas de carácter político, suscritos por quienes hicieron posible la elección del doctor Dueñas Sánchez como Contralor del Departamento del Valle del Cauca.

Lo anterior es suficiente para que la Sala, por encontrar acertada la decisión del Tribunal, la confirme, adicionándola en el sentido de que de la sumas de dinero a pagar al accionante, se descuente, lo que en el lapso, haya percibido del Tesoro Público por conceptos de orden salarial u honorarios.

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 Guillermo Cabrera Medina.

2°.- Adiciónase la referida sentencia en el sentencia de ordenar que de las sumas que se paguen al señor Cabrera Medina se descuente lo que éste hubiere percibido por concepto de sueldos u honorarios provenientes de entidades públicas, durante el mismo lapso señalado en el numeral 3° del fallo del Tribunal.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 28 de agosto de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruíz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

Págs.

A

ALBA STELLA BUITRAGO PEREZ 591
ALBERTO OSPINA CARDONA 618
ALFONSO LOPEZ VILLATE 745
ALVARO BETANCUR RAMIREZ 833
AMOCO OIL COMPANY 32
ANA GLADYS RODRIGUEZ RUBIANO 749
ANTENOR OMAR LIZCANO VILLALBA 966
ANTONIO BUSTOS ESGUERRA 59
ARCESIO CASTRO AHUMADA 580
ASOCIACION COLOMBIANA DE POLICIA EN RETIRO "ACOPORE" 538
ASOCIACION BANCARIA 118
AURA MARIA GUERRERO DE CORRALES 759

B

BANCO GANADERO 343
BERNARDO MEJIA OSORIO 798
BERTHA GIRALDO DE QUINTERO 699

C

CARLOS ALBERTO ANTE OSPINA Y OTRO 207
CARLOS D. LINERO PINZON 157
CARLOS HERNANDEZ LOPEZ 35
CARLOS RODOLFO ORTEGA MONTERO 440
CARMEN MARIA RODRIGUEZ DE NARVAEZ 754
CESAR ROLANDO MARCUCCI VERA 483
CESAR CASTRO PERDOMO 917
CESAR AUGUSTO OTALVARO SANCHEZ 507
CONSUELO MORALES MONTEJO 397
CORPORACION DE AHORRO Y VIVIENDA LAS VILLAS 150
CREACIONES ZEPPELIN LTDA. 463

D

DEPARTAMENTO DEL QUINDIO 668

E

EDGARDO MONROY VALENCIA 910
ELACIO MURILLO MOSQUERA Y OTROS 466
ELEAZAR DE JESUS AGUDELO ARANGO 415
ELIAS JAIMES CASTILLO 576, 692
ELSA VIRGINIA NIGRINIS DE ARAUJO 905
ELSA GLADYS PEÑA VDA. DE BARACALDO 951
ENRIQUE BOLIVAR QUIJANO 719
ENRIQUE A. MARTINEZ VILLAMIL 936
ERNESTO PARRA SOCHA 895

F

FINANCIERA COLPATRIA S.A. 67
FLOTA RIONEGRO LTDA. 511
FUNDICIONES TECNICAS S.A. 860

G

GABRIEL DE VEGA PINZON	458, 558
GABRIEL OSCAR ADARVE MORENO Y OTROS	715
GASEOSAS BOYACA S.A.	818, 823
GERMAN HUMBERTO RENGIFO RENGIFO	874
GERMAN CAVELIER	445, 566
GLORIA MARIA LOPEZ SANCHEZ	865
GUILLERMO GERMAN ESPINOSA H.	403
GUILLERMO CABRERA MEDINA	983
GUILLERMO SALAMANCA MOLANO	359

I

IGNACIO POMBO VILLAR	65
INES CORTES DE RODRIGUEZ Y OTROS	173
INTRA – INSTITUTO NACIONAL DE TRANSITO Y TRANSPORTE	931
INVERSIONES EN BOLSA S. C. Y OTROS	549
ISABELA PAVA RIVERA	678
IVAN RAMIRO HERNANDEZ ATEHORTUA	838

J

JAIME MONCAYO ARENAS	890
JAIRO ARBELAEZ ARIAS	792
JAIRO CALDERON GAMEZ	631
JESUS CARRILLO BALLESTEROS	532
JORGE HERNAN GIL ECHEVERRI	479, 542
JORGE CAVIEDES TORRES Y OTROS	772
JOSE RAFAEL CERVANTES ACOSTA Y OTRO	597
JOSE JAIME GAVIRIA ANGEL	422
JOSE JESUS LAVERDE OSPINA	433
JOSE IGNACIO CRUZ CRUZ	958
JOSE ROBERTO SACHICA MENDEZ Y OTROS	651

JOSE MARIA CUAQUEZ 923
JOSEPH HENRY MIGLIETTA 498
JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ 9
JUAN MANUEL ARBOLEDA PERDOMO 391
JUANA MARIA SCAFF DE SALGADO 804

L

LA NACION 140, 284, 292
LA NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 318
LA NACION – MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO 313
LA NACION – MINISTERIO DE GOBIERNO 260, 299, 303, 308, 321, 328
LA NACION – MINISTERIO DE AGRICULTURA 273
LA NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO 264, 268
LA NACION – MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE 264, 295
LA NACION – MINISTERIO DE COMUNICACIONES 254
LA NACION – MINISTERIO DE SALUD 235
LA NACION – DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION 279
LA NACION – DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA 242, 249
LA NACION – CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 940
LUIS ALBERTO MEDINA BERMUDEZ 349
LUIS EDUARDO GOMEZ GALLEGO 335
LUIS FELIPE CASTELLANOS HERNANDEZ 942
LUIS ERNESTO RUEDA 612
LUIS ALBERTO RAMIREZ GALINDO 812
LUIS ANGEL HINCAPIE ROLDAN 900
LUIS EDUARDO ADAN AREVALO 50

M

MAGDALENA OIL COMPANY 25
MANLIO LAFONT HERRERA 879
MANUEL ANTONIO VARGAS ARIAS 779
MARIA DEL PILAR GUERRERO OREJUELA Y OTRA 686
MARIA ANGELICA PULIDO 845
MARIO ALIRIO MENDEZ 408
MUNICIPIO DE ARMENIA 962
MUNICIPIO DEL LIBANO 518
MUNICIPIO DE MONTENEGRO –QUINDIO– 572

N

NAVEMAR LTDA. 89
NESTOR MARINO OSPINA LERMA 786

O

OSCAR ESPARRAGOZA URINA 584

P

PABLO SEGUNDO GALINDO NIEVES 764
PEDRO JOSE BAYTER ARENILLA 624
PEDRO LEON DIAZ SANCHEZ 738
PROMOATLANTICO – PROMOTORA DE PROYECTOS DE INVERSION DEL ATLANTICO S.A. 522

R

RAMIRO DE JESUS ANGULO M. 354
RICARDO ANIBAL GODOY SUAREZ 487, 494
ROBERTO ECHEVERRY GRISALES 113

RODRIGO MOSQUERA GARCIA 972
RUDESINDO ROJAS ROBLES Y OTRO 563

S

SALVADOR CHAVES SOLANO 723
SEGURIDAD NUTIBARA LTDA. 179
SIND. TRABAJADORES EMPRESAS PUBL. MANIZALES 197
SIND. TRABAJ. INDUSTRIA LICORERA DE BOYCA 825
SOCIEDAD CROWN LITOMETAL S.A. 177
SOCIEDAD CONAPI LTDA. 635

T

TERESA CASTRO VDA. DE RIVEROS 163

Y

YAMIL HAMEN FRAIJA 709

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A

ACCION DE TUTELA: 65, 177
ACTO ADMINISTRATIVO: 50
ACTO COMPLEJO: 35
ACTO COMPLEJO (Aclaración de voto): 48
ACTO COMPLEJO (Salvamento de voto): 44
ACTO DE AUTORIZACION: 140
ACTO DE COMERCIO (Salvamento de voto): 93
ARGUMENTO NUEVO: 67
ASOCIACION DE PROPIETARIOS – Personería Jurídica: 59

C

CADUCIDAD: 50
COADYUVANCIA – Improcedencia (Salvamento de voto): 223, 231
COLPUERTOS– Naturaleza de sus actos (Salvamento de voto): 93
COMPETENCIA: 9, 59, 113
COMPETENCIA (Salvamento de voto): 20, 93
COMPETENCIA (Aclaración de voto): 21, 22
COMUNICACION: 50
CONFLICTO DE COMPETENCIA: 59

CONTENCIOSO OBJETIVO IMPROPIO: 9
CONTRATO DE CONCESION: 206

D

DEBIDO PROCESO (Salvamento de voto): 46
DEMANDA – Inadmisión: 9
DEMANDA – Inadmisión (Aclaración de voto): 21, 22
DEMANDA – Inadmisión (Salvamento de voto): 20
DEMANDA – Interpretación (Salvamento de voto): 188
DERECHO DE DEFENSA: 150
DERECHO DE DEFENSA (Salvamento de voto): 46
DIRECCION NACIONAL DE IMPUESTOS: 113

E

EMPLEADO PUBLICO: 197
ESTABLECIMIENTO PUBLICO MUNICIPAL – Régimen de Personal: 197
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD – Improcedencia: 163
EXENCION TRIBUTARIA: 113

H

HOJA DE SERVICIOS MILITARES: 163

I

IMPUESTO DE ESPECTACULOS PUBLICOS: 113
IMPUESTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 67
INDEMNIZACION DE PERJUICIOS – Titulares: 173
INTERVENCION DE TERCEROS – Improcedencia (Salvamento de voto): 223, 231
INTERVENCION DEL ESTADO: 89, 118
INTERVENCION DEL ESTADO (Salvamento de voto): 148

J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES: 206
JURISDICCION ORDINARIA (Salvamento de voto): 93
JURISPRUDENCIA– Concepto: 25
JURISPRUDENCIA– Concepto (Salvamento de voto): 185

L

LEGITIMACION PROCESAL (Salvamento de voto): 223, 231

M

MONOPOLIO DE LOTERIAS (Salvamento de voto): 225

N

NOTIFICACION POR CONDUCTO CONCLUYENTE: 50
NULIDAD PROCESAL (Salvamento de voto): 20

P

PERIODO GRAVABLE: 67
PODER ESPECIAL: 179
PODER ESPECIAL (Salvamento de voto): 185, 188, 190, 195
POLICIA ADMINISTRATIVA: 118, 150
POLICIA ADMINISTRATIVA (Salvamento de voto): 138, 148
POLICIA ADMINISTRATIVA ECONOMICA: 89
POTESTAD REGLAMENTARIA: 206
POTESTAD REGLAMENTARIA (Salvamento de voto): 225
PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL (Aclaración de voto): 22
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS (Salvamento de voto): 185
PRUEBA RECOBRADA: 157
PUNTO NUEVO (Salvamento de voto): 82

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: 157

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA: 9

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Improcedencia: 35, 140, 163, 179, 206

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Improcedencia (Aclaración de voto): 21, 22

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Improcedencia (Salvamento de voto): 225

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia (Salvamento de voto): 188, 190, 195

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Técnica: 25, 89, 206

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Técnica (Aclaración de voto): 32, 34, 48, 110

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Técnica (Salvamento de voto): 42, 44, 46, 93, 185, 193, 231

S

SANCION POR MATRICULA EXTRAORDINARIA: 67

SUPERINTENDENCIA BANCARIA– Facultades: 118, 150

SUPERINTENDENCIA BANCARIA– Facultades (Salvamento de voto): 138, 148

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO: 59

SUSTRACCION DE MATERIA: 206

SUSTRACCION DE MATERIA (Salvamento de voto): 225

T

TARIFA: 89, 93

TASA: 89

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS: 9

TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS (Aclaración de voto): 22

TRABAJADOR OFICIAL: 197

V

VIA GUBERNATIVA– Agotamiento: 67
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento (Aclaración de voto): 87
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento (Salvamento de voto): 78, 82, 84

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

APORTES PARAFISCALES: 279

B

BIEN INMUEBLE: 295

C

CAJA DE PREVISION SOCIAL: 264
COMISION DE LA MESA: 303
CONCEJAL SUPLENTE: 321, 328
CONCEJAL– Facultades: 299
CONGRESISTA– Inhabilidades: 299
CONGRESO: 303
CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Elección: 321
CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Inhabilidades: 321
CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Período (Salvamento de voto): 321
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL: 260
CONTRATO DE ARRENDAMIENTO– Régimen aplicable: 273
CONTRATO DE COMPRAVENTA DE BIEN INMUEBLE: 264, 295
CONTRATO DE EMPRESTITO EXTERNO (Salvamento de voto): 284. 292
CONVENIO INTERNACIONAL: 254
CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE: 313

D

DIPUTADO SUPLENTE: 321, 328
DIPUTADO– Facultades: 299

E

EMPLEADO OFICIAL MUNICIPAL– Inhabilidades: 308
ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL: 308
ESCALAFON DOCENTE: 276
ESTABLECIMIENTO PUBLICO– Recursos: 318

F

FONDO DE INMUEBLES NACIONALES: 264
FONDO NACIONAL DEL AHORRO: 249
FORMACION AVANZADA– Concepto: 235
FUNCION ADMINISTRATIVA: 303
FUNCIONARIOS PUBLICOS– Inhabilidades: 308

I

I.N.S.: 235
ICETEX: 318
IDEMA: 273
IVA: 260

J

JUNTA MONETARIA: 268

O

ORDENADOR DEL GASTO: 303

P

PENSION DE JUBILACION: 313
PERIODISMO: 242
PERSONAL DOCENTE: 276
POSESION: 295
POSGRADO: 235
PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA: 242
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL: 260
PRIMA TECNICA: 235
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD: 268

R

REGIMEN CONTRACTUAL– Ambito: 254
RESERVA DOCUMENTAL: 268

S

SALARIO: 279
SALARIO– Factores: 313
SECRETARIO DE INFORMACION Y PRENSA– Requisitos: 242
SERVICIO SECCIONAL DE SALUD: 249
SERVIDOR PUBLICO– Inhabilidades: 308
SITUADO FISCAL: 260
SUPERINTENDENCIA BANCARIA: 264

T

TELECOM: 254

V

VENTA DE COSA AJENA: 295

SECCION PRIMERA

A

ACCION CONTRAVENCIONAL: 422, 549
ACCION CONTRAVENCIONAL ESPECIAL: 507
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 612, 624
ACTO ADMINISTRATIVO: 612, 624
ACTO ADMINISTRATIVO– Características: 511
ACTO ADMINISTRATIVO– Inexistencia: 511
ACTO ADMINISTRATIVO– Validez: 678
ACTO POLITICO: 445
ACTUACION ADMINISTRATIVA: 549
AERONAVEGABILIDAD: 397
ALCALDE: 572
ALCALDE– Facultades: 580
ALCALDE– Obligaciones: 576
ANALOGIA– Improcedencia: 618
ASAMBLEA DE ACCIONISTAS– Reuniones: 479
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL: 558
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL– Facultades: 335, 433, 440

B

BANCO GANADERO: 343
BOLETIN OFICIAL: 408

C

CADUCIDAD: 445, 612, 624
CAJA AGRARIA– Facultades: 358
CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR: 358
CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE POLINAL: 538
COMISARIA: 532

COMPETENCIA: 445, 458, 463, 532, 538, 558, 566, 572, 635
COMPETENCIA FUNCIONAL: 403
CONCEJO MUNICIPAL: 572
CONSTITUCION POLITICA: 563
CONSULTA: 422
CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Elección: 335
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL: 618
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL– Facultades: 591, 668
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL– Organización: 335
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL– Presupuesto: 354, 433, 440
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL– Prohibición: 668
CONTRALORIA MUNICIPAL: 618
CONTRALORIA MUNICIPAL– Creación: 466
CONTRATO DE EMERGENCIA: 458
CONTRAVENCION CAMBIARIA: 422, 549
CONTROL CONSTITUCIONAL– Improcedencia: 563
CONTROL FISCAL: 668
CONTROL FISCAL MUNICIPAL: 591, 618

D

DECAIMIENTO DEL ACTO: 343
DECAIMIENTO DEL ACTO– Improcedencia: 498
DEMANDA– Requisitos: 403
DERECHO DE PREFERENCIA: 522
DERECHO DE PROPIEDAD– Afectación: 349
DERECHOS DE AUTOR: 391
DESISTIMIENTO: 507
DISTRITO TURISTICO DE SANTA MARTA– Régimen aplicable: 483

E

ENTIDAD DESCENTRALIZADA MUNICIPAL– Junta Directiva: 580
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS: 597

ESTABLECIMIENTO PUBLICO: 487, 597
ESTABLECIMIENTO PUBLICO (Salvamento de voto): 494
ESTATUTO BASICO: 487
ESTATUTO BASICO (Salvamento de voto): 494
ESTATUTO INTERNO: 487
ESTATUTO INTERNO (Salvamento de voto): 494
EXCEPCIONES– Oportunidad: 433
EXPORTACION DE CARBON: 584

F

FALLO INHIBITORIO: 511
FUNCION JURISDICCIONAL: 635
FUNCIONARIO DE HECHO: 678

G

GACETA OFICIAL: 408

I

INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES: 466
I.N.S.: 487
I.N.S. (Salvamento de voto): 494
ICFES– Facultades: 651
IFI– Facultades: 522
IMPUESTO AL CONSUMO DE LICORES– Recaudo: 558
INSTITUCIONES DE EDUCACION SUPERIOR– Vigilancia: 651
INSTITUCIONES DE UTILIDAD COMUN– Vigilancia: 651
INTENDENCIA: 532
INTERVENCION DE TERCEROS: 433
INTERVENCION DEL ESTADO: 542

J

JUNTA DE SOCIOS: 479

L

LICENCIA DE OPERACION: 397
LOTERIA DE BOGOTA: 635
LOTERIA DE LOS TERRITORIOS NACIONALES: 532

M

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES: 445, 566
MONOPOLIO DE LICORES: 558
MUNICIPIO– Creación: 518

N

NACIONALIZACION DE LA EDUCACION: 686
NOTIFICACION: 549
NOTIFICACION POR CONDUCTA CONCLUYENTE: 612, 624

O

ORDENANZA DEPARTAMENTAL: 631
ORGANO DE DIVULGACION: 408

P

PERSONAL DOCENTE: 686
POTESTAD REGLAMENTARIA: 358
POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites: 343, 358
PRESCRIPCION: 422, 549
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA: 445
PRESTACIONES SOCIALES: 686
PRESUNCION DE LEGALIDAD: 678
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL: 354, 433, 440
PRESUPUESTO MUNICIPAL: 403, 466
PRINCIPIO DE ECONOMIA PROCESAL: 422

PROGRAMA DE VIVIENDA: 358
PROMOATLANTICO– Naturaleza Jurídica: 522
PROYECTO DE PRESUPUESTO: 576
PUBLICACION: 612, 624
PURGA DE ILEGALIDAD: 518

R

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Trámite: 463
RECURSOS: 549
RECURSOS DISPONIBLES: 343
RECURSOS PROPIOS: 343
REGISTRO DE COMERCIO: 542
REVISION DE CONTRATOS: 458
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 415

S

SALARIO– Descuentos: 538
SECCION DEL CONSEJO DE ESTADO: 463
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD– Efectos: 498
SENTENCIA– Aclaración: 566
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE: 692
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO: 415
SOCIEDAD COMERCIAL: 479
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA: 522
SUBSIDIO FAMILIAR– Pago: 358
SUPERINTENDENCIA DE SUBSIDIO FAMILIAR– Funciones: 358
SUSPENSION PROVISIONAL: 483
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 349, 558, 584, 692
SUSPENSION PROVISIONAL– Procedencia: 572
SUSTRACCION DE MATERIA– Improcedencia: 358

T

TERCERO: 612, 624
TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL: 397
TRATADO INTERNACIONAL: 445, 566
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO: 403, 458

U

UNIDAD DE MATERIA: 631

V

VENTA DE ACCIONES: 522
VIA PUBLICA: 349

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO: 749
ACCION DE PLENA JURISDICCION: 879
ACCION DE RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 719
ALCALDE: 738
ASAMBLEA: 874
ASIGNACION DE RETIRO: 895, 925, 966

B

BONIFICACION SALARIAL: 792

C

CADUCIDAD– Término: 719, 879

CARRERA ADMINISTRATIVA– Escalafonamiento: 865

CARRERA ADMINISTRATIVA– Escalafonamiento (Salvamento de voto): 865

CARRERA NOTARIAL– Exclusión: 958

COMPETENCIA: 699, 709, 715, 738, 764, 786, 792, 798, 860, 874, 890, 936, 940

CONGRESO: 699, 709, 764, 798, 936, 940, 962

CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA: 972

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA– Régimen aplicable: 905

CONTRALORIA DEPARTAMENTAL: 874

CORRESPONDENCIA: 845

D

DERECHOS ADQUIRIDOS: 917

DESTITUCION: 786

DESVIACION DE PODER: 983

E

EMPLEADOS PUBLICOS– Clasificación: 825

EMPLEADO PUBLICO– Clasificación: 917

EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES: 833

EMPRESA LICORERA DE BOYACA: 825

EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLIN: 699

EMPRESAS PUBLICAS MUNICIPALES DE CUCUTA– Directivos: 738

ENTIDAD DESCENTRALIZADA DEPARTAMENTAL: 825

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS– Régimen prestacional: 764

ESCALAFON DOCENTE: 798

ESTABLECIMIENTO PUBLICO– Estatuto: 917

ESTATUTO INTERNO: 825

ESTATUTO ORGANICO: 825

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD: 709. 772

F

FALSA MOTIVACION: 917
FER: 749
FER– Naturaleza Jurídica: 812
FONDO NACIONAL HOSPITALARIO– Junta Administradora: 890

H

HOJA DE SERVICIOS MILITARES: 895
HUELGA– Ilegalidad: 818
HUELGA– Ilegalidad (Salvamento de voto): 823

I

INDEBIDA ACUMULACION DE ACCIONES– Improcedencia: 972
INSUBSISTENCIA: 890, 900, 972, 983
INTRA: 931
ISS: 699

L

LEGITIMACION POR PASIVA: 749, 812, 879
LEGITIMACION PROCESAL: 972

M

MINISTERIO DE HACIENDA: 865
MINISTERIO DE HACIENDA (Salvamento de voto): 865
MINISTERIO DE TRABAJO: 715, 818, 860
MINISTERIO DE TRABAJO (Salvamento de voto): 823

N

NOTIFICACION: 754

P

PENSION DE INVALIDEZ; 951
PENSION DE JUBILACION: 699, 745
PENSION DE JUBILACION– Ultimo año: 759
PERMISO SINDICAL– Improcedencia: 931
PERSONAL DOCENTE: 745, 754, 759, 792, 905
PERSONAL DOCENTE– Cargo Administrativo: 900
PERSONAL DOCENTE– Estabilidad: 910
PERSONAL MILITAR: 895, 923
PERSONAL MILITAR– Ascenso: 838
POLICIA ADMINISTRATIVA: 845
POTESTAD REGLAMENTARIA: 833
PREJUDICIALIDAD PENAL– Improcedencia: 942
PRESTACIONES SOCIALES: 709, 719, 764, 936, 940, 962
PRIMA DE SATURACION: 936
PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD: 818
PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD (Salvamento de voto): 823
PROCESO DISCIPLINARIO: 723, 786. 942, 972
PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION: 723, 786
PRUEBAS: 723

R

REAJUSTE MONETARIO: 895, 923
REAJUSTE PENSIONAL: 699, 709, 745
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION– Improcedencia: 951
REINTEGRO: 754
REPRODUCCION DEL ACTO: 764
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 818
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO (Salvamento de voto): 823

S

SANCION: 958

SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD– Efectos: 772
SENTENCIA– Cumplimiento: 754
SERVICIO NACIONAL DE EMPLEO: 833
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS– Facultades: 845
SUPRESION DEL CARGO: 798, 865, 874, 972
SUPRESION DEL CARGO (Salvamento de voto): 865
SUSPENSION: 779, 786, 972
SUSTITUCION PENSIONAL: 804

T

TELECOM: 936
TEORIA DE LOS FINES Y MOTIVOS: 879
TESTIMONIO: 804
TRABAJADOR OFICIAL: 917
TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO: 860

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
TERCER TRIMESTRE
AÑO DE 1991

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO REGLAMENTARIO 1562 DE 1973; artículo 58 (Anulado) 343
DECRETO REGLAMENTARIO 1714 DE 4 DE AGOSTO DE 1978, expedido por el Presidente de la República; "por el cual se aprueban los estatutos del Instituto Nacional de Salud" (Anulado) 487
DECRETO REGLAMENTARIO 33 DE 12 DE ENERO DE 1984; artículos 12, 26 al 42 (Anulado) 206
DECRETO REGLAMENTARIO 221 DE 21 DE ENERO DE 1986; aparte del artículo 1o. 686
DECRETO REGLAMENTARIO 0341 DE 25 DE FEBRERO DE 1988 artículo 75 (Anulado) 358
DECRETO REGLAMENTARIO 1997 DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1988, por el cual se reglamenta el Código de Comercio en materia de nombre comercial; artículo 3o. 542
DECRETO 1227 DE 13 DE JUNIO DE 1989, por el cual se dictan normas sobre la facultad de inspección y vigilancia en las instituciones de educación superior; parágrafo del artículo 5o. (Anulado) 651
DECRETO REGLAMENTARIO 0574 DE 12 DE MARZO DE 1990, por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 22 de 1985 (Anulado) 532
DECRETO 339 DE 1991; apartes de los artículos 2o. y 3o. (Confirma Suspensión) 397
DECRETO REGLAMENTARIO 800 DE 21 DE MARZO DE 1991; artículo 10 (Suspendido) 507

RESOLUCIONES

RESOLUCION 3003 DE 17 DE DICIEMBRE DE 1984, expedida por el Ministerio de Justicia, por la cual se aprobaron reformas a los estatutos de la Unión de Pensionados Oficiales y particulares de Colombia UPENCOL (Anulada) 715

RESOLUCION EJECUTIVA 263 DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1986, expedida por el Presidente de la República (Anulada) 408

RESOLUCION 2758 DE JULIO 12 DE 1988, expedida por la Dirección General de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional; artículo 7o. inciso 2o. (Anulada) 538

RESOLUCION 001000–2320 DE 28 DE FEBRERO DE 1989, expedida por el Presidente de Telecom; artículo 7o. (Suspendida) 936

RESOLUCION 1728 DE 17 DE MAYO DE 1990, expedida por el Ministerio de Comunicaciones; apartes de los artículos 1o. y 2o. (Anulada) 391

RESOLUCION 2125 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1990, expedida por el Alcalde Municipal de Cúcuta-Norte de Santander 692

CIRCULARES

CIRCULAR ET–014 DE 5 DE FEBRERO DE 1986, expedida por la Superintendencia Bancaria (Anulada) 118

CIRCULAR EXTERNA PD–003 DE 26 DE ENERO DE 1990, expedida por la Superintendencia de Sociedades; apartes 9 y 10 (Confirma Suspensión) 479

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 83 DE 5 DE DICIEMBRE DE 1985, expedida por la Asamblea Departamental del Tolima; mediante la cual fue creado el Municipio de Murillo 518

ORDENANZA 26 DE 1986, expedida por la Asamblea del Departamento de Córdoba; artículo 474 inciso final (Confirma Anulación) 354

ORDENANZA 006 DE NOVIEMBRE 24 DE 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío (Anulada) 433

ORDENANZA 002 DE 9 DE JUNIO DE 1989, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío 335

ORDENANZA 024 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1989, expedida por la Asamblea Departamental del Cesar; artículo 97 inciso 2o. (Confirma Suspensión) 440

ORDENANZA 37 DE 19 DE DICIEMBRE DE 1990, expedida por la Asamblea Departamental de Boyacá; artículo 3o. literales b), c) y d) (Confirma Suspensión) 631

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETO 450 DE 1978, expedido por el Gobernador del Departamento de Boyacá; apartes de los artículos 16 y 17 825
DECRETO 0175 DE 1990, expedido por el Gobernador de Cundinamarca 558

ACUERDOS DISTRITALES

ACUERDO 7 DE 1979, expedido por el Concejo del Distrito Especial de Bogotá; artículo 126 literal a) (Revoca Suspensión) 349
ACUERDO 6 DE 1985, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá; artículo 229 inciso 4o. (Confirma Suspensión) 458

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 50 DE 1961, expedido por el Concejo Municipal de Cali, artículos 1o. 2o. y 3o. 597
ACUERDO 027 DE 1969, expedido por el Concejo Municipal de Armenia; artículo 4o. (Suspendido) 962
ACUERDO 43 DE 1983, expedido por el Concejo Municipal de Ibagué, artículo 3o. 618
ACUERDO 016 DE 1986, expedido por el Concejo Municipal de Barranquilla; artículo 1o. literales b) y c) (Confirma Suspensión) 580
ACUERDO 050 DE 27 DE MAYO DE 1986, expedido por el Concejo Municipal de Montenegro-Quindío; artículos 8o. literales e), f), h), k), l) y ll); 19 y 20 (Confirma Suspensión) 572
ACUERDO 82 DE 1987, expedido por el Concejo Municipal de Cali; artículos 1o. 3o. y 35 597
ACUERDO 004 DE 10 DE JUNIO DE 1988, expedido por el Concejo Municipal de Istmina—Chocó (Confirma Anulación) 466
ACUERDO 006 DE 26 DE MARZO DE 1989, expedido por el Concejo Municipal de Génova—Quindío; artículo 1o. (Anulado) 591

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO EXTRAORDINARIO 772 DE 9 DE DICIEMBRE DE 1983, mediante el cual el Alcalde Municipal de Manizales reformó los estatutos de las Empresas Públicas de Manizales 197

DECRETO 016 DE 15 DE ENERO DE 1987, proferido por el Alcalde del Municipio de Cúcuta (Anulado) 738
DECRETO 342 DE JULIO 10 DE 1990, expedido por el Alcalde de Santa Marta (Confirma Suspensión) 483
DECRETO 679 DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 1990, expedido por el Alcalde de Barranquilla (Revoca Suspensión) 584
DECRETOS 02 Y 03 DE 8 DE ENERO DE 1991, expedidos por el Alcalde del Municipio de Toledo–Norte de Santander (Confirma Suspensión) 576

OTROS ACUERDOS

ACUERDO 963 DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia (Anulado) 764
ACUERDO 17 DE 30 DE JUNIO DE 1987, expedido por la Junta Directiva de la Empresa Puertos de Colombia (Anulado) 764
ACUERDO 0015 DE 9 DE OCTUBRE DE 1990, expedido por la Junta Directiva Nacional de la Empresa Puertos de Colombia (Suspendido) 940

OTROS ACTOS ADMINISTRATIVOS

NOTA 747 DE 29 DE MARZO DE 1979, dirigida por el Señor Ministro de Relaciones Exteriores de Colombia a la Embajada de la República Federal de Alemania en Bogotá (Anulada) 445,566

Este libro se terminó de imprimir
en el año de 1994
en los Talleres Gráficos de
CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.
Cra. 4a. No. 25B-50
Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia