REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL
BIBLIOTECA

ANALES
DEL
CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXXV
PRIMERA PARTE

OCTUBRE - NOVIEMBRE - DICIEMBRE

1991

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

CUARTO TRIMESTRE DE 1991

Presidenta
Consuelo Sarria Olcos

Vicepresidente
Jaime Abella Zárate

Secretaria General
Nubia González Cerón

SECCION PRIMERA

Libardo Rodríguez Rodríguez
Presidente

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

Victor M. Villaquirán
Secretario

SECCION SEGUNDA

Dolly Pedraza de Arenas
Presidenta

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

Eneida Wadnipar Ramos
Secretaria

SECCION TERCERA

Carlos Betancur Jaramillo
Presidente

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

Ruth Stella Correa Palacio
Secretaria

SECCION CUARTA

Jaime Abella Zárate
Presidente

Consuelo Sarria Olcos
Guillermo Chaín Lizcano
Carmelo Martínez Conn

Jorge A. Torrado Torrado
Secretario

SECCION QUINTA

Amado Gutiérrez Velásquez
Presidente

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

Octavio Galindo Carrillo
Secretaria

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Javier Henao Hidrón
Presidente

Jaime Betancur Cuartas
Jaime Paredes Tamayo
Humberto Mora Osejo

Elizabeth Castro Reyes
Secretaria

FISCALIAS

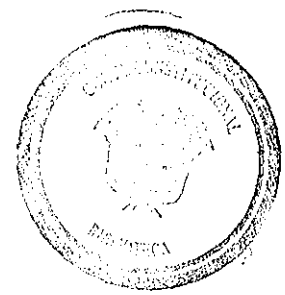
1a. Libia Zuluaga Uribe
2a. Edne Cohen Daza
3a. Jaime Ossa Arbeláez
4a. Jairo Maya Betancourt
5a. María Eugenia Samper Rodríguez
6a. Margarita Olaya de Obando
7a. Mirén de la Lombana de Magyaroff
8a. María Stella Peña de Méndez
9a. Inés Hurtado Cubides
10a. Fernando Ospina Henao

RELATORES

Sonia Mireya 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 DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SUSTITUCION PENSIONAL–Régimen aplicable/**PENSION DE JUBILACION**–Régimen aplicable/**ASIGNACION DE RETIRO/OSCILACION DE PENSIONES/LEY POSTERIOR**

La liquidación de la pensión debe hacerse con base en las normas vigentes en la actualidad y no las que regían en la fecha de la muerte del causante. En consecuencia, dicha pensión será equivalente en el sublite a la totalidad de la pensión militar de que gozaba el causante al momento de su muerte. Debido a la fluctuación de los sueldos de retiro, también deben serlo las prestaciones periódicas que representen la pensión para los beneficiarios del fallecido, tomando como base los sueldos de actividad de los miembros de la Institución Armada, los cuales serán aquellos que en cada tiempo y para cada grado y arma indique el Legislador.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S–025. Actor: Isabel Ovalle viuda de Salcedo.

En sentencia proferida por la Sala Plena de la Corporación el 26 de octubre de 1990 (fls. 135 a 151), se resolvió el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de la Sección Segunda, de fecha 11 de septiembre de 1985.

En la parte resolutiva de dicha sentencia se decidió infirmar el fallo recurrido y ordenar la reconstrucción del proceso para los efectos probatorios indicados en la parte motiva.

Corresponde a la Sala Plena, en consecuencia, dictar la sentencia de instancia, a lo cual procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En la sentencia de Sala Plena que atrás quedó reseñada, se expresa:

"... la Sala encuentra que teniendo en consideración la fecha de fallecimiento del señor Abel Salcedo (9 de junio de 1948), el derecho a la pensión que pueda tener la demandante no resultaría propiamente del art. 22 de la Ley 75 de 1925, sino de los arts. 48 a 50 de la Ley 2a. de 1945 y del art. 16 de la Ley 82 de 1947, que también fueron citados en la demanda como fundamentos de la misma (V. fls. 14 y ss).

"De acuerdo con las anteriores normas para tener derecho a la prestación que allí se consagra se requiere:

"1o.– Que el militar fallezca en goce de sueldo de retiro;

"2o.– Que el peticionario sea el cónyuge, hijo legítimo o natural, padre legítimo o natural, hermano menor o hermana célibe, con la vocación de beneficiarios establecida en el art. 48 de la Ley 2a. de 1945;

"3o.– Que si se trata de la viuda no haya contraído nuevas nupcias;

"4o.– Para que la prestación corresponda en su integridad a la viuda se requiere que no hubiere hijos o, si los hubiere, que las hijas hayan dejado de ser célibes y que los hijos no sean menores ni estudiantes universitarios ni inválidos físicos permanentes para el trabajo.

"....

"... de la copia de la sentencia de única instancia que aparece a folios 1 a 5 del expediente y que fue reconocida como auténtica por auto del 23 de octubre de 1987, pueden extraerse las siguientes afirmaciones sobre hechos que esta Sala Plena considera probados por la circunstancia de que la Sección Segunda expresamente manifiesta que resultan de la "revisión del expediente" y cita, inclusive, los folios en que aparecían las pruebas correspondientes;

"a) Que "el señor Abel Salcedo Díaz falleció el 9 de junio de 1948 (fl. 2, C. No. 3)".

"b) "Que al morir había consolidado el derecho a su pensión de jubilación que le fue reconocida por la H. Corte Suprema de Justicia (fls. 28 y 29 ibídem)".

"c) Que la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo es la viuda del señor Abel Salcedo Díaz, ya que a ese título le fue reconocida la prestación establecida en el art. 20 de la Ley 75 de 1925, "tal como lo acredita la Resolución No. 0068 de 18 de enero de 1950 (fl. 11, ibídem) expedida por el entonces Ministerio de Guerra, hoy de Defensa Nacional".

"d) Se declara probado "el silencio administrativo en que incurrió la Administración, por no haber recaído dentro del término legal correspondiente, providencia alguna respecto a la petición elevada por el apoderado de la demandante (fls. 7-27)", y en la parte resolutiva se agrega que el silencio administrativo se declara probado con fecha 19 de noviembre de 1982.

"En las anteriores circunstancias, para configurar el derecho de la señora Isabel Ovalle vda. de Salcedo, faltarían las pruebas de que no ha contraído nuevas nupcias, y de que tiene derecho exclusivo a la prestación, las cuales no aparecen en el expediente reconstruido".

Fue precisamente para la recolección de estas pruebas faltantes que se ordenó la reconstrucción del expediente.

Por lo que respecta a la comprobación del hecho de que la parte actora no ha contraído nuevas nupcias, y dentro del trámite de la reconstrucción del proceso, se decretaron y recepcionaron los testimonios de los ciudadanos Angel Peña Suárez y Francisco Solórzano Palacio (fls. 181 a 184). En ellos se expresa que en virtud del prolongado trato que han tenido con la parte actora, como del que tuvieron con su esposo, señor Abel Salcedo, les consta que con posterioridad a su muerte no ha contraído nuevas nupcias, que durante su matrimonio no hubo hijos y que la hija de la señora Isabel Ovalle Vda. de Salcedo se llama María Lucila Ovalle de Sanjuan.

Por las circunstancias de modo, tiempo y lugar como los exponentes narraron el conocimiento que tienen del hecho de que la señora Isabel Ovalle Viuda de Salcedo no ha contraído nuevas nupcias, por el acuerdo que entre ellos existe y, adicionalmente, por la afirmación que en el mismo sentido ha hecho la parte actora, la Sala habrá de reconocerle a dichos testimonios la calidad de plena prueba del hecho que mediante ellos se pretende probar, en razón de la credibilidad que le merecen.

Para demostrar el derecho exclusivo que asiste a la parte actora para gozar de la prestación que demanda, se acompañó la partida de bautismo de su hija María Lucila Ovalle, sentada el 18 de enero de 1926, en la cual se indica, en notas marginales, que contrajo matrimonio con el señor Francisco Sanjuan el 10 de agosto de 1948 y que es "conocida socialmente como María Lucila Salcedo Ovalle". (fl. 161).

Del sólo hecho de que la señora María Lucila Ovalle no es hija del matrimonio que contrajeron los señores Abel Salcedo e Isabel Ovalle, cuya partida eclesiástica aparece a folio 160, lo cual se corrobora en los testimonios a que ya se hizo referencia, para la Sala resulta incuestionable que la prestación demandada corresponde en su integridad a la parte actora, de conformidad con las normas citadas al comienzo de esta providencia y, sobre todo, por cuanto dicha partida de bautismo tiene el carácter de prueba principal del estado civil de la persona de la cual ella da cuenta, al tenor de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, norma ésta que tuvo vigencia hasta la expedición de la Ley 92 de 1938 que la derogó expresamente en su artículo 27.

Analizados y definidos los aspectos anteriores, la Sala procede a estudiar lo concerniente a la cuantía de la prestación demandada y a la manera como ésta habrá de liquidarse.

A este respecto se expresa que si bien el derecho de la actora a la pensión se fundamenta en los artículos 48 a 50 de la Ley 2a. de 1945 y en el artículo 16 de la ley 82 de 1947, tal como quedó establecido en la sentencia de esta Sala, de fecha 26 de octubre de 1990, su liquidación habrá de efectuarse con base en las normas vigentes en la actualidad.

En cuanto a este punto, la Sala reitera lo expuesto en sentencia de 18 de febrero de 1981, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación y en la cual se adoptó la jurisprudencia de la Sección Segunda, relativa al régimen jurídico aplicable para la liquidación de la pensión en favor de los beneficiarios del militar fallecido, expuesta en sentencias del 6 de septiembre de 1979 y del 24 de julio de 1980, Consejero Ponente doctor Alvaro Orejuela Gómez, Expediente No. 2111 (Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 18 de febrero de 1981, Consejero Ponente doctor Bernardo Ortiz Amaya. Actor: María Isabel Carrillo Rodríguez. Expediente No. 10.705).

Dijo en esa oportunidad la Corporación:

"Por ello para la liquidación de la pensión a que tienen derecho las actoras habrán de tenerse en cuenta las normas vigentes en la actualidad y no las que regían en la fecha de la muerte del causante...".

De la aplicación del expresado principio al caso en estudio se tiene que en la actualidad se encuentran vigentes los artículos 169 y 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, que contienen el Estatuto del Personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, los cuales expresan lo siguiente:

"ARTICULO 169.— Oscilación de asignación de retiro y pensión. Las asignaciones de retiro y las pensiones de que trata el presente Decreto

se liquidarán tomando en cuenta las variaciones que en todo tiempo se introduzcan en las asignaciones de actividad para cada grado y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 158 de este Decreto. En ningún caso aquéllas serán inferiores al salario mínimo legal. Los Oficiales y Suboficiales o sus beneficiarios, no podrán acogerse a normas que regulen ajustes prestacionales en otros sectores de la administración pública a menos que así lo disponga expresamente la ley.

"PARAGRAFO.- Para la oscilación de las asignaciones de retiro y pensiones de Oficiales Generales y de Insignia, Coroneles y Capitanes de Navío, se tendrá en cuenta como sueldo básico, el porcentaje que como tal determinen las disposiciones legales vigentes que regulen esta materia, más las partidas señaladas en el artículo 158 de este Decreto".

"ARTICULO 195.- Muerte en goce de asignación de retiro o pensión. A la muerte de un Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares en goce de asignación de retiro o pensión, sus beneficiarios tendrán derecho a una pensión mensual pagadera por el Tesoro Público o por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, equivalente en todo caso a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante, distribuida en el orden y proporción establecida en este Estatuto.

"PARAGRAFO.- El cónyuge sobreviviente no tiene derecho a la pensión de que trata este artículo, cuando exista separación legal y definitiva de cuerpos o cuando en el momento del deceso del Oficial o Suboficial no hiciere vida en común con él, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados".

En el caso de autos la accionante fundamenta su solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de jubilación equivalente al 95% del sueldo básico de un Mayor del Ejército, incluidos otros conceptos, basada en el hecho de que el señor Salcedo prestó servicios al Ejército Nacional durante un tiempo de 29 años, 11 meses y 20 días.

Concordante con las normas transcritas, las cuales, se repite, son las actualmente vigentes, la Sala considera que no asiste razón a la parte actora en lo referente al porcentaje de la pensión reclamada, ni mucho menos en que para su liquidación debe tenerse en cuenta el tiempo de servicios, por la potísima razón de que el artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990 determina de manera categórica que ella será el equivalente a la totalidad de la prestación que venía disfrutando el causante.

Además, si la pensión militar de que gozaba el señor Salcedo le fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de marzo de 1929, para su reconocimiento se debieron tener en cuenta necesariamente el tiempo de servicios y las demás partidas o factores que según la legislación

vigente en aquel momento era computables para establecerla, no resultando, por tanto, jurídicamente viable hacer tabla rasa de la decisión adoptada en tal providencia, como si se tratara de practicar, por primera vez, su liquidación.

En consecuencia, la pensión de jubilación que se decretará en este fallo en favor de la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo será equivalente a la totalidad de la pensión militar de que gozaba el causante al momento de su muerte.

Ahora bien, para efectos del pago de la pensión y como lo solicita la parte actora en la demanda, se deberá tener en cuenta el postulado de la oscilación de las pensiones y asignaciones de retiro, a que se refiere el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990 y la jurisprudencia.

En efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido reiteradamente que debido a la fluctuación de los sueldos de retiro, también deben serlo las prestaciones periódicas que representen la pensión para los beneficiarios del fallecido, tomando como base los sueldos de actividad de los miembros de la Institución Armada, los cuales serán aquellos que en cada tiempo y para cada grado y arma indique el Legislador.

En cuanto a este punto, la Sala acoge lo expuesto en sentencia de la Sala de Negocios Generales de 16 de febrero de 1959, caso de Isabel Brigard vda. de Ortiz Borda, citada en sentencia de la misma Sala, de fecha marzo 28 de 1960. Consejero Ponente, doctor Guillermo González Charry. Anales del Consejo de Estado, Año XXXV, Tomo LXII, 1958 a 1960, Nos. 387-391, págs. 659 a 668, en la cual se expresa:

> "Se pregunta ahora: ¿Son fijas las asignaciones de retiro? Es incuestionable que hoy no lo son. Y no lo eran tampoco cuando el Ministerio de Guerra se pronunció para reconocer por primera vez el derecho de la demandante, por medio de la Resolución número 358 de 8 de febrero de 1957. En efecto, el artículo 34 de la Ley 2a. de 1945 manda que "A partir de la sanción de la presente Ley, el reconocimiento de las asignaciones a que se refiere el artículo anterior (las de retiro), no se hará por cantidades fijas, sino en forma de porcentajes, tomando en todo tiempo como base el sueldo de actividad vigente para todo grado, en forma que las dichas asignaciones de retiro sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de actividad, y se paguen en todo tiempo con directa relación a los mismos". Y posteriormente, el artículo octavo de la Ley 100 de 1946 estatuyó que "El reconocimiento de las asignaciones de retiro para los Suboficiales de las Fuerzas Militares no se hará por cantidades fijas sino mediante porcentajes, tomando como base el sueldo de actividad correspondiente a cada grado, en forma tal que las asignaciones sigan proporcionalmente las oscilaciones de los sueldos de

actividad y se paguen con relación directa a los mismos" Aun cuando este precepto no se refiere a Oficiales, la repetición casi textual del principio, sobre un derecho para gentes del mismo cuerpo, indica que se trata ya de una norma general. Y finalmente, el artículo 107 del Decreto 3220 de 1953 reprodujo lo dicho en el que se citó primeramente, cuando estableció que "Las asignaciones de retiro de que trata el presente estatuto, no se causarán por cantidades estables, sino en forma oscilante, tomado como base las fluctuaciones de las asignaciones de actividad vigentes en todo tiempo para cada grado".

"Las anteriores razones serían bastantes para estimar que, puesto que los sueldos de retiro son fluctuantes, también deben serlo las prestaciones periódicas que toman su cuantía de aquéllos, puesto que, podría decirse que el efecto participa de la naturaleza de la causa. Pero si ellas se estimaren deficientes o se achacare a un exceso de amplitud interpretativa la forma de liquidar el derecho de los beneficiarios, no podría formularse la misma tacha a la que resulta del texto claro y categórico del artículo 1o. de la Ley 81 de 1947 que dice así: "Las pensiones de los beneficiarios de los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares fallecidos en goce de sueldo de retiro con anterioridad a la vigencia de las Leyes 2a. de 1945 y 100 de 1946 se reajustarán en todo tiempo con base en las asignaciones y porcentajes vigentes para los mismos grados de los oficiales y suboficiales en actividad". Lo que permite concluir no solamente en la fluctuabilidad de las pensiones de acuerdo con la variación que vayan sufriendo los elementos fijos y variables de las asignaciones militares, sino, además, el derecho a que el reajuste que ello implica, se haga para los beneficiarios en todo tiempo, es decir, con motivo de cada oportunidad en que la ley modifique las mencionadas asignaciones.

"Establecida la oscilación de los sueldos de retiro y la obligación de reajustar de acuerdo con ellos las sumas que representen la pensión para los beneficiarios del fallecido en ejercicio o vocación legal de aquel derecho, corresponde determinar la base actual para liquidarlo; y volvemos a tropezar con el artículo 107 del Decreto 3220 de 1953, antes transcrito, que la determina para la actualidad en forma inequívoca. Y si tal es la base primaria, la secundaria o consecuencial debe, como antes se dijo, apoyarse en los mismos principios, o lo que es lo mismo, la pensión del beneficiario debe reconocerse y pagarse atendiendo a la misma fluctuación del sueldo de retiro".

De otra parte, y dado que en la sentencia que se infirmó mediante el fallo de 26 de octubre de 1990 se declaró "... probado el silencio administrativo en que incurrió la Administración al no dar respuesta oportuna a la solicitud de reconocimiento pensional formulada por la demandante con fe-

cha 19 de noviembre de 1982, en esta sentencia de instancia se hará igual declaración, como fundamento del restablecimiento del derecho.

Recapitulando, deberá decretarse una pensión mensual vitalicia a favor de la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo, de conformidad con el artículo 195 del Decreto Ley 1211 de 1990, con una retroactividad de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que se interrumpió la prescripción con la presentación de la reclamación administrativa (artículo 99, Ley 126 de 1959), es decir, aplicable desde el 19 de noviembre de 1978.

Para dar aplicación al principio de la oscilación de las pensiones consagrado en el artículo 169 del Decreto Ley 1211 de 1990, al procederse al reconocimiento y pago de la pensión deberá tenerse en cuenta la suma que por concepto de pensión militar disfrutaba el señor Abel Salcedo a la fecha de su muerte, la cual deberá actualizarse de conformidad con las fluctuaciones que periódicamente fueron presentándose en los sueldos de retiro de un miembro del Ejército con grado que se asimile al de Sargento Mayor de la misma Institución, según escalafón vigente al 24 de septiembre de 1928, fecha en la cual se aprobó su hoja de servicios militares.

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

FALLA:

Primero.– Declárase probado el silencio administrativo en que incurrió la Administración al no dar respuesta oportuna a la solicitud de reconocimiento pensional formulada por la parte demandante con fecha 19 de noviembre de 1982.

Segundo.– Condénase a la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa Nacional– a reconocer y pagar a la señora Isabel Ovalle viuda de Salcedo una pensión mensual vitalicia, a partir del 19 de noviembre de 1978, equivalente a la totalidad de la pensión militar de que gozaba el señor Abel Salcedo a la fecha de su muerte. Para el reconocimiento y pago de la condena anterior, la suma que por concepto de pensión militar disfrutaba el señor Abel Salcedo en la fecha de su muerte, es decir, el 9 de junio de 1948, se actualizará de acuerdo con las fluctuaciones que periódicamente fueron presentándose en los sueldos de retiro de un miembro del Ejército con grado que se asimile al de Sargento Mayor de la misma Institución, según el escalafón vigente el 24 de septiembre de 1928.

Tercero.– El Ministerio de Defensa Nacional dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo, adoptará las medidas tendientes al cumplimiento de esta sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE.

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

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SUSTITUCION PENSIONAL–Régimen aplicable/**ASIGNACION DE RETIRO** (Salvamento de Voto)

El derecho a la pensión mensual vitalicia que se reconoce a la actora se consolidó en el momento de la muerte de su esposo; quien había prestado sus servicios al Ejército Nacional y gozaba de una asignación de retiro. Por lo tanto, las normas aplicables a dicho reconocimiento son las vigentes a la fecha de su fallecimiento, ya que fue en esta oportunidad cuando se consolidó el derecho de la actora.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto de la Doctora Consuelo Sarria Olcos.

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Radicación S–025. Actor: Isabel Ovalle viuda de Salcedo.

Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria que antecede, en cuanto ordena el reconocimiento de la pensión mensual vitalicia, reclamada por la actora, dando aplicación al Decreto Ley 2911 de 1990, artículo 195.

A mi juicio, el derecho a la pensión mensual vitalicia que se le reconoce a la actora se consolidó en *el momento de la muerte* de su esposo, quien había prestado sus servicios al Ejército Nacional y gozaba de una asignación de retiro.

Por lo tanto, las normas aplicables a dicho reconocimiento son las vigentes a la fecha de su fallecimiento, ya que fue en esa oportunidad cuando se consolidó el derecho de la actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50 de la ley 2a. de 1945, según el cual:

"A la muerte de un oficial en goce de sueldo de retiro, sus parientes en el orden y proporción establecidos en el artículo 48 de esta Ley, tienen derecho a una cantidad mensual pagadera por la Caja de Sueldos de Retiro, equivalente a *las dos terceras partes* de la asignación de retiro del causante". (Se subraya).

Es clara la norma al disponer que la pensión que corresponde a la viuda es equivalente a las *dos terceras partes de la pensión* que se transmite; en dichos términos se ha debido reconocer la pensión y no como se hizo por el valor equivalente a la *totalidad de la pensión* que devengaba el servidor del ejército, dando aplicación al artículo 195 del Decreto Ley 2911 de 1990.

Atentamente,

Consuelo Sarria Olcos.

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: Adhieren a este salvamento los doctores *Jaime Abella Zárate y Carmelo Martínez Conn,* quienes adicionaron lo siguiente:

El Doctor *Jaime Abella Zárate:* Comparto en su integridad el salvamento de voto de la doctora Consuelo Sarria Olcos de donde además puede deducirse la confusión que se hizo en este fallo entre el derecho del trabajador y el derecho de sus sucesores. Me parece que son diferentes por origen, por naturaleza y por contenido.

El Doctor *Carmelo Martínez Conn:* El derecho de la actora emana de uno que tuvo su marido fallecido, de suerte que su derecho a la pensión de jubilación sólo se produjo al fallecimiento de su esposo. En consecuencia, las normas aplicables a su caso eran las vigentes al producirse el fallecimiento del titular del derecho porque en ese momento se consolida su derecho a sustituir a su marido en la pensión. Las leyes posteriores sólo le serían aplicables en cuanto sean más favorables y expresamente se consagre en ellas, porque de lo contrario, se le da efecto retroactivo, pues se le está dando aplicación a un caso consolidado bajo otra legislación.

CONSEJERO ELECTORAL–Inhabilidades/**CORPORACION POPULAR/ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE/CONSEJERO ELECTORAL**– Confirmación/**CONSEJO NACIONAL ELECTORAL**

La incompatibilidad a que se refiere el artículo 17 del Código Electoral, tan sólo puede referirse a las corporaciones públicas previstas por la Carta Política para la época de la expedición del citado estatuto, a saber: Congreso de la República, Asambleas y Concejos, pero en ningún caso podría comprender como corporación popular la Asamblea Constituyente, por la potísima razón de que esta figura excepcional no se preveía en ninguno de los 218 artículos de esa compilación. Por lo tanto, la actora comprueba que reúne los requisitos constitucionales y legales para desempeñar el cargo de miembro del Consejo Nacional Electoral, y en tal virtud es procedente la confirmación.

Consejo de Estado.– Sala Plena.– Santafé de Bogotá, D.C., septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. C–186. Doctora María Teresa Garcés Lloreda. Confirmación.

La doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, a quien la Corporación eligió como miembro del Consejo Nacional Electoral, en sesión realizada el pasado 12 de julio del año en curso, solicita la confirmación de su elección y para tal efecto presenta los siguientes documentos:

1) Registro civil de nacimiento, expedido por la Notaría Tercera del Círculo de Cali, con el cual acredita ser colombiana de nacimiento (fl. 2).

2) Certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, sobre vigencia de su cédula de ciudadanía número 41'357.010, con la cual demuestra su condición de ciudadana en ejercicio (fl. 3).

3) Copia autenticada del acta de grado No. 1355 de octubre 22 de 1971, por la cual, la Pontificia Universidad Javeriana, le otorgó el título de doctora en Ciencias Jurídicas (fl. 8).

4) Copia autenticada de la providencia de marzo 15 de 1974, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual ordenó la inscripción, para que pudiera ejercer la profesión de la abogacía y cargos que la requieran en todo el territorio nacional (fl. 11).

5) Certificación expedida por el Jefe de la División de Asistencia a la Rama Jurisdiccional, del Ministerio de Justicia, sobre vigencia de la Tarjeta Profesional de Abogado No. 11.666, correspondiente a MARIA TERESA GARCES LLOREDA, e igualmente, fotocopia autenticada de la referida tarjeta (fls. 5 y 6).

6) Constancia expedida por la Procuraduría General de la Nación –División de Registro y Control–, con la cual demuestra que no registra antecedentes disciplinarios (fl. 7).

7) Declaración extrajuicio, rendida ante el Notario Noveno del Círculo de Bogotá, por la doctora MARCELA ROMERO DE SILVA, identificada con la C.C. 41'427.086 de Bogotá y T.P. 8881 de Minjusticia, en la que da fe, que conoce a la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA desde hace 26 años, y por tal conocimiento le consta que ha ejercido la profesión de abogado desde el año de 1971, "en forma continua y no interrumpida", en diferentes cargos hasta el año de 1984, y desde febrero de ese año, en su oficina particular de abogada, dedicándose especialmente al derecho público.

8) Declaración extrajuicio rendida ante la Notaría Novena del Círculo de Bogotá, por la doctora MARIA ISABEL ARAMBURO RESTREPO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 41'543.710 de Bogotá, T.P. de abogado No. 14388, quien da fe que conoce a la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, desde hace más de diez años, y que por tal conocimiento le consta que ha venido ejerciendo la profesión de abogado desde hace más de diez años, dedicándose especialmente a la rama del derecho público.

9) Certificación expedida por el Notario Noveno del Círculo de Santafé de Bogotá, en la que consta que las declarantes, MARCELA ROMERO DE SILVA y MARIA ISABEL ARAMBURO RESTREPO, son personas hábiles e idóneas para declarar en juicio y fuera de él.

10) Certificado Judicial No. 2096991, con T.D. No. 1536329, expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., con el cual prueba no tener antecedentes penales ni policivos.

11) Constancia expedida por el Jefe de Personal de la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual en el ordinal 1o. certifica que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, prestó sus servcios en esa entidad, en el cargo de Abogado III-24, desde el 21 de julio de 1971, hasta el 24 de enero de 1972 (fl. 13).

12) Constancia expedida por el Secretario de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la que certifica que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, desempeñó el cargo de Relatora de la Sala Constitucional de esa Corporación (fl. 17).

13) Certificación expedida por el Vicepresidente del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la que da fe de que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, desempeñó el cargo de Magistrada grado 21 de ese Tribunal, durante el lapso comprendido entre el 22 de agosto de 1979 y el 11 de agosto de 1982 (fl. 19).

14) Fotocopia autenticada de la constancia expedida por el Decano de la Facultad de Derecho de la Fundación Educacional Interamericana Católica de Colombia, en la que certifica que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA prestó sus servicios en la Facultad de Derecho por los años de 1974 y 1975, como profesora de las cátedras de derecho de familia y derecho administrativo (fl. 29).

15) Fotocopia autenticada de la certificación expedida por la Universidad Santiago de Cali en la que da fe que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, estuvo vinculada en esa universidad desde el 1o. de abril de 1980, hasta el 31 de julio del mismo año, dictando la cátedra de derecho procesal administrativo (fl. 30).

16) Fotocopia del decreto No. 2365 de agosto 10 de 1982, por el cual el Presidente de la República, nombró a la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, Viceministro de Comunicaciones (fl. 31).

17) Certificación expedida por el Director Administrativo de la Asamblea Nacional Constituyente, en la que consta que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, se desempeñó como miembro de dicha asamblea.

18) Certificación de la Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en la que consta que la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, ha sido Conjuez del Consejo de Estado, función pública para la cual se requieren las mismas calidades que para ser Consejero de Estado.

Igualmente, expresa la Sala que la incompatibilidad a que se refiere el artículo 17 del Código Electoral (decreto ley 2241 de 1986), tan sólo puede referirse a las corporaciones públicas previstas por la Carta Política para la época de expedición del citado Código Electoral, a saber: Congreso de la República, Asambleas y Concejos, pero en ningún caso podría comprender como corporación popular la Asamblea Constituyente, por la potísima razón de que esta figura jurídica excepcional, no se preveía en ninguno de los 218 artículos de esa compilación.

Por lo tanto, la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, comprueba que reúne los requisitos previstos en el artículo 264 de la Carta y en el artículo 17 del Código Electoral, para desempeñar el cargo de Miembro del Consejo Nacional Electoral, y en tal virtud es procedente la confirmación.

Por lo expuesto, la Sala Plena del Consejo de Estado, confirma la elección que hiciera a la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA, como Miembro del Consejo Nacional Electoral.

Comuníquese a la doctora MARIA TERESA GARCES LLOREDA.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 27 de agosto de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz,* Salva voto; *Carlos Betancur Jaramillo,* Salva voto; *Jaime Betancur Cuartas, Guillermo Chahín Lizcano,* Salva voto; *Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro,* Salva voto; *Miguel González Rodríguez,* Aclara voto; *Amado Gutiérrez Velásquez,* Salva voto; *Javier Henao Hidrón, Luis Eduardo Jaramillo Mejía,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna,* Salva voto; *Carmelo Martínez Conn, Juan de Dios Montes Hernández, Humberto Mora Osejo,* Aclara voto por la parte resolutiva, y salvedad para tal en la parte motiva; *Jaime Paredes Tamayo, Dolly Pedraza de Arenas,* Aclara voto; *Jorge Penen Deltieure,* Salva voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Salva voto; *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández,* Salva voto; *Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades/**CORPORACION POPULAR/ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE** (Salvamento de Voto)

La limitación legal debe aplicarse respecto de todas las personas que dentro de los dos años anteriores a la fecha en que el Consejo Nacional Electoral, hayan sido elegidas para hacer parte de cualquiera de las corporaciones populares previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como lo fue la Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma, además de atender a los principios y normas legales que orientan la correcta interpretación de las leyes, se tutela el interés abstracto y general del Estado implícito en el artículo 17 del Código Electoral, de procurar que la orientación y vigilancia de la actividad electoral sea ajena al fragor de los intereses de las contiendas políticas.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto.– Santafé de Bogotá, D.C., septiembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. C–186. Confirmación. Dra. María Teresa Garcés Lloreda.

El artículo 17 del Código Electoral adoptado por el decreto extraordinario 2241 de 1986, con el fin de sustraer al Consejo Nacional Electoral del influjo propio de las contiendas políticas, exige respecto a cada uno de sus miembros "no haber sido elegido para corporación popular ni haber actuado como miembro de directorio político, en los dos años anteriores a su nombramiento...".

La mayoría de la Sala ha considerado que tal limitación se refiere exclusivamente "a las corporaciones públicas previstas en la Carta Política para

la época de la expedición del citado Código Electoral, a saber: Congreso de la República, Asambleas y Concejos, pero en ningún caso podría comprender como corporación popular a la Asamblea Constituyente, por la potísima razón de que esta figura jurídica excepcional, no se preveía en ninguno de los 218 artículos de esa compilación".

Sin desconocer la respetabilidad que tiene la anterior afirmación, considero que a ella hubiera podido llegarse sólo si la misma norma hubiera restringido su aplicación, bien por haber enumerado taxativamente "las corporaciones populares" a las cuales se refería la norma, como lo hace la providencia objeto de este salvamento, o por haber empleado en su redacción una expresión limitativa, como por ejemplo, "no haber sido elegido para una de las *actuales* corporaciones populares...".

Pero al no haber sido ello así, en mi opinión la limitación legal debe aplicarse respecto de todas las personas que dentro de los dos años anteriores a la fecha en que el Consejo de Estado haga la elección de cualquier miembro del Consejo Nacional electoral, hayan sido elegidas para hacer parte de cualquiera de las corporaciones populares previstas en nuestro ordenamiento jurídico, como lo fue la Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma, además de atender a los principios y normas legales que orientan la correcta interpretación de las leyes, se tutela el interés abstracto y general del Estado implícito en el referido artículo 17, de procurar que la orientación y vigilancia de la actividad electoral sea ajena al fragor y a los intereses de las contiendas políticas.

Son las anteriores, en síntesis, las razones por las cuales me aparté de la decisión adoptada mayoritariamente por mis distinguidos compañeros de la corporación.

Joaquín Barreto Ruiz.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhieren los doctores *Carlos Betancur Jaramillo y Daniel Suárez Hernández.*

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades/**CORPORACION POPULAR /ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE/CONSEJO NACIONAL ELECTORAL** (Salvamento de Voto)

La distinguida Constituyente de 1991 está inhabilitada para ser elegida y desempeñarse como miembro del Consejo Nacional Electoral, el cual establece como inhabilidad para este tipo de elecciones el haber pertenecido durante los dos años anteriores a la elección a una Corporación de elección popular o haber formado parte de un directorio político.

Salvamento de Voto del doctor Guillermo Chahín Lizcano.

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes M.*

Referencia: Expediente No. C–186. Actor: María Teresa Garcés Lloreda. Confirmación.

Respetuosamente quiero dejar consignados brevemente los argumentos que expuse en la Sala Plena para no votar favorablemente la confirmación de la doctora María Teresa Garcés Lloreda para desempeñar el cargo de miembro del Consejo Nacional Electoral.

Estimé entonces y lo sigo creyendo ahora que la distinguida Constituyente de 1991 está inhabilitada para ser elegida y desempeñarse como miembro del citado Consejo por disponerlo así el artículo 17 del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) el cual establece como inhabilidad para este tipo de elecciones el haber pertenecido durante los dos años anteriores a la elección a una Corporación de elección popular o haber formado parte de un directorio político.

Es un hecho evidente que la doctora Garcés Lloreda perteneció a la Asamblea Nacional Constituyente elegida por el pueblo de Colombia en las elecciones del 9 de diciembre de 1990 y que hizo parte, hay que decirlo, con lujo de competencia y dedicación de las deliberaciones de dicho organismo.

También es un hecho evidente que dicha Asamblea fue elegida en elecciones populares convocadas al efecto lo cual le otorga indiscutiblemente el carácter de organismo o corporación de elección popular.

Es verdaderamente lamentable que la mayoría, precaria por cierto de los integrantes del Consejo de Estado haya acudido a malabarismos jurídicos como el que se consigna en la providencia que voté negativamente, que llevan al Consejo de Estado a afirmar paladinamente que la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 no es una Corporación de elección popular. Bien es cierto que dicha Asamblea fue cuestionada porque su elección se produjo sin la participación de la mayoría del cuerpo electoral colombiano, pero ese hecho político en nada disminuye el hecho jurídico incontrastable de que se trata de una corporación de elección popular que recibió del constituyente primario una delegación precisa para ejercer la función constitucional.

Llama la atención también que al folio 1 del expediente aparezca, sin ninguna explicación la siguiente declaración juramentada de la doctora Garcés Lloreda en el oficio en que solicita su confirmación *"Declaro bajo la* gravedad del juramento que no he sido elegida para Corporación Popular, *ni he actuado como miembro de directorio político*, en los dos años anteriores al nombramiento, *ni soy pariente de alguno de los Consejeros de Estado que tengan derecho a intervenir en la elección"*. (subrayados míos). Quiere decir entonces que en sentir de los Constituyentes la Asamblea Constituyente de 1991 no fue una corporación de elección popular?

Finalmente, no comparto el esfuerzo dialéctico que utiliza la providencia de la que me aparto, cuando trata de darle un deleznable piso jurídico a la confirmación, en cuanto se apoya en el peregrino argumento de que como la Asamblea Constituyente no existía cuando entró en vigencia el Código Electoral no es de las corporaciones de elección popular a las cuales se refirió la norma legal. Según esta posición del Consejo de Estado, las inhabilidades existentes para los Magistrados de la Corte y del Consejo de Estado en cuanto integrantes de la Rama Jurisdiccional, no podrán aplicarse a los Magistrados de la Corte Constitucional porque esta organización no hacía parte de esta rama del poder público cuando aquellas se establecieron y porque dicha Rama dejó de llamarse Jurisdiccional y ahora se denomina por la nueva Constitución "Rama Judicial". O peor aún, el futuro Ministro de Comercio Exterior no podrá ser objeto de las inhabilidades que se aplican a los Ministros del Despacho porque cuando ellas se establecieron este Ministerio no existía legalmente.

Guillermo Chahín Lizcano.

Fecha: ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. *Daniel Suárez Hernández.*

CONSEJERO ELECTORAL–Inhabilidades/**CORPORACION POPULAR/ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE** (Salvamento de Voto)

Habiendo sido la Asamblea Nacional Constituyente una corporación popular, como innegablemente lo fue, y habiendo sido elegida para formar parte de ella, la actora, en el mes de diciembre de 1990, está incursa, a mi juicio, en la inhabilidad consagrada en el Código Electoral y no puede ser miembro del Consejo Nacional Electoral.

Consejo de Estado.– Sala Plena.– Salvamento de Voto de la Doctora Clara Forero de Castro.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. C–186.

En forma respetuosa me aparto del criterio de quienes suscribieron la confirmación del nombramiento de la Doctora María Teresa Garcés Lloreda como miembro del Consejo Nacional Electoral, no porque dude de sus excelentes calidades personales y profesionales, sino porque considero que al tenor del artículo 17 del Código Electoral se encuentra inhabilitada para ejercer el cargo, por haber sido elegida para una Corporación popular como lo fue la Asamblea Nacional Constituyente, dentro de los dos años anteriores a este nombramiento.

En mi modesta opinión, la norma citada conserva su vigencia ya que en nada se opone a la Constitución de 1991. Y como las leyes son de contenido general y abstracto, rigen no solo las situaciones concomitantes con su expedición sino también, obviamente, las futuras.

Por eso al consagrar el artículo inhabilidad para quienes hubieren sido elegidos para Corporaciones de elección popular durante los dos años ante-

riores al nombramiento, se refirió a las Corporaciones populares existentes cuando se expidió el Decreto 2241 de 1986 y las que pudieran existir en el futuro. Para que ello no fuera así, sería necesario que la ley misma limitara su aplicación a determinadas Corporaciones populares, como acertadamente lo manifiesta en su salvamento de voto el Doctor Joaquín Barreto Ruiz.

En resumen, habiendo sido la Asamblea Nacional Constituyente una Corporación popular, como innegablemente lo fue, y habiendo sido elegida para formar parte de ella la Doctora María Teresa Garcés Lloreda en el mes de diciembre de 1990, está incursa, a mi juicio, en la inhabilidad consagrada en el Código electoral y no puede ser miembro del Consejo Nacional Electoral.

En los anteriores términos dejo consignadas las razones de mi disentimiento.

Clara Forero de Castro.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. *Daniel Suárez Hernández.*

CONSEJERO ELECTORAL– Requisitos/**CONSEJERO ELECTORAL**– Inhabilidades/**TRANSITO CONSTITUCIONAL/SUBROGACION** (Salvamento de Voto)

Por prescribir diferentes calidades para ser miembro del Consejo Nacional Electoral; además, como la Constitución misma determina las calidades para ser miembro del Consejo Nacional Electoral, la ley no podría ampliarlas, restringirlas o contrariarlas. De este modo la exigencia negativa que hacía el artículo 17 del Código Electoral, consistente en no haber "sido elegido para corporación popular ni hecho parte de directorio político durante los dos años anteriores a su elección", fue subrogada por la nueva Constitución.

CONSEJERO ELECTORAL–Elección/**CONSEJERO ELECTORAL**–Confirmación/**QUORUM/MAYORIA CALIFICADA/MAYORIA SIMPLE** (Salvamento parcial de Voto)

La Sala debió prohijar el criterio que he expuesto en oportunidades similares, que considera que para la confirmación de una elección, son necesarias las dos terceras partes de los miembros de la Corporación: si el acto de elección requiere que sea aprobado, a lo menos, por la indicada mayoría calificada, el que verifique que se han cumplido los requisitos necesarios "a fortiori" la hace indispensable. De lo contrario, se podría hacer nugatoria la exigencia de una mayoría calificada para el acto de elección, porque el que la confirme podría ser aprobado por simple mayoría.

Salvamento Parcial de Voto.–

Radicación No. C–186.
Referencia: Sala Plena - Confirmación de la elección de la doctora María Teresa Garcés de Lloreda, como miembro del Consejo Nacional Electoral.

En primer término, aclaro que voté la decisión confirmatoria de la elección; pero estimo que la Sala, al definir, antes de la votación del correspondiente proyecto, la mayoría necesaria, debió prohijar el criterio, que he expuesto en oportunidades similares, que considera que para ello son necesarias las dos terceras partes de los miembros de la Corporación: si el acto de elección requiere que sea aprobado, a lo menos, por la indicada mayoría calificada, el que verifique que se han cumplido los requisitos necesarios a fortiori la hace indispensable. De lo contrario, se podría hacer nugatoria la exigencia de una mayoría calificada para el acto de elección, porque el que la confirme podría ser aprobado por simple mayoría.

De manera que comparto la decisión mayoritaria en cuanto confirmó la elección que el Consejo de Estado hizo a la Doctora María Teresa Garcés Lloreda como miembro del Consejo Nacional Electoral, pero disiento de la motivación, por las siguientes razones:

1a.) El acto de elección debió confirmarse tras verificar que el designado, según el artículo 234 de la nueva Constitución, reúne los requisitos que prescribe para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, que no se trata de reelección y que el elegido no es pariente de los Consejeros de Estado, ni de quienes lo eligieron, en los términos del artículo 126 de la misma Carta.

2a.) Sin embargo, la providencia de que disiento también hace referencia al artículo 17 del Código Electoral y considera comprobado que la doctora María Teresa Garcés Lloreda no ha sido elegida para corporación pópular ni hecho parte de ningún directorio político durante los dos años anteriores a su elección. Estimo, por el contrario, que el mencionado precepto fue subrogado por el artículo 234 de la nueva Constitución. En efecto:

a) El artículo 17 del Código Electoral prescribía que para ser miembro del Consejo Nacional Electoral "se requieren las mismas calidades que para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; no haber sido elegido para corporación popular ni haber actuado como miembro de directorio político, en los dos años anteriores a su nombramiento; ni ser él o su cónyuge pariente de alguno de los Consejeros de Estado que tengan derecho a intervenir en la elección hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil".

b) Pero el artículo 284 de la nueva Constitución subrogó la transcrita disposición, en los siguientes términos textuales: "El Consejo Nacional Electoral se compondrá del número de miembros que determine la ley, que no debe ser menor de siete, elegidos para un período de cuatro años, de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y deberá reflejar la composición política del Congreso. *Sus miembros deberán reunir las calidades que exige la Constitución para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia y no serán reelegibles".* (He Subrayado). Del pre-

cepto transcrito se deduce clara e inequívocamente que *la Constitución, mediante proposición jurídica completa, directamente prescribe las calidades o requisitos para ser miembro del Consejo Nacional Electoral y que, de este modo, subrogó al artículo 17 del actual Código Electoral que exigía, además de las indicadas, otras calidades para ser elegido en el mencionado cargo.*

c) La Constitución, según el artículo 4o. de la nueva Carta, "es norma de normas" y tiene, por el mismo motivo, aptitud jurídica para aclarar, adicionar, modificar o subrogar las leyes preexistentes: Si las leyes posteriores pueden producir estos efectos, no obstante ser de igual jerarquía (artículos 2o. y 3o. de la Ley 153 de 1887), *a fortiori ello es posible con fundamento en una nueva Constitución.* De ahí que el artículo 9o. de la Ley 153 de 1887 prescriba que "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación anterior"y que "toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente": *en este caso, por prescribir diferentes calidades para ser miembro del Consejo Nacional Electoral, el artículo 264 de la Constitución subrogó el artículo 17 del Código Electoral.* Además, como la Constitución misma determina las calidades para ser miembro del Consejo Nacional Electoral, *la ley no podría ampliarlas, restringirlas o contrariarlas.*

d) De manera que, según lo expuesto, para ser miembro del Consejo Nacional Electoral la nueva Constitución sólo exige tener las calidades necesarias para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y que no se trate de reelección. Por lo mismo, los ciudadanos que reúnan esas calidades, cualquiera que sea su actividad, pueden ser postulados por los partidos y movimientos políticos para el cargo y las elecciones que se efectúen deben reflejar la composición política del Congreso. De este modo, *la exigencia negativa que hacía el artículo 17 del Código Electoral, consistente en no haber "sido elegido para corporación popular ni hecho parte de directorio político durante los dos años anteriores a su elección", fue subrogada por la nueva Constitución.* Sin embargo a los miembros del Consejo Nacional Electoral, como a todos los demás empleados del órgano electoral, entre otros funcionarios, conforme al artículo 127 de la nueva Constitución, "les está prohibido tomar parte en actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio".

e) El artículo 126 de la nueva Constitución corrobora lo expuesto: prohibe a todos los "servidores públicos" nombrar o elegir "a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quienes estén ligados por matrimonio o unión permanente" y "a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación"; de este modo, la nueva Constitución prescribió una prohibición general para todos los "servidores públicos" –en ellos incluidos los Consejeros de Estado– para

todos los actos de elección o nombramiento. Por consiguiente, *la prohibición específica que, a este respecto, hacía el artículo 17 del Código Electoral, fue reemplazada por la general del artículo 126 de la nueva Constitución.*

En conclusión: Como el artículo 264 de la Constitución subrogó el artículo 17 del Código Electoral, *la Sala debió confirmar el acto de elección de la Doctora María Teresa Garcés Lloreda como miembro del Consejo Nacional Electoral con fundamento exclusivo en el artículo 264 de la nueva Constitución que presscribe las calidades necesarias para desempeñar el cargo.*

Humberto Mora Osejo.

Fecha ut supra.

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades /**TRANSITO CONSTITUCIONAL** (Aclaración de Voto)

Voté afirmativamente a la ponencia, no por compartir el criterio mayoritario de que no podía darse aplicación al artículo 17 del Código Electoral respecto a la Asamblea Constituyente por no tener este organismo existencia al momento de expedirse la ley, sino porque, en mi sentir, la nueva Constitución Política determinó en forma especial el régimen de inhabilidades para quienes integraron la Asamblea, y por ello es éste el que regía la situación de la ex constituyente. Dentro de este régimen, el artículo transitorio 2 inhabilitó a los constituyentes para las primeras elecciones del Congreso, y el 22 ibídem para ser magistrados de la Corte Constitucional, pero nada dijo la Carta respecto al Consejo Nacional Electoral; luego cabe entender que para este organismo los constituyentes no fueron inhabilitados.

Consejo de Estado.– Sala Plena.– Aclaración de Voto de la Doctora Dolly Pedraza de Arenas.– Santafé de Bogotá, D.C., septiembre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. C–186. Actor: María Teresa Garcés Lloreda.– Confirmación.

Por no coincidir con la razón expresada en la decisión para no dar aplicación a la inhabilidad consagrada en el artículo 17 del Código Electoral, me veo obligada a explicar mi voto afirmativo.

Dice la providencia que "... la incompatibilidad a que se refiere el artículo 17 del Código Electoral (decreto Ley 2241 de 1986) tan sólo puede referirse a las corporaciones públicas previstas por la Carta Política para la

época de expedición del citado Código Electoral, a saber: Congreso de la República, Asambleas y Concejos, pero en ningún caso podría comprender como corporación popular la Asamblea Constituyente, por la potísima razón de que ésta figura jurídica excepcional, no se preveía en ninguno de los 218 artículos de esa compilación".

Con todo respeto estimo que el planteamiento es equivocado. La naturaleza general y abstracta de la ley, como lo manifestó la doctora Clara Forero de Castro en su salvamento de voto, la hace aplicable a todas las situaciones que se adecúen a ella no sólo al momento de su expedición, sino en el futuro. La ley es una máxima actuante destinada a producir efectos imperativos durante toda su vigencia y por ello rige en todos los casos en que se den los presupuestos contenidos en ella, concomitantes o futuros.

De manera que voté afirmativamente la ponencia, no por compartir el criterio mayoritario de que no podía darse aplicación al artículo 17 del Código Electoral respecto a la Asamblea Constituyente por no tener este organismo existencia al momento de expedirse la ley, sino porque en mi sentir, la nueva Constitución Política determinó en forma especial el régimen de inhabilidades para quienes integraron la Asamblea y por ello es éste el que regía la situación de la exconstituyente, doctora María Teresa Garcés Lloreda.

Dentro de este régimen, el artículo 2o. transitorio inhabilitó a los constituyentes para las primeras elecciones del Congreso y el 22 ibídem, para ser magistrados de la Corte Constitucional, pero nada dijo la Carta, respecto al Consejo Nacional Electoral, luego cabe entender que para este organismo los constituyentes no fueron inhabilitados. Esta fue la razón de mi voto afirmativo a la ponencia que terminó decidiendo conformar la elección que la Corporación hiciera a la doctora María Teresa Garcés Lloreda, como miembro del Consejo Nacional Electoral.

Dolly Pedraza de Arenas.

CONSEJERO ELECTORAL–Requisitos/**CONSEJERO LECTORAL**–Inhabilidades/**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**–Naturaleza/**CORPORACION POPULAR** (Salvamento de Voto)

La actora se encontraba inhabilitada para ejercer las funciones para las cuales fue elegida, entre otras razones, porque el artículo 17 del Código Electoral continúa vigente, ya que el artículo 264 de la Constitución Política de 1991 se refiere a las calidades que deben reunir los miembros del Consejo Nacional Electoral, pero ninguna norma de la nueva Carta consagra las inhabilidades, por lo cual el citado artículo del estatuto electoral es perfectamente compatible con la nueva Carta Política; y dado su origen (elección popular) y su conformación (cuerpo colegiado), para el suscrito Consejero no hay duda de que la Asamblea Nacional Constituyente fue una "corporación popular".

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez.–

Referencia: Expediente No. C–186. Actor: María Teresa Garcés Lloreda. Confirmación.

Las razones que con todo respeto me llevaron a apartarme del criterio mayoritario contenido en la providencia que confirmó la elección de la doctora María Teresa Garcés Lloreda como miembro del Consejo Nacional Electoral, coinciden con las expresadas por varios de los Consejeros que igualmente salvaron el voto y que se concretan fundamentalmente en que la doctora Garcés Lloreda se encontraba inhabilitada para ejercer las funciones para las cuales fue elegida, por las siguientes razones:

1a.– Porque el artículo 17 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) continúa vigente, ya que el artículo 264 de la Constitución Política de

1991 se refiere a las calidades que deben reunir los miembros del Consejo Nacional Electoral, pero ninguna norma de la nueva Carta consagra las inhabilidades, por lo cual el citado artículo del estatuto electoral es perfectamente compatible con la nueva Carta Política.

2a.– Porque, dado su origen (elección popular) y su conformación (cuerpo colegiado), para el suscrito Consejero no hay duda de que la Asamblea Nacional Constituyente fue una "corporación popular".

3a.– Porque dicha corporación popular, por serlo, quedó incluida dentro de las previsiones del citado artículo 17 del Código Electoral, ya que las normas generales, por su esencia y naturaleza, son dictadas para que se apliquen a todas las personas, bienes o situaciones *que se encuentren o lleguen a encontrarse dentro de la circunstancia abstracta prevista en la norma.* Es decir, que las normas generales se expiden no solo para regular las situaciones presentes sino también las futuras que correspondan a la hipótesis normativa, contrariamente a lo sostenido por algunos Consejeros durante la discusión y en la providencia aprobada, en el sentido de que la ley sólo cobija las situaciones presentes, por lo cual el artículo 17 del Código Electoral sólo se referiría a las corporaciones públicas existentes en el momento en que fue expedido. Por lo tanto, considero francamente equivocada la "potísima razón" aducida en este sentido en la providencia para excluir la Asamblea Nacional Constituyente de la aplicación del artículo 17 del Código Electoral.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. *Daniel Suárez Hernández.*

De otra parte, los doctores Alvaro Lecompte Luna, Jorge Penen Deltieure y Amado Gutiérrez Velásquez, redujeron sus salvamentos de voto a lo siguiente:

Dr. Alvaro Lecompte Luna:

Por cuanto el criterio del suscrito coincide con el expresado por los señores magistrados que han salvado voto en torno a los temas jurídicos que son la base del proveído que confirmó a la doctora María Teresa Garcés Lloreda, se remite a los mismos.

CONSEJERO ELECTORAL–Requisitos/**CONSEJERO LECTORAL**–Inhabilidades/**ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE**–Naturaleza/**CORPORACION POPULAR** (Salvamento de Voto)

La actora se encontraba inhabilitada para ejercer las funciones para las cuales fue elegida, entre otras razones, porque el artículo 17 del Código Electoral continúa vigente, ya que el artículo 264 de la Constitución Política de 1991 se refiere a las calidades que deben reunir los miembros del Consejo Nacional Electoral, pero ninguna norma de la nueva Carta consagra las inhabilidades, por lo cual el citado artículo del estatuto electoral es perfectamente compatible con la nueva Carta Política; y dado su origen (elección popular) y su conformación (cuerpo colegiado), para el suscrito Consejero no hay duda de que la Asamblea Nacional Constituyente fue una "corporación popular".

Salvamento de Voto del Consejero Libardo Rodríguez Rodríguez.–

Referencia: Expediente No. C–186. Actor: María Teresa Garcés Lloreda. Confirmación.

Las razones que con todo respeto me llevaron a apartarme del criterio mayoritario contenido en la providencia que confirmó la elección de la doctora María Teresa Garcés Lloreda como miembro del Consejo Nacional Electoral, coinciden con las expresadas por varios de los Consejeros que igualmente salvaron el voto y que se concretan fundamentalmente en que la doctora Garcés Lloreda se encontraba inhabilitada para ejercer las funciones para las cuales fue elegida, por las siguientes razones:

1a.– Porque el artículo 17 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986) continúa vigente, ya que el artículo 264 de la Constitución Política de

1991 se refiere a las calidades que deben reunir los miembros del Consejo Nacional Electoral, pero ninguna norma de la nueva Carta consagra las inhabilidades, por lo cual el citado artículo del estatuto electoral es perfectamente compatible con la nueva Carta Política.

2a.– Porque, dado su origen (elección popular) y su conformación (cuerpo colegiado), para el suscrito Consejero no hay duda de que la Asamblea Nacional Constituyente fue una "corporación popular".

3a.– Porque dicha corporación popular, por serlo, quedó incluida dentro de las previsiones del citado artículo 17 del Código Electoral, ya que las normas generales, por su esencia y naturaleza, son dictadas para que se apliquen a todas las personas, bienes o situaciones *que se encuentren o lleguen a encontrarse dentro de la circunstancia abstracta prevista en la norma.* Es decir, que las normas generales se expiden no solo para regular las situaciones presentes sino también las futuras que correspondan a la hipótesis normativa, contrariamente a lo sostenido por algunos Consejeros durante la discusión y en la providencia aprobada, en el sentido de que la ley sólo cobija las situaciones presentes, por lo cual el artículo 17 del Código Electoral sólo se referiría a las corporaciones públicas existentes en el momento en que fue expedido. Por lo tanto, considero francamente equivocada la "potísima razón" aducida en este sentido en la providencia para excluir la Asamblea Nacional Constituyente de la aplicación del artículo 17 del Código Electoral.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez.

Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Dr. *Daniel Suárez Hernández.*

De otra parte, los doctores Alvaro Lecompte Luna, Jorge Penen Deltieure y Amado Gutiérrez Velásquez, redujeron sus salvamentos de voto a lo siguiente:

Dr. Alvaro Lecompte Luna:

Por cuanto el criterio del suscrito coincide con el expresado por los señores magistrados que han salvado voto en torno a los temas jurídicos que son la base del proveído que confirmó a la doctora María Teresa Garcés Lloreda, se remite a los mismos.

Dr. Jorge Penen Deltieure:

Como tuve oportunidad de expresarlo durante la discusión de la ponencia de la referencia, con todo respeto me aparto del criterio mayoritario porque estimo que a tenor del artículo 17 del Código Electoral (Decreto 2241 de 1986), cuya vigencia no pongo en duda, la Doctora María Teresa Garcés Lloreda está inhabilitada para ser miembro del Consejo Nacional Electoral por haber formado parte de la Asamblea Nacional Constituyente, como delegataria, que expidió la Constitución Nacional hoy vigente.

Suponer que la mencionada Asamblea Nacional Constituyente no era "corporación electoral" equivale a negarle su origen. Y pretender que el artículo 17 no podía referirse a la Asamblea Nacional Constituyente porque ésta para la fecha de la expedición del citado Código no existía, equivale a entender que no se legisla para el futuro, desnaturalizando así la razón de ser del ordenamiento legal.

Dr. Amado Gutiérrez Velásquez:

Como no dudo que la Asamblea Nal. Constituyente fue una Corporación popular, para la que fue elegida delegataria la Dra. María Teresa Garcés Lloreda, considero que ella se encuentra inhabilitada para ser miembro del Consejo Nacional Electoral al tenor de lo previsto en el Art. 17 del Decreto 2241 de 1986.

Por ello discrepo de la decisión que por mayoría absoluta adoptó la Sala Plena de la Corporación, estimando, eso sí, que basta esa mayoría para la confirmación de la elección, habida cuenta que la ley no exige para tal efecto la mayoría calificada de las dos terceras partes que sí se requiere para la elección.

Consejo de Estado.— Sala Plena.— Aclaración de Voto del Doctor Miguel González Rodríguez.

Referencia: Expediente No. C—186.

La razón de mi aclaración de voto al proyecto de decisión adoptada finalmente por la mayoría de los integrantes de la Sala, es la de que consideré que el artículo 17 del Código Electoral sigue vigente después de la expedición y vigencia del nuevo ordenamiento constitucional, pero que esa inhabilidad que consagra la norma no es aplicable a los ciudadanos que, como la elegida, formaron parte de la Asamblea Constituyente, en consideración a

que dicha corporación de elección popular no podía ser de aquéllas a que se refirió el legislador en el año de 1986, que no se encontraba en su mente entonces.

Ese criterio, finalmente, se expresa en el texto final de la decisión elaborado por el ponente, siguiendo en ello la posición mayoritaria.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

Fecha: Ut Supra.

ACCION/PRETENSION/RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION– Técnica

En el cargo se confunde lo abstracto y público del derecho de acción con el derecho subjetivo y concreto que se pretendió en el juicio. No es suficiente una censura de tipo general a la sentencia y, menos aún con relación al contenido del proceso, porque no es el caso de una alegación de instancia en que pueda calificarse el criterio del juez respecto de lo que fue causa de la convicción reflejada en la parte resolutiva del fallo.

RECURSO DE RECONSIDERACION/ERROR ARITMETICO/RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION– Improcedencia

Dado que una es la norma que señala los casos en que "se presenta error aritmético" y otra la que consagra el recurso de reconsideración, no resulta concebible cómo pudo la sentencia impugnada infringir directamente la segunda disposición a través del análisis de la primera, siendo disposiciones diferentes. Además, no es cierto que se hubiera coartado el derecho de recurrir sino que la actora utilizó el recurso de reconsideración para fines no autorizados por la ley.

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

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. A–067. Actor: Citroautos Internacional Limitada.– Recurso de Anulación.

Se decide el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el apoderado de la demandante "CITROAUTOS INTERNACIONAL LIMITADA" contra la sentencia de segunda instancia del 9 de octubre de 1987, por la que la Sección Cuarta de esta Corporación confirma la que dictó en junio de 1986 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarándose inhibido para proferir decisión de fondo respecto de la primera súplica de la demanda y denegando las demás.

I.– ANTECEDENTES:

1.– El *petitum* de la demanda es de este tenor:

"a) Se declare la nulidad de la operación administrativa por medio de la cual se establecieron los impuestos de renta, complementarios y sanciones a cargo de la Compañía que represento por el año gravable de 1981 integrada por los siguientes actos: liquidación de corrección No. 400248 del 8 de mayo de 1984 originaria de la Administración de Impuestos de Bogotá, y resolución No. 000092 del 4 de septiembre de 1984, originaria de la División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá.

b) Que mediante la decisión que habrá de tomar el H. Tribunal, se ordene el restablecimiento del derecho tributario y en consecuencia se determine como impuesto a cargo de mi poderdante el establecido en su liquidación privada.

c) Como consecuencia de lo anterior, se ordene la devolución de las sumas pagadas en exceso sobre la liquidación que se practique". (Fl. 35).

2.– Los hechos materia del litigio los sintetiza la impugnante así:

"1).– La Administración de Impuestos de Bogotá le practicó a la Compañía la liquidación de corrección No. 40028, de fecha mayo 8 de 1984, mediante la cual se determinó los impuestos de renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1981.

2).– Mediante dicha liquidación determinó como impuesto de renta a cargo de la Compañía la suma de $20.412.012 contra $285.752 determinados por la Compañía en su liquidación privada.

3).– Con fecha 29 de junio de 1984, la Compañía interpuso recurso de reconsideración explicando que había omitido en su declaración el valor de compras o costos incurridos en el año por un valor de $100.394.659 y además, presentó la determinación del costo por el sistema de juego de inventarios que debía contener la sección E del formulario oficial,

donde se informa entre otros factores el valor del inventario final por $8.886.108.

4).– La División de Liquidación de la Administración de Impuestos de Bogotá resolvió el recurso mediante resolución No. 000092 del 4 de septiembre de 1984, confirmando la liquidación recurrida.

5).– El 11 de diciembre de 1984, se inició acción de restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En ejercicio de esta acción se solicitó tener en cuenta para resolver la acción puntos no discutidos en la vía gubernativa y también el reconocimiento de los costos de acuerdo con la contabilidad de la Compañía.

6).– El Tribunal resolvió el juicio mediante sentencia del 28 de junio de 1986 con sentencia inhibitoria de la aceptación de los puntos no discutidos en la vía gubernativa y denegó las súplicas de la demanda sobre los restantes cargos de violación". (Fols. 142-143).

3.– Para abstenerse de proferir decisión de fondo en lo concerniente al primer argumento esgrimido por la actora "sobre la improcedencia de la liquidación de corrección y la alegada violación de los artículos 24 y 25 del Decreto 3803 de 1982, 76 de la Ley 9a. de 1983 y de los artículos 42 de la Ley 52 de 1977 y 19 del Decreto 3803 de 1983, por no aplicación". (Fol. 84), expresó el Tribunal:

"En efecto, en el recurso administrativo, (véase cuaderno de antecedentes administrativos), la demandante no atacó por parte alguna la procedencia o no de la liquidación de corrección sino que sus argumentaciones consistieron en alegar errores de mecanografía y errores de transcripción a máquina en algunos anexos y en la información de formulario, respecto de las cantidades corregidas por la Administración.

. . . . . .

Y es que dentro del agotamiento de la vía gubernativa es forzoso entender la necesidad de que a la Administración se le haya planteado los mismos hechos que van a constituir el debate ante esta jurisdicción". (Fols. 83-84).

En cuanto a la violación por indebida aplicación del último o 5o. inciso del artículo 7o. del Decreto 2821 de 1974, porque según se afirma en la demanda "se trata de una norma que fue derogada tácitamente por los artículos 30, 31, 32 y 59 de la ley 52 de 1977" (Fol. 39), dice el Tribunal que, vigente o no vigente tal disposición, "es aspecto que resulta inocuo para el resultado de la litis porque la corrección aritmética efectuada a la demandante en ejercicio del artículo 24 del Decreto 3803 de 1982, como su nombre lo

indica, no implica un método de determinación del tributo sino de simple corrección aritmética a los datos declarados en el formulario de denuncia fiscal, (declaración inicial o adición), y por ello tal corrección no agota el ejercicio de la facultad de revisión, según expreso mandato del artículo 25 del Decreto arriba citado". (Fols. 86-87).

Agrega el Tribunal:

"En este orden de ideas, dentro del recurso contra el acto de corrección no puede introducirse modificaciones a las declaraciones, ajenas al fenómeno de la corrección aritmética en sí, que es el objeto y ámbito de la corrección establecida en el artículo 24 del citado Decreto 3803 de 1982.

Entonces, con o sin vigencia del último inciso del artículo 7o. del Decreto 2821 de 1974, las pruebas tendientes a demostrar el real valor de las compras y el inventario final no podían aceptarse por la vía del recurso contra el acto de liquidación de corrección aritmética.

Tal recurso está destinado a destruir, modificar o ratificar la corrección aritmética pero no a demostrar las omisiones en que se pudo incurrir en la declaración". (Fol. 87).

4.– Por encontrarla ajustada a Derecho, la Sección Cuarta, mediante el fallo impugnado de segunda instancia que se lee a folios 123 a 137, confirmó lo decidido por el Tribunal, recalcando que el recurso de reconsideración interpuesto por la accionante no tuvo la virtualidad de agotar la vía gubernativa, "pues de la simple lectura del memorial en el cual se interpuso el recurso administrativo, puede precisarse que la contribuyente, no cuestionó ni la procedencia de la liquidación de corrección aritmética, ni su legalidad y solamente justificó sus falencias en errores mecanográficos". (Fol. 134).

Y agregó:

"En estas condiciones a juicio de la Sala, puede afirmarse que evidentemente como lo dijo el Tribunal de instancia, no hubo el debido agotamiento de la vía gubernativa en este aspecto y por ello el fallo debía ser inhibitorio con relación a esta petición.

Comparte la Sala el planteamiento enunciado por el señor fiscal tercero de esta Corporación cuando afirma que la contribuyente 'se mostró conforme' con la liquidación que ahora tacha de improcedente". (Fl. 134).

Por lo demás, en relación con la violación del precitado inciso quinto y último del artículo 7o. del Decreto 2821 de 1974 –por indebida aplicación–

en el fallo recurrido se tiene en cuenta que "es cierto que en la resolución No. 00092 del 4 de septiembre de 1984 aquí impugnada, se cita una norma que para la fecha de su expedición ya estaba derogada, pero se hace allí también referencia expresa a la norma vigente que la reemplazó, el artículo 23 de la ley 52 de 1977, el cual prevé la forma para adicionar o modificar los datos básicos incluidos en el formulario de denuncio fiscal, norma que a juicio de la Sala era aplicable para el caso controvertido y en la cual no se prevé la posibilidad de adición a través de un recurso de reconsideración interpuesto enfrente a una liquidación de simple corrección aritmética".

Y continúa:

"El citar el artículo 7o. último inciso del decreto 2821 de 1974 no implica la ilegalidad de tal decisión, toda vez que en frente al citado artículo 23 de la ley 52 de 1977 no era posible una adición a la declaración ya presentada, sin plena comprobación de los hechos y asumiendo las sanciones correspondientes, ya que el hecho de que se hubiera invocado una norma derogada, no implica la posibilidad de inclusión de nuevos valores, si existe norma expresa y vigente para regular tal efecto.

Como lo anota adecuadamente el fallo apelado, la corrección aritmética efectuada a la declaración de la demandante, 'no implica un método de determinación del tributo sino de simple corrección aritmética a los datos declarados en el formulario...' y a juicio de la Sala es por esta razón que surge la imposibilidad de adición de valores y cifras, a través del recurso de reconsideración contra ella ejercido.

Por ello el hecho, citado por el recurrente, de que la ley no distingue con relación a los recursos de reconsideración, no es válido para afirmar lo contrario". (Fls. 135 *in fine*, 136).

II.- EL RECURSO

Son tres los cargos contra la sentencia impugnada, que la sociedad recurrente, por conducto de apoderado, formula y sustenta así:

Primer Cargo

"La sentencia recurrida viola en forma directa el artículo 85 del decreto 01 de 1984, el cual no obstante hallarse en un código de procedimiento, es una norma sustantiva puesto que consagra un derecho sustancial cual es el de solicitar la anulación del correspondiente acto administrativo y el restablecimiento del derecho lesionado.

Por virtud de tal norma, el contribuyente, por intermedio de su apoderado solicitó al Tribunal y al Consejo de Estado la anulación de los ac-

tos administrativos mediante los cuales se determinó el impuesto de renta y complementarios a su cargo por el año gravable de 1981.

Para tal efecto se alegó en la demanda y en el recurso de apelación que se interpuso contra la sentencia del Tribunal, la posibilidad de aducir puntos no discutidos en el proceso gubernativo, derecho que se encuentra implícito en el artículo 85 citado.

Ante tal planteamiento la sentencia se expresó en los siguientes términos:

'La argumentación que incluye el señor apoderado de la actora al sustentar el recurso de apelación que ahora se resuelve, son citas de reconocidas autoridades en la materia de gran valor doctrinario y jurisprudencial, pero las cuales *no son aplicables al caso de autos, pues todas ellas se refieren a la posibilidad de adicionar argumentos ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa contra actuaciones ya cuestionadas ante la administración,* situación que no es procedente pues como ya se anotó, la contribuyente no cuestionó ante la Administración de liquidación de corrección aritmética y por el contrario la aceptó al dar explicaciones respecto de cada uno de los errores allí anotados'. (He subrayado).

Siendo equivocada la apreciación hecha en la sentencia, que fue determinante en el fallo adverso de la misma, debe concluirse que se violó el artículo 85 del decreto 01 de 1984". (Fols. 143-144).

El señor Fiscal Tercero de la Corporación conceptúa que el cargo no puede prosperar, expresando:

"El párrafo que transcribe la recurrente no se refiere al artículo 85 del Decreto 01 de 1984 y, por lo mismo, no puede hablarse de errónea interpretación de este precepto.

Por otra parte, la norma comentada se refiere a la denominada acción de nulidad, y el párrafo que destaca la recurrente se refiere al indebido agotamiento de la vía gubernativa". (Fol. 160).

SE CONSIDERA:

La acción es entendida por los procesalistas como un derecho individual de carácter público y abstracto, en la medida en que sólo faculta para poner en movimiento, mediante el proceso, la función jurisdiccional del Estado a fin de obtener una sentencia. Lo concreto y particular son las pretensiones

del actor frente a su demandado, con las cuales no puede confundirse la acción, que es un derecho autónomo y subsistente por sí mismo. Es ella un poder que se agota con el proceso, independientemente de las resultas del mismo y que no puede entenderse desconocido cuando la sentencia resulte adversa a lo pretendido en la demanda. De ser esto cierto, se tendría el absurdo de que todo proceso debe culminar en sentencia favorable al actor.

La sentencia que se impugna a través de este recurso confirma el fallo en el que el Tribunal se declara inhibido para decidir de fondo una de las pretensiones de la actora y deniega las demás. Luego, mal puede afirmarse, como lo hace la impugnante, que la sentencia viole directamente el artículo 85 del C.C.A., por ser norma "que consagra un derecho sustancial cual es el de solicitar la anulación del correspondiente acto administrativo y el restablecimiento del derecho lesionado". Fácilmente se advierte que en el cargo se confunde lo abstracto y público del derecho de acción con el derecho subjetivo y concreto que se pretendió en el juicio: como si la legalidad de la acción se comunicara automáticamente al *petitum* de la demanda, convirtiéndolo en "un derecho sustancial" y debiéndose, por lo mismo dictar sentencia favorable a lo pretendido, so pena de violar el derecho de acción que consagra el precitado artículo 85, conclusión obviamente absurda.

De otra parte, conviene recordar que, según lo ha puntualizado la Corporación en numerosos casos, la formulación del recurso de anulación está sujeta a ciertos requisitos de contenido y forma cuya ausencia es obstáculo para un pronunciamiento de mérito respecto de los cargos formulados.

Debe tener en cuenta el recurrente que, siendo de suyo el cargo una imputación de conducta injurídica, ha de constituir un silogismo de demostración apodíctica que, partiendo de premisas ciertas, conduzca a la conclusión lógica de que un precepto constitucional o legal ha sido quebrantado por la sentencia. Se exige para ello la necesaria confrontación directa de la sentencia con la norma invocada. Cualquier referencia a las condiciones de la acción o a los elementos de juicio que en el proceso hubierán podido llevar a una decisión diferente, está fuera de lugar.

Deber adicional del recurrente es el de poner de relieve, *en forma expresa*, ("expresando la incidencia", dice la norma), la necesaria relación de causalidad entre la resolución de la sentencia y la violación pregonada, haciendo ver cómo aquella viene a ser el medio o instrumento, causa instrumental o material, de ésta y a través de la cual, por ella o con ella, pudo el fallador haber decidido *contra legem*.

No es suficiente una censura de tipo general a la sentencia y, menos aún, con relación al contenido del proceso, porque no es el caso de una alegación de instancia en que pueda calificarse el criterio del juez respecto de lo que fue causa de la convicción reflejada en la parte resolutiva del fallo.

Se limitó la parte recurrente en el *sub lite* a afirmar que "siendo equivocada la apreciación hecha en la sentencia, debe concluirse que se violó el artículo 85 del decreto 01 de 1984", con lo cual obviamente no satisface las exigencias técnicas del recurso.

De esta suerte, también por el aspecto técnico el cargo carece de vocación de prosperidad.

Segundo Cargo

"También se violó en forma directa el artículo 27 del Decreto 3803 de 1982, que como la norma anterior, no obstante encontrarse en un código de procedimiento, es sustantiva en cuanto consagra el derecho de recurrir contra las liquidaciones oficiales de impuestos de competencia de Dirección de Impuestos Nacionales.

La liquidación de corrección aritmética es una liquidación oficial mediante la cual se determinan los impuestos de un contribuyente en forma definitiva si dentro de los dos años siguientes a la presentación de la declaración de renta no se practica la liquidación de revisión que la sustituya.

La sentencia recurrida viola la norma mencionada al afirmar lo siguiente:

'La norma transcrita es la única que en la Legislación Tributaria describe y enumera los errores aritméticos, los cuales están conformados exclusivamente por equivocaciones en las cuatro operaciones básicas nunca en materia conceptual o de hermenéutica y por ello *la única modificación legalmente posible por esta vía es la que resulta de la recorrección de tales errores'* (He subrayado).

Al hacer esta apreciación se mutila el alcance de la ley pues ella establece el recurso de reconsideración para todas las liquidaciones oficiales sin hacer ninguna distinción". (Fl. 144).

Tras expresar que el párrafo de la sentencia transcrita en la censura "no se refiere al artículo 27 (que es el que considera violado la recurrente) sino al 24 del Decreto 3803 de 1982" y de hacer referencia a que el recurso de reconsideración "no puede aprovecharse para introducir modificaciones o enmiendas a las declaraciones de renta", el señor Fiscal Tercero conceptúa negativamente respecto de la prosperidad de este cargo. (Fol. 161).

SE CONSIDERA:

También en este cargo se dan las deficiencias técnicas que se anotaron para el anterior y que resulta supérfluo repetir. Aparte de ésto, salta a la

vista que es justo el reparo que le hace el Ministerio Público pues el aparte de la sentencia citado se refiere a una norma diferente de la que tiene por violada la parte recurrente.

En efecto: la sentencia materia del recurso, en el aparte inserto en el cargo, no hace cosa distinta de comentar la norma que transcribe bajo la frase "El artículo 24 del decreto 3803 de 1982 precisa lo que debe entenderse por error artimético así:... ". (Fls. 132).

Dado que una es la norma que señala los casos en que *"se presenta error aritmético"* (art. 24, Decreto 3803 de 1982) y otra la que consagra el recurso de reconsideración (artículo 27), no resulta concebible cómo pudo la sentencia impugnada infringir directamente la segunda disposición a través del análisis de la primera, siendo disposiciones diferentes.

Además, no es cierto que se hubiera coartado el derecho de recurrir sino que la actora utilizó el recurso de reconsideración para fines no autorizados por la ley, como tinosamente lo observa el señor Fiscal Tercero.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

Tercer Cargo

> "La sentencia recurrida también violó el artículo 7o. del decreto 2821 de 1974, subrogado posteriormente por el artículo 23 de la ley 52 de 1977 y finalmente sustituidos por el artículo 71 de la ley 9a. de 1983.
>
> En efecto, según la sentencia acusada se estimó que los argumentos aducidos para pedir el reconocimiento de un derecho sustancial (costos y deducciones) constituían una corrección de la declaración de renta del contribuyente, hecho que no tuvo ocurrencia, pues las alegaciones presentadas en la demanda pretenden el reconocimiento de costos, consistentes en las compras realizadas durante el año gravable, desconocidos por la liquidación de corrección impugnada, que se convirtió en definitiva". (Fol. 145).

El Ministerio Público conceptúa que este cargo "tampoco puede prosperar puesto que es una prolongación del anterior ya que en el fondo la recurrente lo que pretende sostener es que al interponer el recurso de reconsideración, los contribuyentes pueden adicionar o introducir enmiendas sustanciales a sus declaraciones de renta". (Fols. 161-162).

SE CONSIDERA:

El artículo 71 de la Ley 9a. de 1983, que la impugnante señala como violado, consagra la facultad que tiene el contribuyente para "corregir los

errores o modificar los factores de su declaración de renta tributaria" dentro del término allí establecido, corrección o modificación que no es posible hacer a través de la interposición del recurso de reconsideración que el artículo 27 del Decreto 3803 de 1982 consagra contra las liquidaciones oficiales de impuestos; pero que debe sujetarse a los requisitos señalados por el artículo 28 *ibídem*, que, en su literal a) preceptúa que el contribuyente debe formularlo "por escrito *con expresión concreta de los motivos de inconformidad*", que destaquen los errores y defectos en que se haya incurrido en la liquidación.

Como quiera que no es posible confundir las previsiones del artículo 71 de la Ley 9 de 1983 con las de los precitados artículos 27 y 28, consagrantes de un medio de impugnación y de los requisitos del mismo, tampoco resulta legalmente viable que el contribuyente pueda, por medio del recurso que estos artículos consagran y reglamentan, ejercitar la facultad de que trata aquella disposición, puesto que, por una parte, se desnaturaliza el recurso (por no ser el recurso del artículo 27, sino la facultad del artículo 71) y, por la otra, ya no se trataría de que la Administración *volviese a considerar* una realidad tributaria dada, respecto de la cual emitió una apreciación fiscal o matemática que no satisfizo al recurrente, sino que se vería avocada a emitir un nuevo juicio en razón de la nueva realidad resultante de la modificación de los factores indicados en la declaración de renta o de la inclusión de los que se hubiesen omitido en ella.

Por consiguiente, forzoso en concluir con el Ministerio Público que, en el fondo, lo que pretende el recurrente en el cargo es sostener "que al interponer el recurso de reconsideración, los contribuyentes pueden adicionar o introducir enmiendas sustanciales a sus declaraciones de renta". (Fls. 161-162).

Por lo demás, fácil es advertir que para que la pregonada violación pudiera configurarse en la forma planteada, le correspondía a la recurrente de demostrar el supuesto de hecho previsto en la norma, lo cual implicaría volver sobre el acervo probatorio que no es de recibo en este recurso.

En tal virtud, el cargo no prospera.

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

FALLA:

No prospera el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la sociedad demandante. contra la sentencia del nueve (9) de octubre de mil

novecientos ochenta y siete (1987), proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE A LA SECCION DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 8 de octubre de 1991.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Juan de Dios Montes Hernández, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; *Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández,* Con aclaración de Voto; *Julio César Uribe Acosta,* Aclaró Voto; *Diego Younes Moreno, Alejandro Bula Ordosgoitía,* Conjuez; *Alfredo Lewin Figueroa,* Conjuez.

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SENTENCIA–Técnica (Aclaración de Voto)

En el fallo debió hacerse precisión en cuanto a la falta de técnica observada por los sentenciadores de instancia al inhibirse con respecto a la primera pretensión y al mismo tiempo denegar la segunda y tercera peticiones que el demandante había concatenado y hecho depender de la primera.

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

Ponente: *Dr. Reynaldo Arciniegas Beadecker.*

Referencia: Expediente No. A–067. Actor: Cintroautos Internacional Ltda.

Suscribí la sentencia de 9 de octubre del corriente año por estar conforme con ella, pero estimé, y así lo sigo considerando, que en el fallo debió hacerse precisión en cuanto a la falta de técnica observada por los sentenciadores de instancia al *inhibirse* con respecto a la primera pretensión y al mismo tiempo *denegar* la segunda y tercera peticiones que el demandante había concatenado y hecho depender de la primera. En otros términos, al desatarse los recursos, con mayor veras por la Sala Plena, no es suficiente que se decida el caso concreto, si no que, a la vez, debe aprovecharse la ocasión para hacer pedagogía judicial, resaltando eventuales equivocaciones cometidas durante las instancias, así no tengan repercusión en la parte resolutiva del recurso.

Basta con leer el *petitum* demandatorio para deducir que de no prosperar la primera de las pretensiones, o, de inhibirse el juzgador para resolverla de mérito, igual suerte corrían el segundo y el tercero de dichos pedimentos, por la manera como los formuló el actor.

Con todo respeto,

Daniel Suárez Hernández.

Santafé de Bogotá, D.C., 15 de octubre de 1991.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de Voto del Consejero Dr. *Julio César Uribe Acosta,* refiere su conocida posición sobre norma de habilitación, respecto del recurso extraordinario.

RENUNCIA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION/INTERPRETACION ERRONEA

La sentencia impugnada asimiló los términos libre y espontáneo, lo cual es correcto. Es decir que bien puede afirmarse que todo lo libre es espontáneo y viceversa. Y como fue en el elemento libertad que el juzgador de segunda instancia estructuró su fallo, no encuentra la Sala interpretación errónea que lleve a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. S–081. Actor: Luis Eduardo Becerra B. Recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de fecha 19 de julio de 1984, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.– Demandado: Instituto Colombiano de la Reforma Agraria - Incora.

Adelantado el trámite de reconstrucción del expediente, se procede a resolver el recurso extraordinario de anulación interpuesto por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –Incora–, contra la sentencia de la referencia por la cual se confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el que se accedió a las súplicas de la demanda.

I.– SENTENCIA RECURRIDA

Mediante la sentencia recurrida en anulación, la Sección Segunda del Consejo de Estado, confirmó la de primer grado, al considerar que no existe

duda alguna acerca de que las normas que regulan lo relativo a las renuncias de los empleados de la Administración Pública fueron violadas, especialmente el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968.

Que en el caso en estudio, si bien es verdad el empleado desempeñaba la Jefatura de la División de administración de personal del Incora, y no se encontraba en carrera administrativa, no es menos cierto que tal calidad no facultaba al organismo, ya nombrado, para exigirle la renuncia, pues de conformidad con la ley hubiera podido hacer uso de la facultad de libre nombramiento y remoción a que se refiere el artículo 26 del decreto 2400 de 1968.

Que, además, no puede afirmarse que la renuncia presentada tuviera el carácter de protocolaria, es decir que hubiera sido presentada como "la voluntad inequívoca del funcionario de dejar en libertad al nominador para reorganizar la dependencia respectiva", sino que está probado de manera suficiente, que al contrario, fue producto de una clara y no disimulada presión por parte del Gerente del Incora a través de otro funcionario, y que, antes de que dicha renuncia se presentara, el mismo Gerente solicitó de la Junta Directiva autorización para nombrar a Ricardo Peláez Duque en reemplazo de Luis Eduardo Becerra, por lo que la renuncia presentada por el actor no fue producto de su libre y espontánea voluntad.

II.– CARGOS CONTRA LA SENTENCIA OBJETO DEL RECURSO

En el escrito de interposición del recurso extraordinario de anulación contra la sentencia de fecha 19 de julio de 1984, plantea el recurrente el siguiente cargo:

> "Violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 27 del decreto 2400 de 1968".

Hace consistir la violación en que, según la norma citada, la renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse definitivamente del servicio y que el fallador de segunda instancia, cambió la expresión inequívoca por espontánea, términos sustanciales diferentes, que al asimilarlos llevaron al fallador a violar directamente la ley sustancial y de esta manera equivocada accedió a las súplicas de la demanda.

Que la misma norma aplicada (art. 27 Decreto 2400 de 1968) dice cuáles son las renuncias prohibidas y que carecen de valor, entre éstas las que por cualesquiera otras circunstancias pongan con anticipación en manos del jefe del organismo, la suerte del empleado, y en el presente caso resulta muy difícil predicar esta situación, por lo que sólo la interpretación errónea de este aparte de la disposición legal por parte del sentenciador fue lo que lo llevó a considerar que la renuncia presentada contrariaba el artículo 27 citado.

III.– IMPUGNACION DEL RECURSO

El actor se opuso a la prosperidad de las pretensiones del recurrente manifestando que éste hace creer que el Consejo de Estado únicamente se apoyó en el artículo 27 del decreto 2400 de 1968, cuando del texto de la sentencia se desprende que ésta se refiere a las normas que regulan lo relativo a las renuncias de los empleados de la administración pública, especialmente el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968. Que, además, en la demanda se cita el 111 del Decreto 1950 de 1973 según el cual: "La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta por escrito en forma espontánea e inequívoca su decisión de separarse del servicio". Que, por lo demás, no se reunen las condiciones para que prospere el recurso de anulación.

CONSIDERACIONES:

Preceptúa el artículo 27 del decreto 2400 de 1968 que señala el impugnante como quebrantado:

> "Todo el que sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. La renuncia se produce cuando el empleado manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de separarse del servicio.
>
> "La providencia por medio de la cual se acepta la renuncia deberá determinar la fecha de retiro y el empleado no podrá dejar de ejercer sus funciones antes del plazo señalado, so pena de incurrir en las sanciones a que haya lugar por abandono del cargo.
>
> La fecha que se determina para el retiro no podrá ser posterior a treinta (30) días después de presentada la renuncia; al cumplirse este plazo el empleado podrá separarse de su cargo sin incurrir en abandono del empleo.
>
> "Quedan terminantemente prohibidas y carecerán en absoluto de valor, las renuncias en blanco o sin fecha determinada o que mediante cualesquiera otra circunstancia pongan con anticipación en manos del jefe del organismo la suerte del empleado".

De lo anteriormente transcrito se deduce que los requisitos de existencia y validez de la renuncia son pues:

– Que sea libre.

– Escrita e inequívoca.

Señala el inconforme como principal y único argumento contra la sentencia de fecha 19 de julio de 1984, proferida por la Sección Segunda de esta

Corporación, que el fallo asimiló INEQUIVOCO con ESPONTANEO, lo que llevó al fallador a interpretar erróneamente el artículo 27 del Decreto 2400 de 1968, y, por ende, violó directamente tal ley sustancial.

Encuentra esta Corporación, que el fallo acusado se refirió única y exclusivamente al primer elemento de existencia y validez de la renuncia, esto es, que sea libre.

En efecto, al folio 48 de la sentencia recurrida se lee:

"Además no puede afirmarse que la renuncia presentada por el demandante tuvo el carácter de protocolaria".

Obsérvese que para nada toca la sentencia el elemento inequívoco. Al contrario, da por sentada la premisa de que inequívocamente se presentó una renuncia, y que ésta no tuvo el carácter de protocolaria.

A folios 49 y 50 señala el fallo:

"Al contrario fue el producto de una clara y no disimulada presión por parte del Gerente del Incora".

Concluye el *ad quem* a folio 49:

"Y que la renuncia presentada por el actor no fue el producto de su libre y espontánea voluntad...".

Y más adelante anota: (fls. 49 y 50).

"Los hechos anteriormente relatados, determinaron la voluntad del actor a presentar la renuncia del cargo que venía desempeñando, –no existe duda alguna al respecto–, pero esa renuncia no fue espontánea, sino que se debió al deseo manifiesto del Señor Gerente del Incora de reemplazarlo por otra persona...".

Por lo anterior se colige que la sentencia impugnada asimiló los términos libre y espontáneo, lo cual es correcto, ya que según el Diccionario de la Lengua Española, libre: "Es el que tiene facultad para obrar o no obrar" y espontáneo: "Es voluntario y de propio movimiento".

Es decir que bien puede afirmarse que todo lo libre es espontáneo y viceversa. Y como fue en el elemento "libertad" que el juzgador de segunda instancia estructuró su fallo, no encuentra la Sala interpretación errónea que lleve a la prosperidad del recurso extraordinario de anulación.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de julio de 1984, proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha dieciséis (16) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

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

La prueba recobrada como causal de revisión debe reunir como requisitos el de ser decisiva, o sea que de haber obrado en el proceso hubiera dado lugar a proferir decisión diferente, y el de no habérsela podido aportar en el curso de las instancias "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria". La apreciación de las pruebas allegadas en el sub-lite implicaría reabrir el debate probatorio de las instancias, pues con ellas se pretende demostrar que unos elementos de convicción valorados como prueba trasladada no tiene esa condición y que, por ende, erróneamente fueron estimados por los juzgadores de ambas instancias para atribuir a Coldeportes la responsabilidad del siniestro.

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

Consejero ponente: *Doctor Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente No. Rev. 027. Actor: Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES).– Recurso Extraordinario de Revisión.

Se decide el recurso extraordinario de revisión propuesto, mediante apoderado, por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), contra la sentencia de fecha 19 de mayo de 1989, mediante la cual la Sección Tercera de esta Corporación confirmó, con modificaciones, el fallo emitido el 27 de abril de 1988 por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES:

Mediante apoderado el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), establecimiento público del orden nacional adscrito al Ministerio de Educación, interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia aludida, que confirmó parcialmente lo resuelto por el H. Tribunal Administrativo del Tolima en fallo de 27 de abril de 1988, dentro del contencioso con acción de reparación directa por la muerte accidental de los señores Jorge Enrique y Hugo Hernán Navarro Peña, en hechos acaecidos el 18 de noviembre de 1981 al derrumbarse el balcón voladizo de la tribuna occidental del estadio Manuel Murillo Toro de Ibagué.

Las sentencias referenciadas en tanto excluyeron de responsabilidad al Municipio de Ibagué, declararon responsable por la falla del servicio al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte (COLDEPORTES), condenándolo a pagar los perjuicios materiales y morales ocasionados con ese hecho.

El criterio de imputación de la responsabilidad administrativa la basa el juzgador de primera instancia –expresa el recurrente–, en que el Municipio de Ibagué, en su calidad de propietario del estadio Murillo Toro, había entregado la administración de ese escenario al Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, mediante contrato de comodato.

A su vez, rechazando el criterio del comodato el fallador de segundo grado sostuvo que COLDEPORTES tenía para la época de los hechos y desde mucho tiempo atrás la administración del estadio Murillo Toro, la que detentaba por conducto de uno de sus órganos: COLDEPORTES Regional Tolima, dependencia carente de personería jurídica.

Que bajo esas premisas ambas decisiones son injustas e inequitativas, en la medida que resolvieron en definitiva sin la debida certeza respecto del sujeto pasivo de la relación sustantiva y procesal controvertida en la litis, pues, en estricta verdad, COLDEPORTES no es ni ha sido titular del servicio responsable del daño.

Ese Instituto, cuyo estatuto orgánico es el Decreto-Ley 2743 de 1968 –anota el recurrente–, se creó como establecimiento público del orden nacional, dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, adscrito al Ministerio de Educación, con sede en la capital de la República, teniendo como objetivo principal las tareas técnicas de promoción, estímulo y fomento de la educación física, el deporte, actividades recreativas y de bienestar para la juventud, sin que se le hubiera encomendado o autorizado la gestión o administración directa o delegada de escenarios o instalaciones deportivas o de recreación popular.

La construcción de estadios y demás instalaciones deportivas, y su administración deportiva y económica –continúa explicando el recurrente–, le compete a otro tipo de entidades, cuya creación y reglamentación fue autorizada al Gobierno por la Ley 47 de 1968, en cuyo desarrollo se expidieron los Decretos 893 de 1969, 2343 de 1970 y 2650 de 1977, este último anulado por fallo del Consejo de Estado de 25 de abril de 1979, recobrando su vigencia el 2343 de 1970 hasta su derogatoria tácita por la Ley 49 de 1983, que reorganiza las llamadas Direcciones Regionales de Deportes, antes Juntas Administradoras de Deportes, bajo la nueva y actual denominación de Juntas Administradoras Seccionales de Deportes. Estas son unidades administrativas especiales del orden nacional, dotadas de personería jurídica y patrimonio propio, subordinadas a los planes y controles de COLDEPORTES, dirigidas y administradas por un Consejo Directivo del que hace parte un representante de COLDEPORTES, y por un Director Ejecutivo, que es su representante legal, nombrado y posesionado por el Director de COLDEPORTES, Juntas que operan o tienen competencia en el respectivo departamento, intendencia, comisaría o distrito especial, con sede administrativa y domicilio legal en la correspondiente capital seccional.

Agrega: para la época de los hechos, vale decir, el mes de noviembre de 1981, existían las Juntas Administradoras de Deportes, estructuradas bajo los parámetros del Decreto 2343 de 1970, entidades públicas con personería jurídica, patromonio propio y autonomía administrativa.

También se habían organizado las Direcciones Regionales de Deporte, mediante Acuerdo No. 000051, de 20 de abril de 1980, abarcando una competencia funcional que extralimitaba la atribuida por el estatuto orgánico de COLDEPORTES, Decreto-Ley 2743 de 1968. Sin embargo, el proceso cuya sentencia pide revisar no demostró que la Dirección Regional de Deportes del Tolima estuviese real y objetivamente funcionando para la citada época y, menos, que fuera la administradora del estadio Murillo Toro de Ibagué.

De allí infiere que en uno u otro supuesto ninguna ingerencia tenía COLDEPORTES, directamente o por interpuesta persona o entidad, para aquellos días, en el manejo o administración del advertido escenario deportivo.

"... Es posible...", –dice– con arraigo en el nuevo régimen introducido por la Ley 49 de 1983, que la actual Junta Administradora Seccional de Deportes del Tolima pueda y deba asumir, jurídicamente, las obligaciones con causa en las actividades o funciones de los organismos antecesores de similar carácter, puesto que, como sucedía en vigencia del Decreto 2343 de 1970, es un ente público del orden nacional, con personería jurídica y patrimonio propio, competente para administrar deportiva y económicamente estadios y otros escenarios deportivos, de suerte y manera que "... continúan siendo los mismos organismos administrativos de antes, sin que

haya, por tanto, solución de continuidad institucional, orgánica y funcional entre unas y otras...". Que mejor se vislumbra esa posibilidad si en cuenta se tiene, en lo concerniente a la responsabilidad originada en los hechos de noviembre de 1981, que la demanda iniciadora de este proceso fue admitida en enero de 1985, cuando regía la Ley 49 de 1983.

En resumen, para el recurrente el estadio Manuel Murillo Toro es de dominio patrimonial del Municipio de Ibagué, como en principio se deduce de constancia oficial emanada de la Procuraduría de Bienes de la Personería Municipal de esa ciudad. En cambio, lo atinente a la administración, destinación y conservación o mantenimiento de esas instalaciones, "... han sido, y seguirán siéndolo, el tema de indefinición procesal, a pesar de las decisiones judiciales sobre la materia dentro del proceso especial radicado bajo el número 4509".

Con todo, el juzgador de primera instancia supuso la no administración del referido estadio por parte de su nudo propietario, el Municipio de Ibagué, fundado en un desplazamiento que se operó por ministerio de la Ley 47 de 1968, imaginando, a la vez, la susodicha administración en cabeza de COLDEPORTES mediante un ficto contrato de comodato, administración que agrega el actor, para el fallador de segundo grado no se debe a trato convencional, sino a actividad o gestión directa de COLDEPORTES, según infiere de indicios probatorios.

Las pruebas que aporta y otras que solicita se reclamen, "... demuestran el error de tales afirmaciones judiciales".

Por lo mismo, estima "... necesario y justificable este recurso extraordinario de revisión, a fin de depurar el desagravio (sic) ocasionado a la parte que represento...", vía por la que pretende, primero, "... Que se invalide la sentencia de segundo grado recurrida, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del H. Consejo de Estado, con fecha 19 de mayo de 1989, y, en su lugar, se pronuncie la que en derecho corresponda", y, en segundo, "... Que se condene a las partes o personas recurridas o demandadas aquí, al pago de las costas y gastos causados y que se causen por razón de este recurso, lo mismo que a las costas y gastos de la primera y segunda instancia del proceso especial en que actuaron como demandantes". (fl. 4).

Fundamenta el recurso en la causal 2a. del artículo 41 del Decreto-Ley 2304 de 1989, que subrogó el artículo 188 del C.C.A.

Para resolver,

SE CONSIDERA:

El numeral 2 del artículo 41 del Decreto 2304 de 1989, que invoca el actor como fundamento del recurso, estatuye, como causal de revisión de las sentencias ejecutoriadas dictadas por el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos, "... si se recobraren pruebas decisivas después de dictada la sentencia con las cuales se hubiere podido proferir una decisión diferente, que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria...".

Respecto de lo que debe entenderse por prueba recobrada, que la subrogación aludida modificó en cuanto expresamente comprende todo medio probatorio, a diferencia de lo ocurrido bajo la vigencia del Art. 188 del C.C.A., cuyo concepto de "piezas" fue jurisprudencialmente restringido dándole alcance de "prueba documental", ha expresado esta Corporación:

> "... esta –la prueba recobrada– para valer como tal debe reunir los requisitos que ha destacado la doctrina nacional, en especial el profesor Devis Echandía, el que anota "que de haber obrado en el proceso hubiera variado la decisión contenida en la sentencia; que el recurrente hubiera estado durante todo el proceso en imposibilidad de aportarlos, por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria...". (Sala Plena, sentencia de 26 de febrero de 1986, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Exp. Rev. 004).

Y la Corte Suprema, refiriéndose a los requisitos de la prosperidad de la aludida causal de revisión, puntualiza:

> "Dada la finalidad propia del recurso no se trata, en el evento de esa causal de revisión, de mejorar la prueba aducida deficientemente al proceso en el que se dictó la sentencia cuyo aniquilamiento se busca, o de producir otras después de pronunciado el fallo, pues si esto fuera posible jamás habría cosa juzgada...". (sentencia de julio 18 de 1974, CXLVIII).

Estos textos delimitan precisamente el alcance de la causal de revisión, en cuanto sólo la autorizan cuando se trata de prueba que por reunir los requisitos puntualizados tenga el carácter de recobrada, cuales son, el de ser decisiva, o sea, que de haber obrado en el proceso hubiera dado lugar a proferir decisión diferente; y el de no habérsela podido aportar en el curso de las instancias "por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria...". Admitir como recobraba prueba que no agrupe esas calidades sería tanto como abrir paso, mediante el recurso extraordinario de revisión, al trámite de una tercera instancia, lo que la legislación y la jurisprudencia rechazan.

Ahora bien: como ya se vio de lo alegado por el recurrente, la revisión impetrada se apoya en la pretensión de demostrar que no es imputable a Coldeportes la falla del servicio que originó la responsabilidad extracontractual deducida en el fallo que se impugna, como quiera que entonces la administración del estadio Murillo Toro de Ibagué, donde el 18 de noviembre de 1981 se produjo el siniestro fundamento de hecho de la demanda, estaba a cargo de la "Junta Administradora de Deportes del Tolima". Esta entidad, según el recurrente, se había creado de conformidad a las previsiones del Decreto Reglamentario 2343 de 1970, derogado por el Decreto 2650 de 1977 que esta Corporación anuló con sentencia de 25 de abril de 1979, dando lugar a revivir la vigencia de aquel estatuto.

Por consiguiente, como la aludida "Junta Administradora de Deportes del Tolima" era una "unidad administrativa especial, dotada de personería jurídica y patrimonio independiente", con competencia en el respectivo Departamento, al decir del recurrente ella es la responsable del siniestro que originó el fallo de condena. Para demostrarlo aduce prueba documental procedente de Coldeportes, de la Procuraduría de Bienes de la Personería Municipal de Ibagué y del H. Tribunal Administrativo del Tolima (fl. 6 fte. del cuaderno de revisión), elementos de convicción que en cuanto a los provenientes de Coldeportes y el Tribunal existían desde antes de iniciarse el proceso y que sin obstáculo pudieron solicitarse oportunamente. Además, la apreciación que se hiciera ahora de esas piezas y de la constancia de la Personería que obró en el proceso, implicaría reabrir el debate probatorio de las instancias, pues con aquéllas se pretende demostrar que unos elementos de convicción valorados como prueba trasladada no tienen esa condición y que, por ende, erróneamente fueron estimados por los juzgadores de ambas instancias para atribuir a Coldeportes la responsabilidad del siniestro.

No tiene ese acervo, por tanto, carácter de prueba recobrada, pues sin mediar fuerza mayor o caso fortuito y menos obra de la parte contraria se dejaron de aportar los que se encontraban en Coldeportes y el Tribunal, en tanto la constancia de personería fue apreciada en la sentencia, aunque atribuyéndole sentido diferente del que ahora se pretende.

El recurrente se limitó a expresar que "Por razones que adelante se comentan, se le imposibilitó al INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE, aducir ciertas pruebas que, por su eficacia, contradicen otras pruebas, y que habrían servido para demostrar la ilegitimidad pasiva de la entidad, o, finalmente, para absolverla de la responsabilidad patrimonial imputada en la demanda...". (fl. 6 fte.), no presentando demostración alguna de esa alegada imposibilidad.

La procedencia de aquéllas demuestra precisamente lo contrario. Por ende, son inadmisibles para los efectos de la revisión impetrada, sin que

como circunstancia impeditiva de su oportuno aporte sea dable aceptar un pretendido error de apreciación del juzgador en relación a otros elementos de convicción militantes en autos, como se expresa en el Cap. VIII del recurso, bajo el epígrafe "Análisis jurídico de la causal de Revisión". (fls. 20 a 23 fte.).

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

FALLA:

No prospera el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, calendada a 19 de mayo de 1989, parcialmente confirmatoria de la que profirió el H. Tribunal Administrativo del Tolima en proceso promovido por Fabio Navarro Perea y otros contra Coldeportes y el Municipio de Ibagué.

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

Cúmplase.

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión verificada en la fecha.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Ausente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano,* Ausente; *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, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón. Secretaria General.

RECURSO DE SUPLICA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia/SALA DE DECISION/PRINCIPIO DE PRECLUSION

De conformidad con lo dispuesto en el art. 183 del C.C.A., contra "lo decidido" en virtud del recurso ordinario de súplica "no procederá recurso alguno". Además, la providencia recurrida fue dictada por una Sala de Decisión, siendo improcedente el recurso extraordinario de súplica, en los términos del artículo 130 del C.C.A. No le es dado al recurrente escoger a su arbitrio la naturaleza y la ocasión de los recursos, pues tal actitud deliberada o equivocada de su parte iría en perjuicio de la preclusión de cada una de las etapas procesales.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contenciso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., primero (1o.) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serano.*

Referencia: Expediente No. Q–005. Actor: Alvaro Rojas Durán.– Recurso de Queja.

Procede la Sala a resolver el recurso de queja interpuesto por el actor de la referencia con el objeto de que se le conceda el recurso extraordinario de súplica formulado contra los autos del 9 de noviembre de 1990 y 28 de febrero de 1991. Mediante el primero la Sala de Decisión de la Sección Segunda, a solicitud de la Fiscalía Quinta, revocó un auto recurrido en súplica ordinaria, y por el segundo, la Sección Segunda, no concedió un recurso extraordinario de súplica presentado contra el anteriormente mencionado.

Para decidir si este medio de impugnación resulta procedente en este caso, la Sala tiene en cuenta los siguientes antecedentes y consideraciones:

ANTECEDENTES

1o.– Contra el auto del 11 de julio de 1986, proferido por el Consejero Sustanciador, la Fiscalía Quinta del Consejo de Estado interpuso recurso ordinario de súplica. La Sección Segunda –Sala de Decisión–, lo resolvió favorablemente mediante auto del 9 de noviembre de 1990, por el cual revocó el auto suplicado.

2o.– Contra este auto del 9 de noviembre de 1990 el demandante interpuso recurso extraordinario de súplica. La Sección Segunda en proveído del 28 de febrero de 1991, después de apoyarse en el artículo 130 del C.C.A., no lo concedió porque "la providencia recurrida no fue proferida por la Sección sino por una de sus Salas de Decisión, como que se trataba de resolver un recurso de súplica contra un auto proferido por el Consejero Ponente". (folio 11).

3o.– Atendiendo el criterio fijado por la Sección Segunda (el recurso extraordinario de súplica procede contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones) y habida consideración de que se trataba de un auto interlocutorio proferido por la Sección, el actor interpuso nuevamente el recurso extraordinario de súplica contra el auto del 28 de febrero de 1991, el cual fue rechazado por improcedente mediante providencia del 15 de abril de 1991, porque, según la Sección "con arreglo a los mandatos del artículo 182 del C.C.A., cuando se deniegue la concesión de un recurso extraordinario *procede el recurso de queja*, en los términos establecidos en los artículos 377 y 378 del C. de P.C., y no otro extraordinario, en este caso de súplica como se ha interpuesto". (folio 13).

4o.– Contra este último acto –el del 15 de abril de 1991, la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio solicitó la expedición de copias para recurrir en queja ante la Sala Plena. Mediante proveído del 30 de julio de 1991 el auto recurrido fue confirmado y la expedición de copias ordenada.

CONSIDERACIONES:

En el caso presente el actor interpuso en primer término recurso extraordinario de súplica contra el auto del 9 de noviembre de 1990 expedido por una Sala de Decisión de la Sección Segunda al resolver una súplica ordinaria.

Desde luego que la súplica extraordinaria interpuesta en este caso contra el auto del 9 de noviembre de 1990, es improcedente pues por sobre toda otra consideración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 del C.C.A., subrogado por el artículo 39 del Decreto 2304 de 1989, contra "lo decidido" en virtud del recurso ordinario de súplica, "no procederá recurso alguno".

Claro y terminante es el artículo 183 del C.C.A., en el sentido de no permitir recurso alguno contra los autos que resuelven recursos ordinarios de súplica, cual es el del objeto de la litis. Esta disposición, como ya lo dijo esta Sala (auto del 10 de mayo de 1991, expediente Q–003), Consejero Ponente Dra. Dolly Pedraza de Arenas, resulta concordante con el artículo 130 del C.C.A., según el cual procede el recurso extraordinario de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las Secciones cuando acojan en ellas doctrina contraria a la Corporación, "o sea contra providencias que deciden las Salas que integran todos los Consejeros de la sección, sin exclusión alguna lo que no sucede con la Sala de Decisión que excluye al Consejero Sustanciador".

Así las cosas, el recurso extraordinario de súplica interpuesto por el demandante contra el auto de 9 de noviembre de 1990 es improcedente, no sólo porque la providencia recurrida fuera dictada por una Sala de Decisión –razón esgrimida por la Sección Segunda–, sino porque a su viabilidad se opone el artículo 183 del C.C.A.

Ahora, si el recurso extraordinario de súplica fue denegado mediante auto del 28 de febrero de 1991, lo indicado, procesalmente hubiera sido pedir reposición de éste y en subsidio la expedición de copias de la providencia recurrida y demás piezas conducentes del proceso, al tenor de lo previsto en el artículo 182 del C.C.A., y en los términos establecidos en los mandatos 377 y 378 del C. de P.C., y no interponer otro extraordinario de súplica como el propuesto nuevamente en forma equivocada por el actor. Así lo observó la Sección Segunda del Consejo de Estado cuando en providencia del 15 de abril de 1991 rechazó por segunda vez la súplica extraordinaria.

Y, si bien es cierto que respecto de este último proveído la parte actora propuso el recurso de reposición y solicitó la expedición de copias con miras a recurrir en queja, tal actitud tampoco se acomoda al procedimiento atrás descrito ni subsana las fallas anotadas, como quiera que la reposición y la solicitud de copias intentadas, procedería contra el primero de los autos, el del 28 de febrero de 1991 por el cual no se concedió la súplica extraordinaria inicialmente presentada, pero no contra el segundo, el del 15 de abril que la rechazó por improcedente.

Dentro de los distintos procedimientos la ley establece los recursos procedentes y determina específicamene las providencias judiciales posibles de cada uno de ellos y señala la oportunidad en la que deben proponerse así como los requisitos que en cada caso deben satisfacerse. No le es dado entonces al recurrente escoger a su arbitrio la naturaleza y la ocasión de tales recursos, pues esta actitud deliberada o equivocada de su parte, iría en perjuicio de la preclusión de cada una de las etapas procesales.

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

RESUELVE:

DECLARAR BIEN DENEGADOS los recursos extraordinarios de súplica interpuestos por la parte actora contra los autos de 9 de noviembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, dictados por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la Sección de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 29 de octubre de 1991.

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

Nubia González Cerón, Secretaria General.

SALA DE DECISION/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia/**RECURSO DE SUPLICA** (Aclaración de Voto)

Resulta contrario al art. 29 del C.P.C. sostener que el auto por medio del cual los tres integrantes de una Sección deciden el recurso ordinario de súplica es proferido por la Sala de Decisión, mientras que las providencias que profieren todos sus integrantes son en Sala de Sección. No, tal aserto resulta, a mi juicio, equivocado pues tanto el uno como las otras son en Sala de Decisión. Resulta impropio hacer distinción entre Sala de Decisión y Salas de Sección.

RECURSO DE SUPLICA/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia (Aclaración de Voto)

Cuando el artículo 183 del C.C.A. manifiesta que contra el auto que decide el recurso ordinario de súplica no procede recurso alguno, tal prescripción debe entenderse referida a la improcedencia de recursos ordinarios, mas no de los extraordinarios.

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

Referencia: Expediente No. Q-005. Actor: Alvaro Rojas Durán. Recurso de Queja.

Comparto la decisión de la Sala Plena de considerar bien denegados los recursos extraordinarios de súplica interpuestos por la parte actora contra

los autos de 9 de noviembre de 1990 y 28 de febrero de 1991 dictados por la Sección Segunda, por cuanto, como allí bien se afirma, lo que ha debido hacer la parte actora es pedir la reposición del auto de 28 de febrero de 1991 y, en subsidio, solicitar la expedición de copias de dicho auto y de las piezas conducentes del proceso, para recurrir en queja, y no interponer otro extraordinario de súplica, como equivocadamente lo hizo.

Me aparto, sin embargo, de dos de las motivaciones del auto denegatorio del recurso de queja:

La primera, es la distinción que se hace entre pronunciamientos o decisiones en Salas de Decisión y Salas de Sección, para afirmar que el recurso extraordinario de súplica no cabe contra las primeras. Al respecto, considero, que dicha distinción no es procedente porque el C.P.C. –que regula la materia por mandato del artículo 267 del C.C.A.– no la contempla. En efecto, dicho estatuto en su artículo 29 señala que la Corte y los Tribunales Superiores –y ello es aplicable al *Consejo de Estado y a los Tribunales Administrativo–, ejercen sus atribuciones a través de pronunciamientos en Salas de Decisión y del magistrado ponente–* o sea, en Sala Unitaria, como afirma la doctrina.

Resulta, por lo tanto, contrario al mencionado artículo 29 sostener que el auto por medio del cual los tres integrantes de una Sección deciden el recurso ordinario de súplica es proferido en Sala de Decisión, mientras que las providencias que profieren todos sus integrantes son en Sala de Sección. No, tal aserto resulta, a mi juicio, equivocado pues tanto el uno como las otras son en Sala de Decisión.

Ahora, el artículo 363 del C.P.C. al regular el recurso ordinario de súplica en su 2o. inciso estatuye que debe interponerse "... *en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el magistrado ponente...*", que no puede ser otra que la Sala de Decisión a que se refiere el artículo 29.

El artículo 183 del C.C.A., al reglamentar el recurso ordinario de súplica en materia contencioso-administrativa, contiene idéntica regulación a la del artículo 363 antes mencionado, pues prevé que dicho recurso debe interponerse ".. *en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el Magistrado ponente...*". o sea, a la Sala de Decisión.

Lo anterior demuestra, que resulta impropio a la luz de la técnica procesal civil colombiana, hacer distinción entre Salas de Decisión y Salas de Sección.

La segunda discrepancia de la motivación radica en que en la providencia denegatoria del recurso de queja se afirma que el auto que decide el recurso ordinario de súplica no puede ser susceptible del recurso extraordina-

rio de la misma denominación, por ordenarlo así el artículo 183 del C.C.A. A este respecto, considero, que cuando dicho precepto manifiesta que contra el auto que decide el recurso ordinario de súplica no procede recurso alguno, tal prescripción debe entenderse referida a la improcedencia de recursos ordinarios, mas no de los extraordinarios. No debe perderse de vista que el recurso extraordinario de súplica que consagra el artículo 130 ibídem está instituido para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo salvaguarde la jurisprudencia y procede frente a cualquier providencia (auto o sentencia) de las Secciones —excluida la Quinta (artículo 231 ibídem)—, que se encuentre ejecutoriada —pues se interpone dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación—, que contraríe jurisprudencia de las antiguas Salas de Negocios Generales y de lo Contencioso Administrativo y de la actual Sala de lo Contencioso Administrativo.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Consejero.

Fecha ut supra.

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUSTANTIVOS/RECURSOS–Interpretación/**JUEZ**–Facultades (Aclaración de Voto)

Así como se ha reconocido tradicionalmente al juez la facultad de interpretar la pieza más importante que da lugar a un proceso, como es la demanda, dicha facultad debe entenderse reconocida también para interpretar la interposición de los recursos. De tal manera que si el recurrente dice interponer un recurso determinado, pero en el caso, dada la naturaleza de la decisión recurrida, el recurso procedente es otro, así deberá expresarlo y aceptarlo el juez, siempre que el escrito cumpla con los demás requisitos como el de la naturaleza de la decisión recurrida y el término para interponerlo.

Aclaración de Voto del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez en relación con la providencia de fecha 1o. de noviembre de 1991.

Referencia: Expediente No. Q–005. Actor: Alvaro Rojas Durán.– Recurso de Queja.

Aunque comparto la decisión de la Sala Plena en el sentido de considerar bien denegados los recursos extraordinarios de súplica interpuestos por la parte actora contra los autos de 9 de noviembre de 1990 y 28 de febrero de 1991 dictados por la Sección Segunda, aclaro mi voto en relación con dos aspectos de la parte motiva, así:

1.– No comparto la distinción que se hace entre pvovidencias de Salas de Sección y Salas de Decisión, por las mismas razones expresadas por el H. Consejero Ernesto Rafael Ariza Muñoz en su aclaración de voto.

2o.– No comparto en su integridad el argumento contenido en el último párrafo de la parte motiva de la providencia,según el cual "no le es dado entonces al recurrente escoger a su arbitrio la naturaleza y la ocasión de tales recursos, pues esta actitud deliberada o equivocada de su parte, iría en perjuicio de la preclusión de cada una de las etapas procesales", por cuanto considero que la viabilidad de un recurso no puede depender exclusivamente de la escogencia que de él haga el recurrente por su denominación, pues así como se ha reconocido tradicionalmente al juez la facultad de interpretar la pieza más importante que da lugar a un proceso, como es la demanda, dicha facultad debe entenderse reconocida también para interpretar la interposición de los recursos. De tal manera que si el recurrente dice interponer un recurso determinado, pero en el caso, dada la naturaleza de la decisión recurrida, el recurso procedente es otro, así deberá expresarlo y aceptarlo el juez, siempre que el escrito cumpla con los demás requisitos como el de la naturaleza de la decisión recurrida y el término para interponerlo. Lo anterior considero que es más claro aún a la luz del principio consagrado en el artículo 228 de la Constitución de 1991, de acuerdo con el cual en las actuaciones judiciales "prevalecerá el derecho sustancial", de tal manera que no debe rechazarse un recurso por la sola circunstancia de que el recurrente interponga uno en paricular que no corresponde en su denominación al que es legalmente procedente, pues a través de ese rechazo se está impidiendo, por un aspecto procesal fácilmente interpretable y subsanable, que el asunto se estudie en el fondo.

Con todo respeto,

Libardo Rodríguez Rodríguez

Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

TRANSITO DE LEGISLACION/LEY EN EL TIEMPO/ACCION DE REPARACION DIRECTA/CADUCIDAD

La producción del hecho perjudicial causa en el damnificado un derecho subjetivo que debe reconocérsele durante todo el plazo que la ley vigente en el tiempo del hecho, le otorga para reclamar perjuicios. Ocurrido el hecho durante la vigencia del D. 528/64, no puede aplicarse en forma retroactiva las disposiciones que sobre caducidad contempló el D. 01/84, desconociendo la situación jurídica y el mismo plazo que en favor del damnificado había estructurado la ley vigente en el momento de los hechos.

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA

Se demostró que un miembro activo del E.L.N. fue conducido en primer término a una Estación de Policía y luego remitido al F–2, sin que sus familiares hubieran vuelto a saber de él a pesar de las numerosas averiguaciones sobre su paradero y de la guardia que montaron en las instalaciones de los organismos de seguridad, hasta cuando por informaciones de prensa, se dieron cuenta de su atroz asesinato.

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS

Para el reconocimiento de los perjuicios morales a hermanos, se requiere la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado, dejando la operancia de la presunción de los perjuicios únicamente respecto de los parientes próximos de la víctima: padres e hijos y cónyuges entre sí.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. S–139. Actor: Jesús María Giraldo y Otros.– Recurso Extraordinario de Súplica.

Entra la Sala a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación, el 24 de noviembre de 1989, mediante la cual se revocó la sentencia de 31 de marzo de 1989 del Tribunal Administrativo de Antioquia y en su lugar se declaró que en el proceso se había producido la caducidad de la acción propuesta.

El recurso de súplica se halla establecido en el artículo 130 del Decreto 2304 de 1989 en los siguientes términos:

"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.

"En el escrito en que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del auto o de la sentencia ...".

ANTECEDENTES

1.– Tipo de Acción.

La ciudadana Ana Bertha Marulanda obrando en su propio nombre y en representación del menor Manuel Alejandro Giraldo Marulanda y otros demandantes, en ejercicio de la acción de reparación directa y cumplimiento, consagrada en el artículo 86 del C.C.A. (Decreto 01/84), impetró la declaratoria de responsabilidad de la Nación Colombiana, con precisión en las pretensiones de pago por perjuicios morales y materiales sufridos "... a causa de la retención ilegal, tortura y posterior muerte violenta del señor Luis Fernando Giraldo Builes, quien falleció el día 20 de agosto de 1983, en el Municipio de Medellín...".

2.– Causa Petendi.

Como situaciones de orden fáctico, conformativos de la causa petendi, se consignan en el libelo demandatorio, los que la Sala se permite sintetizar así:

a. Luis Fernando Giraldo Builes cursó estudios de Antropología en la Universidad de Antioquia, hasta el mes de mayo de 1982, de la cual se retiró para dedicarse a la actividad de conductor de taxi.

b. En agosto 17 de 1983, fue retenido por agentes uniformados de la Policía Nacional en el Barrio La Floresta de la ciudad de Medellín y conducido a la sub-estación 11 ubicada en la carrera 68, crucero con circular 3a., según dato suministrado por allegados y vecinos. Fue trasladado posteriormente al F-2 de la Policía, en la carrera 76 donde permaneció algún tiempo y donde fue buscado por sus conocidos.

c. El día 20 de agosto del precitado año su cuerpo fue encontrado dinamitado, atado a un poste de energía, con huellas de tortura.

d. Al morir Luis Fernando dejó como dolientes a su esposa, hijo, padres y hermanos, quienes padecen perjuicios materiales, puesto que ayudaba a la subsistencia de los mismos, así como el quebranto "... por el vacío afectivo dejado...".

3.– Decisión.

Rituado el proceso, culminó con sentencia en la cual se accedió a las declaraciones de responsabilidad impetradas y consecuencialmente se profirió condena a la Nación Colombiana al pago, por concepto de perjuicios morales del equivalente en pesos de mil (1.000) gramos oro. Y como se lee en la decisión proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Antioquia: "... según el valor que tenga el 31 de mayo de 1989, para cada una de las siguientes personas: Ana Bertha Marulanda de Giraldo, Bernarda Builes Monsalve, Jesús María Giraldo Alzate y Manuel Alejandro Giraldo Marulanda (numeral tercero de la parte resolutiva) y al pago de $99.800,oo a favor del señor Jesús María Giraldo por daño emergente" (numeral cuarto ibídem). Se deniegan las demás súplicas (numeral sexto ibídem).

El no reconocimiento de perjuicios morales "... para los hermanos del muerto" y de perjuicios materiales "al menos para los padres, esposa e hijo" sólo en forma parcial, fue motivo de apelación de la sentencia proferida por el *a-quo*.

4.– La sentencia recurrida.

Es la proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera– de fecha 24 de noviembre de 1989 en el proceso en el que fuera actor Jesús María Giraldo y otros y parte demandada la Nación-Ministerio de Defensa Nacional.

Dice así la mencionada providencia:

"1o.– Para el correcto entendimiento sobre la procedencia de la decisión que ha de adoptarse, debe tenerse en cuenta que la Sala conoce de este asunto tanto por razón del recurso de apelación como en grado de consulta, puesto que la sentencia, según lo relatado, impone una obligación a cargo de la Nación (art. 184 del C.C.A.).

"2o.– Ahora bien, de acuerdo con lo expuesto en la demanda, los hechos fundamentales en los que descansa el fundamento de las pretensiones, se sucedieron entre el 17 de agosto de 1983, cuando el señor "Giraldo Builes fue retenido por unidades de la Policía Nacional" y el 20 del mismo mes y año cuando "su cuerpo fue encontrado dinamitado, atado a un poste de cemento".

"3o.– La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia el 19 de marzo de 1986 (fl. 46 y vto., C.1.).

"4o.– Así las cosas, aparece evidente que cuando se inició el proceso, éste, o la acción, estaba ya caducado y por ello, no ha debido admitirse la demanda (arts. 85 del C. de P.C. y 267 del C.C.A.).

"En efecto, como lo dijo esta Corporación en fallo del 22 de mayo de 1987 (Expediente No. 4955 Consulta. Actor Dioselina Arce Castaño, Anales, Primer Semestre de 1987, páginas 976 y ss.):

""a) Los asuntos de reparación directa venían sometidos al término de caducidad de 3 años, señalado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

""b) El nuevo Código Administrativo redujo ese término a dos años (art. 136, inc. 4o.).

""c) La aplicación de esta norma es sólo para el futuro y en principio únicamente para la caducidad de las acciones derivadas de hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984 (iniciación de la vigencia del Código).

""d) La caducidad de las acciones por hechos anteriores está gobernada, por regla general, por el artículo 28 del Decreto 528. Pero como no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como es el de caducidad, la regla que lo modifica es de aplicación inmediata.

""De allí que si cuando empezó a regir el Código Administrativo faltaba por correr menos de los 2 años señalados en éste, la caducidad se gobierna en un todo por el término vigente cuando ocurrió el hecho perjudicial; pero si faltaban más de dos años y no se había presentado la demanda, ésta tenía que formularse a más tardar el 1o. de marzo de 1986, fecha de vencimiento del nuevo plazo.

""Se entiende esto no sólo por el hecho inmediato y hacia el futuro que tienen las normas procesales, sino porque el principio contenido en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 sólo es aplicable en materia de prescripción, que le permite al prescribiente optar entre uno y otro término, según su conveniencia".

"En otras palabras, de acuerdo con los principios de que trata la jurisprudencia transcrita, los tres (3) años del término de caducidad que venían corriendo desde cuando ocurrió el último de los hechos perjudiciales (agosto 20 de 1983) se tenía que consumar dentro de los dos (2) años siguientes al 1o. de marzo de 1984, sin exceder los dos (2) años contados a partir de la vigencia de la nueva Ley (Decreto 01 de 1984), para que fuera aplicable el plazo de caducidad que había establecido el artículo 28 del Decreto 528 de 1964.

"Acomodando tales ideas al caso concreto resulta:

"Ocurrencia del hecho agosto 20 de 1983. Si el Código Contencioso Administrativo no hubiera cambiado el término, la demanda se habría podido presentar hasta el 20 de agosto de 1986, pero como la nueva ley redujo el término a dos (2) años y cuando empezó a regir (marzo 1o. de 1984) aún no se había presentado la demanda, al presentarse ésta el 19 de marzo de 1986, quiere decir que habían corrido más de los dos (2) años señalados por la nueva ley, que, se repite, por su naturaleza, era de aplicación inmediata".

5.– Motivo del recurso y jurisprudencias contrariadas.

La providencia, materia del recurso, declara la caducidad de la acción, circunscribiendo entonces el análisis a un punto concreto de técnica jurídica: la aplicación de la ley en el tiempo, ya que cuando ocurrieron los hechos (agosto 20 de 1983), hallábase vigente el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, y cuando se incoó la demanda (mayo 19 de 1986) ya había entrado

a regir el nuevo Código Administrativo. La ley anterior consagraba un término de tres años para ejercer la acción, en tanto que el nuevo estatuto procesal en su artículo 136, inciso 4o., estableció un término de dos años.

El recurrente cita como contrariadas las siguientes jurisprudencias de Sala Plena:

a. Providencia de 24 de agosto de 1982, expediente No. 10895, Actor: Alba Lucía Méndez García y otros. Anales del Consejo de Estado, Tomo CIII, Consejero Ponente: Dr. Eduardo Suescún Monroy, en la cual se dijo:

"El suplicante funda su recurso en que la vigencia del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, comenzó por disposición legal (artículo 1o. 1822 de 1964) (sic), a partir del 1o. de agosto de 1965 y que, en consecuencia, no se puede aplicar dicha norma a hechos anteriores, dice:

""hasta julio 31 de 1965 y por hechos u operaciones administrativas ocurridos hasta esa fecha, en acciones de responsabilidad extracontractual contra la Nación se aplicó el artículo 2536 del Código Civil que preceptuaba un término de veinte (20) años para el ejercicio de la acción ordinaria".

""Al día siguiente empezó la vigencia de la norma de orden público que introdujo la caducidad para esas acciones, cuando no fuesen ejercidas en el plazo de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación, o sea a partir del día siguiente al hecho u operaciones correspondientes. Así es como corre y se computa el término de caducidad".

"Es decir que hasta julio 31 de 1985 tendrá aplicación el término de la acción ordinaria contemplada en el artículo 2536 del Código Civil, para el ejercicio de acciones de responsabilidad extracontractual por hechos y operaciones ocurridos hasta ese día.

""Sólo a partir del 1o. de agosto de 1985 podrá ser rechazado su ejercicio en forma total y definitiva.

""La falla en el servicio que fundamentó el ejercicio de la acción contenida en nuestra demanda, en este caso, sucedió en diciembre 24 de 1961 por lo cual teníamos plazo hasta el 24 de diciembre del año 1981, como lo hicimos en diciembre 12 de 1981 fue oportuna y debe ser admitida. Porque el artículo 41 de la Ley 153 de 1887 permite al demandante en casos como este acogerse al término de los veinte (20) años".

"... Conforme esta norma (artículo 41 de la Ley 153 de 1887) y con relación a los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 1961, la parte acto-

ra tenía derecho hasta el 24 de diciembre de 1981, a optar bien por el sistema de la prescripción, imperante entonces, el cual según jurisprudencia unánime era el de la prescripción civil ordinaria, o atenerse al nuevo sistema de la caducidad de la acción, vigente desde agosto de 1965 y que implica reducción del período extintivo. Al demandar el 12 de diciembre de 1981 (folio 111) optó por hacerlo al amparo de la prescripción veintenaria, según su expresa manifestación (folio 108), en estas circunstancias, resulta evidente que la parte actora ha actuado de mano de la ley y que su opción, tutelada por una norma especial y exceptiva, debe producir todos los efectos jurídicos. En consecuencia, tiene derecho a que su demanda sea considerada bajo el sistema de la prescripción civil.

"... Al ocurrir el siniestro de que trata la demanda, en diciembre de 1961, se constituyó automáticamente, por obra de la ley, una situación jurídica concreta en favor de los damnificados, consistente en quedar como titulares del derecho a reclamar indemnización por el daño sufrido. Ese derecho subjetivo incluía necesariamente su posibilidad real de ejercicio el cual, gobernado entonces por el sistema de la prescripción, debe respetarse plenamente mientras se cumple el lapso de la prescripción respectiva, dado que ésta es una garantía de carácter civil contra la cual no cabe la aplicación retroactiva de la ley. En consecuencia, en este caso los actores están amparados para pedir y obtener ahora la intervención de la jurisdicción. Y no cabe en contra suya, para estos efectos, sino la excepción de prescripción, a iniciativa de la parte demandada. Es lo mismo que ocurre actualmente con la persona que ejercita la acción administrativa contractual por nulidad de contrato (art. 2o. de la Ley 50 de 1936); está amparada por la prescripción y en consecuencia, la jurisdicción ante una demanda en tal sentido no tiene otra alternativa que ordenar la apertura del juicio, como igualmente habrá de hacerse aquí".

b. Sentencia de marzo 2 de 1982, Sala Plena, Actor: Eliseo López Hidalgo y otra:

"Aunque en este juicio no se ha propuesto la excepción de prescripción ni ha sido objetada la vigencia de la acción, resulta importante aclarar que el presente juicio se rige por el antiguo sistema de la prescripción ordinaria civil y no por el nuevo de la caducidad administrativa establecido para las acciones indemnizatorias por el decreto 528 de 1964. En efecto así lo indica el artículo 41 de la ley 153 de 1887 y así lo ha resuelto el Consejo en forma reiterada, dado que los hechos ocurrieron en 1956, cuando el régimen aplicable era el de la prescripción civil". (Expediente 10808, Ponente, Dr. Eduardo Suescún).

c. Sentencia de febrero 15 de 1985, expediente No. 11045, Actor: Industria de Licores del Valle:

"Por lo demás, la orientación mayoritaria de esta misma Sala muestra cómo el régimen aplicable para aquellas acciones de reparación directa por hechos anteriores a la vigencia del decreto 528 de 1964, es el de la prescripción extintiva y no el de la caducidad impuesta en el artículo 28 del antecitado decreto, por no tener esta norma efectos retroactivos".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En los asuntos de reparación directa el actor, para efectos de interponer la acción, disponía de un plazo de tres (3) años, contados a partir de la ocurrencia del hecho perjudicial.

Así lo establecía el artículo 28 del Decreto 528 de 1964, en los siguientes términos:

"La competencia para conocer de las acciones indemnizatorias por hechos u operaciones de la administración está condicionada a que dichas acciones se instauren dentro de los tres años siguientes a la realización del hecho u operación correspondiente".

El nuevo Código Contencioso Administrativo en su artículo 136, inciso 4o., introdujo el término de caducidad para ordenar que:

"La de reparación directa (se entiende la acción) caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos".

Entiende la Sala que esta norma opera sólamente para el futuro y es aplicable únicamente para la caducidad de las acciones originadas en hechos ocurridos después del 1o. de marzo de 1984, iniciación de la vigencia del citado Código; mientras que el plazo de los tres (3) años contemplado en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964 rige para las acciones indemnizatorias derivadas de acontecimientos anteriores.

Como quiera que los hechos de que trata el asunto planteado ocurrieron el 20 de agosto de 1983 (antes del 1o. de marzo de 1984), lógico es concluir que la situación con ellos creada, está gobernada por el artículo 28 ya citado.

La providencia del 24 de agosto de 1982, citada como contrariada por el recurrente y en la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro de una acción instaurada el 12 de diciembre de 1981, conoció de hechos ocurridos el 24 de diciembre de 1961, permite extractar las siguientes conclusiones:

1o.– Conforme al artículo 14 de la Ley 153 de 1887 "y con relación a los hechos acaecidos el 24 de diciembre de 1961, la parte actora tenía derecho hasta el 24 de diciembre de 1981, a optar bien por el sistema de la prescripción, operante entonces, el cual según jurisprudencia unánime era el de la prescripción civil ordinaria, o atenerse al nuevo sistema de la caducidad de la acción, vigente desde agosto de 1965 y que implica reducción del período extintivo".

2o.– Que dicha opción tutelada por una norma especial y exceptiva, debe producirse todos los efectos jurídicos.

3o.– Que al ocurrir el siniestro, se constituye automáticamente, por obra de la ley, una situación jurídica concreta en favor de los damnificados, consistente en quedar como titulares del derecho, a reclamar indemnización por el daño sufrido.

4o.– Que esta situación jurídica concreta y el derecho subjetivo que implica, debe respetarse plenamente mientras se cumple el lapso de la prescripción respectiva, "dado que ésta es una garantía de carácter civil contra la cual no cabe la aplicación retroactiva de la ley".

Las otras dos sentencias traídas por el actor como violadas coadyuvan en parte la precitada, en el sentido de que las acciones originadas en hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia del Decreto 528 de 1964 se rigen por el antiguo sistema de la prescripción y no por el nuevo de la caducidad de la acción establecida en el premencionado estatuto.

Aplicando las premisas anteriores al caso controvertido, tenemos que concluir, en primer lugar, que el actor tenía plazo para instaurar la acción, hasta el 20 de agosto de 1986, si en cuenta se tiene que los hechos ocurrieron el 20 de agosto de 1983. Lo anterior en razón a que como lo expresa la providencia de la Sala Plena, la producción del hecho perjudicial causa en el damnificado un derecho subjetivo que debe reconocérsele durante todo el plazo que la ley vigente al tiempo del hecho, le otorga para reclamar perjuicios.

No obstante lo expresado en la jurisprudencia comentada, la sentencia recurrida, interrumpe, o mejor, da por expirado el plazo otorgado al perjudicado en virtud del artículo 28 del Decreto 528 de 1964, para en su lugar aplicarle uno nuevo, el del artículo 136, inciso 4o. del Código Contencioso Administrativo, argumentando que no puede alegarse un derecho adquirido a un determinado término procesal, como el de caducidad.

La circunstancia anterior, al parecer de la Sala constituye una marcada contradicción a la jurispurdencia, por parte de la sentencia recurrida, pues mientras aquélla a hechos anteriores a la vigencia del Código aplica el plazo

establecido en el artículo 28 del Decreto 528 de 1964; reclama respeto a dicho lapso prescriptivo, y reconoce en favor del perjudicado una situación jurídica concreta; ésta, a los acontecimientos ocurridos el 20 de agosto de 1983 aplica en forma retroactiva las disposiciones que sobre caducidad contempló el Decreto 01 de 1984, desconociendo la situación jurídica y el mismo plazo que en favor del damnificado había estructurado la ley vigente en el momento de los lamentables hechos.

Y aunque la jurisprudencia invocada por el suplicante contempla el fenómeno de la prescripción en frente de la caducidad, nada obsta para aplicar lo dicho allí, a dos plazos de caducidad, porque al fin y al cabo tanto el uno como los otros, deben respetarse mientras se cumplen, pues amparan o respaldan –si los términos se admiten–, una situación jurídica concreta que no puede ser desconocida por normas procedimentales.

De conformidad con las apreciaciones anteriores resulta claro que la conclusión a que llegó la Sección Tercera en el fallo suplicado, contraría la jurisprudencia citada; en tales circunstancias prospera el recurso de súplica interpuesto contra su decisión y debe entonces procederse a dictar la providencia que la sustituya, en este caso la que resuelva el recurso de apelación instaurado por el actor, junto con la que resuelva el grado de consulta.

Con el recurso de apelación pretende el demandante:

Que se condene a la Nación al pago de los perjuicios morales ocasionados a todos y cada uno de los hermanos con la muerte de LUIS FERNANDO GIRALDO BUILES, a razón de 1000 gramos de oro puro, al precio que certifique el Banco de la República en la fecha en que QUEDE EN FIRME LA SENTENCIA, no a la fecha de la sentencia; que se reconozcan los perjuicios materiales, al menos para los padres, la esposa y el hijo, y que el daño emergente sobre los gastos de entierro se actualicen desde la fecha de los gastos.

Lo anterior en razón a que la sentencia apelada no reconoce perjuicios morales a los hermanos del occiso "toda vez que no fueron probados los supuestos fácticos indispensables para dictar condena en su favor, tales como las relaciones de afecto, convivencia, solidaridad, armonía familiar, etc., que originan el dolor o daño moral reclamado". Además tampoco se accedió al reconocimiento de los perjuicios materiales, pues en este aspecto el Tribunal consideró no probada la circunstancia de que el señor Giraldo Builes estuviera desarrollando una actividad productiva lícita al momento de su captura y posterior muerte.

Del reconocimiento de los perjuicios morales para los hermanos del difunto.

En relación con ese punto el recurrente glosa la decisión del Tribunal, argumentando "que es la unidad, el amor y el cariño lo que se presume y, el odio, la insolidaridad, la desarmonía y la desunión lo que debe demostrarse. Que los únicos presupuestos fácticos que deben demostrarse son el registro de matrimonio de los padres y el de nacimiento de los hermamos.

No pretende la Sala, en tratándose de los perjuicios morales, desconocer el dolor y el daño extrapatrimonial que puede causar en la familia la muerte de uno de sus miembros, sobre todo cuando el deceso ocurre como en el caso de autos, en forma desgarradora y violenta.

Sin embargo, de conformidad con jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado, estos perjuicios morales no en todos los casos se presumen, pues en relación con los hermanos del desaparecido se requiere la demostración plena del afecto que hubiera existido entre ellos y el finado, dejando la operancia de tal presunción únicamente respecto de los parientes próximos a la víctima, en otras palabras limitándola a los padres e hijos y cónyuges entre sí.

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia 082 del 7 de febrero de 1989, Consejero Ponente: Dr. Miguel González Rodríguez, expediente No. S–067, Actor: Juan Evangelista Mesa Hernández, al conocer en súplica de una sentencia en la cual, para el reconocimiento de perjuicios morales para los hermanos, se exigía la plena prueba del afecto y de la comunidad espiritual en distintos momentos de la vida, expresó:

> "Ciertamente, de la simple comparación de las tesis jurisprudenciales transcritas aparece que en la sentencia suplicada se exige una prueba adicional, la del afecto y comunión espiritual existente entre los hermanos en distintos momentos de la vida, que no se venía exigiendo para el reconocimiento de la indemnización por el daño moral subjetivo a favor de los hermanos de la víctima. Pero tampoco podría afirmarse con base en tales precedentes que la jurisprudencia actual de la Corporación sea la de presumir el perjuicio moral subjetivo por el solo hecho del parentesco, porque la jurisprudencia a este respecto no ha sido uniforme, y así como en ocasiones ha condenado a su resarcimiento sin más pruebas que la del vínculo familiar (Sentencia de marzo 1 de 1984), en otras oportunidades ha exigido pruebas adicionales, (Sentencia de abril 27 de 1984), o ha reducido el ámbito de la presunción a los padres y a los hijos.
>
> "Conviene, en consecuencia, precisar la jurisprudencia de la Corporación sobre este punto, por cierto, muy debatido en la doctrina nacional y extranjera.

"No existe duda para la Sala acerca de la resarcibilidad de los llamados perjuicios extrapatrimoniales, entre ellos el daño moral subjetivo consistente en la afección de los sentimientos íntimos de la persona. Por consiguiente, todo aquél que acredite haber sufrido un perjuicio extrapatrimonial tiene derecho a la correspondiente indemnización.

"El problema radica en la prueba del daño y en su evaluación monetaria, por cuanto se refiere a bienes de la persoanlidad que no poseen valor económico determinable. La doctrina moderna reconoce que dada la naturaleza misma del daño, este no puede demostrarse mediante pruebas directas, pero exige que quien pretenda su satisfacción debe probarlo mediante indicios o por otros medios que lleven al fallador a la convicción de su existencia e intensidad. En nuestro medio, tanto la Corte Suprema de Justicia como esta Corporación, vienen aceptando de tiempo atrás la presunción de los perjuicios morales subjetivos en los parientes próximos de la víctima, limitando el ámbito de su aplicación a los padres e hijos y cónyuges entre sí, presunción que se apoya o fundamenta en el sentido común y la experiencia, por ello denominada "presunción de hombre", la que obviamente, puede ser desvirtuada por la parte demandada.

"El sentenciador apreciará en cada caso las pruebas aportadas al proceso en conjunto, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, conforme lo ordena el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil y, por lo mismo, no es permitido a la jurisprudencia establecer requisitos, formas especiales o reglas para su valoración en razón del tiempo, la edad, el parentesco, la posición social o la condición económica de los demandantes o de la víctima directa. Las relaciones afectivas de las personas no obedecen a reglas formales que puedan fijarse de antemano y, si bien la experiencia permite presumir la existencia del daño moral entre parientes próximos, no ocurre lo mismo con su intensidad, aspecto que siempre deberá probarse dentro del proceso".

También la Sala Plena, en sentencia No. 0381 de mayo 18 de 1990 con ponencia de la Doctora Clara Forero de Castro, expediente S–121, consecuente con lo expresado en la del 7 de febrero de 1989 ya citada, anota "que no es que la Corporación niegue el derecho al resarcimiento del daño moral que pueden sufrir los parientes de la víctima sino que se trata de un problema esencialmente probatorio. Es decir, los daños, cualquiera que ellos sean, patrimoniales o extrapatrimoniales, pueden y deben ser resarcidos, pero ellos no se presumen sino que deben ser demostrados por quienes los reclaman, excepto cuando quienes sufren los morales son los padres, hijos o cónyuges".

Ubicado el problema en el campo probatorio se observa para el caso de autos que es precisamente allí donde se advierte la falta de una demostración

plena y suficiente del afecto, y la comunidad espiritual que hubieren podido existir entre los hermanos y el difunto, sobre los cuales pudiera fundamentarse el dolor o daño moral reclamado.

Porque los testimonios de LUZ NORELA BEDOYA DE BUILES y GERARDO ANTONIO BUILES (folios 242 y 248 del cuaderno No. 1), fundamentos del actor para tratar de demostrar el afecto y la unidad familiar y para quienes el occiso era muy buena persona tanto en la familia como en las amistades; se la llevaban muy bien todos y constituían una familia sin problemas y muy unida, no son concretos ni específicos en la razón de sus apreciaciones, amén de que no exponen circunstancias de tiempo, modo y lugar que le permitan al juzgador deducir la efectividad y la intensidad del afecto.

A lo anterior cabría agregar, de un lado el parentesco de los declarantes con la familia del difunto como que eran tíos de éste, circunstancias que si bien es cierto no serían suficientes para descartar sus testimonios, si pueden llegar a suponer por parte de ellos algún interés en el proceso; y de otro, la imposibilidad por parte de la víctima de vivir en comunidad espiritual con sus allegados, si en cuenta se tiene que Luis Fernando Giraldo Builes se encontraba huyendo, según dicen los mismos testigos. Esta circunstancia, unida a la de que el occiso tenía su propio hogar (casado y con hijo) no permite afirmar que entre él y su familia la comunidad espiritual se encuentra demostrada.

De los perjuicios materiales.

Son reclamados en el recurso de apelación "al menos para los padres y la esposa e hijo del difunto".

La indemnización por concepto de daños materiales supone, de un lado una actividad económica productiva, o en fin unos ingresos por parte del fallecido, y de otro, la prueba de la existencia de un perjuicio cierto en cabeza de quien lo reclama. No basta afirmar que se produjo sino que hay que decir en qué consistió y aportar la prueba correspondiente.

Al respecto se acompaña como único elemento de juicio a la demanda (folio 27 cuaderno No. 1) una constancia de la Cooperativa de Transportadores TAX COOPEBOMBAS Ltda., expedida el 30 de enero de 1986 según la cual el señor Luis Fernando Giraldo Builes "trabajó conduciendo un vehículo afiliado a la Cooperativa, de propiedad del señor REINALDO MARULANDA..." de cuyo producido recibía por salario la suma de $2.150.oo diarios.

No se especifica en el precitado documento, ni las características del vehículo, ni la época en la cual el señor Giraldo estuvo conduciéndolo.

Sin embargo, observa la Sala, que dicha "actividad", en manera alguna pudo haberse desarrollado en el tiempo en que ocurrieron los hechos, como quiera que el señor José Reynaldo Marulanda Córdoba, propietario del Taxi de Placas TI–35 30 Ford modelo 80, en declaración rendida el 18 de octubre de 1983 (folio 426 del cuad. 3o. parte primera), expresa que al citado automotor lo manejó Luis Fernando Giraldo Builes hasta el mes de mayo de 1982 (los hechos ocurrieron desde el 17 de agosto de 1983), y que "no lo siguió manejando porque el carro fue retenido por las autoridades militares y él se perdió, porque lo buscaban a él y lo dejó...". "... no se volvió a dejar ver y ya no se volvió a saber nada...", "... no me volví a saber nada de ellos desde mayo del 82. Ni siquiera llamaban...".

Al preguntársele de qué estaban derivando la subsistencia Giraldo Builes y su esposa, respondió: "Nada, ni por comentarios, ha después de eso que me sucedió no volví a saber nada...". "... él estaba huyendo desde mayo del año pasado".

No encuentra la Sala en el expediente ningún otro elemento de juicio que le permita siquiera suponer que el señor Giraldo laboraba y menos aún pensar que con el fruto de su trabajo y con el producto de otros ingresos o bienes auxiliaba económicamente a su familia.

Así las cosas, tal como lo consideró el Tribunal de primera instancia no podía hacerse condena alguna por perjuicios materiales.

Ahora, en el recurso de apelación la parte actora pretende también que el daño emergente reconocido por los gastos de entierro se actualicen desde la fecha en que se hicieron.

Observa la Sala que así lo hizo el Tribunal cuando en el numeral 4o. de la parte resolutiva del fallo, condena a la Nación Colombiana al pago de $99.800.oo a favor del señor Jesús María Giraldo A. por daño emergente, y en el numeral 5o. resuelve ajustarla en la forma ordenada en la parte motiva, donde, precisamente, establece:

> "Esta suma será ajustada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo para lo cual, se tomará como índice inicial el que certifique el DANE para el mes de agosto de 1983, –índice nacional de precios al consumidor– y como índice final el mismo, que certifique el DANE para el mes en que quede ejecutoriada la presente providencia", (folio 356 cuaderno No. 1).

Al respecto sólo resta recordar que los gastos de entierro fueron hechos el 20 de agosto de 1983, factura que obra a folio 56 del cuaderno No. 1.

Finalmente, y teniendo en cuenta que se conoce también aquí el grado de consulta, para la Sala, la valoración jurídica y fáctica que hizo el *a-quo* para dar por estructurada la falla del servicio, no merece reparo alguno. En el proceso quedó debidamente demostrado con testimonios rendidos entre otros por Jael Balvín, Gloria Genoveva Maya de Rivera, Luz Norella Bedoya Builes y Gerardo Builes, y otras probanzas, que el señor Luis Fernando Giraldo Builes, miembro activo del Ejército de Liberación Nacional según pruebas allegadas con posterioridad, fue detenido por agentes de la Policía Nacional entre las 7:30 y 8 A.M. del 16 de agosto de 1983; conducido en primer término a la Estación de Policía San Joaquín y luego remitido al día siguiente al F–2, sin que sus familiares hubieran vuelto a saber de él a pesar de las numerosas averiguaciones sobre su paradero y de la guardia que montaron en las instalaciones de los organismos de seguridad durante la tarde el 17 de agosto, hasta cuando, por informaciones de prensa, se dieron cuenta de su atroz asesinato, según cadáver hallado el 20 de agosto de 1983 en el Barrio Aranjuez de la ciudad de Medellín.

Probada la calidad de funcionarios en servicio activo de los agentes y oficiales de la Policía que intervinieron en los hechos, la captura y posterior reclusión de Giraldo Builes, tanto en la Policía como en el F–2, según constancia de la Estación de San Joaquín, y aportados al informativo el certificado de defunción y la diligencia de necropsia que acreditan la muerte del capturado, y además valorada la prueba indiciaria destacada por el Tribunal en los folios 353 y 354 del Cuaderno No. 1, no puede menos la Sala que concluir con el *a-quo*, que falló la administración en su primerísima obligación de garantizar la vida y la integridad de las personas, cualesquiera que sean las circunstancias en que se encuentren.

La falla del servicio así probada junto con el daño causado y demostrado en relación con algunos demandantes, a raíz de la muerte del señor Giraldo Builes, y deducido el nexo causal entre dicha falla del servicio y el mismo daño, deben considerarse acreditados los elementos axiológicos de la acción resarcitoria interpuesta por la parte actora.

Confirmará también la Sala la condena que hizo el *a-quo* al pago de los perjuicios morales, por un mil gramos oro para los padres, la esposa y el hijo del occiso, acreditado como está su parentesco próximo y tasada como se halla dicha condena según sano criterio del juzgador.

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,

FALLA:

PRIMERO.– PROSPERA el recurso extraordinario de súplica propuesto contra la sentencia proferida por la Sección Tercera de la Corporación el 24 de noviembre de 1989.

SEGUNDO.– CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, el 31 de marzo de 1989.

TERCERO.– QUEDA surtida la consulta a que se refiere la ley.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plena en reunión celebrada el día 6 de noviembre de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro,* Ausente; *Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Carmelo Martínez Conn,* Ausente; *Dolly Pedraza de Arenas, Jaime Ahumada Díaz,* Conjuez Ausente; *Libardo Rodríguez Rodríguez,* Ausente; *Yesid Rojas Serrano, Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION/CONSEJERO DE ESTADO– Intervención

Ninguno de los Consejeros de Estado integrantes de la Sección que dictó la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión, hayan o no intervenido en su expedición, pueden intervenir, ni siquiera con derecho a voz, en la discusión y adopción de la providencia por medio de la cual se decida el precitado medio de impugnación, pues se trata, precisamente, de revisar el pronunciamiento de la Sección respectiva y no hay razón alguna que justifique la intervención en la decisión del recurso extraordinario de los Consejeros de Estado actuales, que en su momento, no integraban o formaban parte de la Sección que dictó la sentencia objeto de revisión.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. REV–034. Actor: Alvaro Beltrán Celemín. Incidente de nulidad de la sentencia de 17 de octubre de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación.

El señor apoderado del demandante en el proceso de la referencia, dentro del término de ejecutoria de la sentencia de 17 de octubre de 1991 por la cual la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, declaró que "NO PROSPERA el recurso extraordinario de revisión interpuesto por el actor ALVARO BELTRAN CELEMIN, contra la sentencia de 18 de diciembre de 1988, proferida por la Sección Segunda...", solicita se declare de plano la nulidad de dicho fallo, "por haber sido adoptada SIN LA ASISTENCIA de la mitad más uno de los miembros que integran la Sala

que tomó dicha determinación, es decir, por falta de la mayoría absoluta de sus miembros y haberse, así, incurrido en violación manifiesta de los artículos 100, 102 y concordantes del Código Contencioso Administrativo...", ya que debiendo asistir a integrar la Sala Plena que decidió el recurso extraordinario, 19 Consejeros de Estado, en razón de excluirse tan sólo a tres de los que dictaron la sentencia en la Sección –la consejera Dra. Aydée Anzola Linares ya se había retirado de la Corporación–, tan sólo se hicieron presentes 9 que votaron la ponencia, debiendo hacerlo 10 consejeros.

Se rechazó de plano, como lo manda la ley, la solicitud de nulidad por fundarse "en causal distinta de las determinadas" en el capítulo II, Título XI del C. de P.C., aplicable por remisión al procedimiento contencioso administrativo, ya que el hecho invocado por el apoderado de la parte actora no corresponde a ninguno de los causales de nulidad procesal expresamente establecidas en el artículo 140 del C. de P.C., y, por cuento de otro lado, el juicio no se encontraba "en actuación posterior" a la sentencia, es decir, en la de su cumplimiento o ejecución, caso en el cual procede la nulidad que se haya originado en aquélla (art. 142, incisos primero y último del C. de P.C.).

No obstante, debe observarse al señor apoderado de la parte que figuró como actora en el proceso de revisión de la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Sala Contenciosa de esta Corporación, que: a) en la decisión del recurso extraordinario de revisión, sólo podían intervenir los Consejeros de Estado integrantes de las Secciones Primera, Tercera, Cuarta y Quinta de la Sala, es decir, un número de dieciseis, si se tiene en cuenta lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 130 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el artículo 21 del Decreto Ley 2304 de 1989: "La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocerá del recurso extraordinario de revisión, *excluídos los Consejeros de la Sala que profirió la decisión,* contra las sentencias dictadas por las Secciones" (se subraya). Nótese que, a diferencia del primitivo artículo 186 del C.C.A. que se refería a los "magistrados que intervinieron en su expedición" –se refiere a la de las sentencias dictadas por las Secciones–, la nueva disposición hace mención es de los "Consejeros *de la Sala que profirió la decisión*". Ahora bien; la aparente contradicción existente entre el artículo 21 del decreto 2304 de 1989 (subrogatorio del primitivo artículo 130 del C.C.A.), que habla de los "Consejeros de la Sala que profirió la decisión", y el artículo 40 del mismo decreto (subrogatorio del primitivo artículo 186 del C.C.A.), que se refiere a la exclusión "de los magistrados que intervinieron en su expedición", ha sido dilucidada por la propia Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en el sentido de que ninguno de los consejeros de Estado integrantes de la Sección que dictó la sentencia objeto del recurso extraordinario de revisión, hayan o no intervenido en su expedición, pueden intervenir, ni siquera con derecho a voz, en la discusión y adopción de la providencia por medio de la cual se decida el precitado medio de impugnación, pues se trata, precisamente, de revisar el pronunciamiento de la Sección respectiva y no hay razón alguna

que justifique la intervención en la decisión del recurso extraordinario de los consejeros de Estado actuales que, en su momento, no integraban o formaban parte de la Sección que dictó la sentencia objeto de revisión; b) Que debiendo intervenir en la decisión del recurso extraordinario de revisión tan sólo dieciseis de los veintidos consejeros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, según lo antes dicho, el quórum decisorio requerido, según el artículo 102 del C.C.A., lo constituía "la mayoría absoluta de sus miembros", es decir, nueve, número que es el que aparece suscribiendo la sentencia de 17 de octubre del presente año, pues los restantes estuvieron ausentes.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, RESUELVE: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de nulidad de la sentencia de diecisiete de octubre de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, formulada por el señor apoderado de quien figuró en el proceso como parte actora-recurrente.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO–Régimen aplicable/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA**–Procedencia/ **RESPONSABILIDAD INDIRECTA**–Improcedencia

Teniendo en cuenta que la providencia suplicada se fundamentó en los principios consagrados en los arts. 2347 y 2356 del C.C., que son de carácter netamente privatista, como que consagran la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno y por actividades peligrosas, nociones que desde tiempo atrás, la jurisprudencia contencioso-administrativa ha desechado, acogiendo la responsabilidad directa, es por lo que se observa la violación manifiesta en que incurre la sentencia suplicada respecto a la doctrina contenida en las jurisprudencias citadas como contrariadas.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contenciso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Referencia: Expediente No. S–108. Actor: Jairo Rodríguez Durán.– Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 1989, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Negada la ponencia presentada por el señor Consejero doctor Miguel González Rodríguez, procede la Sala Plena haciendo uso de la parte inicial de aquélla, por considerarla útil a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la Señora Fiscal Segundo de esta Corporación y la abogada-apoderada especial de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– contra la sentencia de la referencia, por medio de la cual se declaró responsable a la Nación –Ministerio de Defensa– de los perjuicios causados al actor por la

muerte de su hijo Carlos Alberto Rodríguez S., y, como consecuencia, se condena a pagar en concreto a la citada entidad por concepto de perjuicios morales subjetivos al señor Rodríguez Durán el equivalente en pesos colombianos de 1.000 gramos oro, según la equivalencia que certifique el Banco de la República con referencia a la fecha de ejecutoria de ese proveído, condena que devengará los intereses comerciales y de mora previstos en el artículo 177 del C.C.A.

FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

La Sección Tercera, en la sentencia recurrida, después de llegar a la conclusión de que no aparece en el proceso probada la falla o falta del servicio, alegada por la parte demandante, ya que la "falta de entrega de la munición y la omisión en la custodia del armerillo, dentro del enfoque de la demanda, eran hechos de trascendencia para dar por establecida la aludida falla y no se demostraron en forma alguna", y "Tampoco puede hablarse de tolerancia de las autoridades militares para con un soldado con perturbaciones mentales (lo que sí haría pensar en falta del servicio) porque esa perturbación no obedeció a un estado permanente anterior sino a un trastorno de tipo transitorio que hizo crisis ante las permantes ofensas del occiso", lo que se corrobora "con lo que afirmaron los médicos forenses ante el Tribunal Superior de Ibagué", expresa lo siguiente como fundamentos de su decisión condenatoria:

"Si bien es cierto el enfoque de la demanda y su prueba no permiten la prosperidad de la misma, la Sala considera, con apoyo en el principio *iura novit curia*, que la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la Nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de los conscriptos sometidos a instrucción militar; actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo.

"Si se da en el campo del derecho privado igual presunción en contra de los directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado (artículo 2347 del C.C.), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar, con riesgos tan graves que no permiten siquiera comparación con aquélla.

"Con esto la Sala no privatiza la responsabilidad del Estado, sino que, por el contrario, publicita un principio del derecho privado liberándolo de la nota de responsabilidad indirecta que se le asigna en éste y que no puede

darse, en principio, en el campo de la responsabilidad administrativa donde no cabe hablar de la responsabilidad por el hecho ajeno de otro.

"Esa publicización puede lograrse porque los sometidos a conscripción o reclutamiento si bien entre ellos están sometidos a una carga igual, frente a las demás personas y para la seguridad y tranquilidad de éstas, en definitiva, están gravados con una carga excepcional que impone que los perjuicios anormales que sufran les sean resarcidos por la comunidad que se beneficia del servicio que prestan.

"Puede decirse, entonces, que cuando una persona ingresa al servicio militar en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares. Si no sucede tal cosa, y muere o sufre daños por fuera de los riesgos normales propios de la instrucción militar, como sucedió aquí, el patrimonio estatal deberá responder por tal resarcimiento.

"En el caso que se estudia se observa que el joven Carlos Alberto Rodríguez S. pereció a manos de un compañero de armas, riesgo que no estaba en las previsiones normales del servicio. Su muerte se puede imputar a ese servicio y la administración sólo podía exonerarse alegando fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de tercero, el que para el caso tenía que ser una persona ajena al servicio mismo.

"La entidad demandada no probó ninguna causal exculpativa. La culpa personal del agente, alegada por la Fiscalía, no puede aceptarse, entre otras razones, porque dada la forma como se cumplieron los hechos es imposible deslindar el insuceso perjudicial del servicio mismo. El hecho lo propició un agente del Estado, en tiempo de servicio y con arma oficial.

"Aunque la demanda está en estas condiciones llamada a prosperar, la condena únicamente cobijará al padre del soldado fallecido, señor Jairo Rodríguez Durán, ya que la relación de parentesco existente entre los dos se acreditó en forma suficiente (ver certificados y documentos del estado civil a folios 19 y siguientes del cuaderno principal).

"El resto de familiares demandantes no será indemnizado, porque la madre natural de Carlos Alberto, señora María Edilma Sánchez, no formuló demanda. La señora Nelly Rodríguez ni ninguno de sus hermanos acreditó las circunstancias de convivencia, armonía y mutua ayuda existente entre estos últimos y aquél. Frente a los hermanos y esta idea podrá aplicarse a la madrastra, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala con anterioridad, ahora con apoyo en jurisprudencia de la Sala Plena (sentencia de febrero 7 de 1989, proceso S–067, ponente: Miguel González Rodríguez), el derecho a la indemnización por perjuicios morales no surge por el sólo hecho del parentesco, como sí sucede en el caso de los padres frente a los hijos, éstos frente a aquéllos y los cónyuges entre sí.

"Por falta de pruebas esa condena no podrá ser sino por perjuicios morales, ya que no existe ningún medio probatorio que evidencie que el señor Rodríguez Durán dependía en todo o en parte del trabajo de su hijo Carlos Alberto.

"Como *petitum doloris* se impondrá una condena equivalente a 1.000 gramos oro; equivalencia que certificará el Banco de la República a la ejecutoria de este fallo. Se entiende esta condena en concreto".

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA FORMULADOS POR LA FISCALIA DE LA CORPORACION

Primer Cargo.

La señorita Fiscal Segunda del Consejo dice que hace más de cincuenta años, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha venido afirmando que los fundamentos jurídicos de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano deben basarse en normas de derecho público, arts., 16, 20, 33 C.N., Ley 167 de 1941 y Decreto 01 de 1984, así como la teoría de la llamada "falla del servicio" de inspiración eminentemente pública, que deslindó y sustrajo esta clase de acciones del influjo del derecho privado, y que en la sentencia recurrida se retornó a los principios "desuetos del código civil como son la responsabilidad indirecta por culpa *in vigilando* (art. 2347 del C.C.) y a la noción de actividad peligrosa (art. 2356 del C.C.), contrariándose así la tradicional jurisprudencia de la corporación contenida en las siguientes sentencias:

1.– La del 12 de julio de 1988, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Dr. Simón Rodríguez R., exp. R–029, actor: Ligia Calderón de Córdoba.

2.– La del 2 de noviembre de 1960 proferida por la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Carlos Gustavo Arrieta A., expediente 298, actor: Ira Elischa Washburn.

3.– La de marzo 14 de 1984 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Joaquín Vanín Tello, expediente 10.768, actor: Inés Camargo vda. de Linares.

4.– La de septiembre 30 de 1960 de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Francisco Eladio Gómez G., actor: Esther Wolff de Posada; y

5.– La de junio 12 de 1984 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Bernardo Ortiz Amaya, expediente 11.014, actor: Ligia Calderón de Córdoba.

Segundo Cargo.

Por otra parte, en la sentencia recurrida al descartarse la falla del servicio invocada por la parte actora, en razón de no haberse establecido o probado en juicio, la Sección cambia completamente "los parámetros, los fundamentos, los argumentos y las razones de la demanda para entrar a decidir y más aún para decidir favorablemente", con desconocimiento de la reiterada jurisprudencia de la Corporación sobre el carácter de *rogada* de la justicia contencioso-administrativa, que no permite al juez apartarse de los fundamentos y planteamientos de la demanda, jurisprudencia contenida en las siguientes sentencias:

1.– Sentencia de 30 de marzo de 1938 de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Dr. Isaías Cepeda, actor: Compañía Colombiana de Tabaco.

2.– Sentencia de 26 de enero de 1949 de la misma Sala, ponente: Pedro Gómez Parra, actor: Miguel y Mariana Tobón.

3.– Sentencia de 26 de julio de 1963 de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Guillermo González Charry, actor: Teresa Peralta viuda de Grosso y otros.

4.– Sentencia de marzo 29 de 1989, ponente Dra. Clara Forero de Castro, expediente E–037, actor: Like Bross Steamchip C. Inc., de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Tercer Cargo.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que la responsabilidad extracontractual del Estado debe basarse en los principios y normas del derecho público, siendo la noción de responsabilidad directa la que debe aplicarse y no la indirecta por culpa *in vigilando* o *in eligiendo* del C.C., no obstante lo cual la Sección Tercera, en la sentencia recurrida, se fundamenta expresamente en la culpa en la vigilancia del art. 2347 del C.C., con el argumento de que con ello no privatiza la responsabilidad del Estado, sino que, por el contrario, publicita un principio del derecho privado, liberándolo de la nota de responsabilidad indirecta que se le asigna en éste y que no puede darse, en principio, en el campo de la responsabilidad administrativa donde no cabe hablar de la responsabilidad por el hecho ajeno o de otro. Con ello se quebranta la jurisprudencia de la Corporación contenida en las siguientes sentencias:

1.– En la del 2 de noviembre de 1960 de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, ponente Carlos Gustavo Arrieta A., exp. 298, actor: Ira Elischa Washburn.

2.– En la de septiembre 30 de 1960 de la misma Sala, ponente Francisco Eladio Gómez G., actor: Esther Wolff de Posada; y

3.– En la de junio 12 de 1984, dictada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Bernardo Ortiz Amaya, exp. 11.014, actor: Ligia Calderón de Córdoba.

LOS CARGOS FORMULADOS A LA SENTENCIA POR EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.

La apoderada especial de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– expresa que en la sentencia recurrida se acoge concepción jurisprudencial contraria a la expuesta por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado con base en la teoría de la falla o falta del servicio, como derivación de la responsabilidad directa a la que están sujetos los entes públicos concepción contenida en las siguientes sentencias:

1.– Sentencia de marzo 14 de 1984, consejero Dr. Vanín Tello, exp. 10.768, actora: Clara Inés Camargo viuda de Linares.

2.– Sentencia de junio 12 de 1984, ponente Bernardo Ortiz Amaya, exp. 11–014, actora: Ligia Calderón de Córdoba.

3.– Sentencia de agosto 13 de 1982, ponente Enrique Low Murtra, exp. 10–625, actor: Luis Horacio Acosta Díaz.

4.– Sentencia de julio 16 de 1980 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Jorge Dangond Flórez, actor: Estrada D. y Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda.

5.– Sentencia de abril 27 de 1984 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, ponente Carlos Betancur Jaramillo, expediente 10.976, actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros.

LA DECISION:

Para resolver, se considera:

El primero y tercer cargos formulados por la Fiscalía Segunda del Consejo de Estado y el único cargo formulado por la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional, por hacer referencia al mismo aspecto, es decir, el relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyos fundamentos jurídicos eran, según la jurisprudencia de esta Corporación invocada por los recurrentes, únicamente de derecho público, es decir, los artículos 16, 20, 21, 29, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51 de la Constitución Política de 1886, y algu-

nas normas legales que desarrollaron esos preceptos, aunado a ellos, como fundamento de carácter doctrinario y jurisprudencial, el concepto o teoría de la "falla del servicio", de inspiración publicista, sin que en forma alguna pueda acudirse a los principios y normas del Código Civil –artículos 2347 y 2356–, para establecer en la sentencia objeto del recurso, la responsabilidad estatal por la muerte del hijo del actor que prestaba su servicio militar, la Sala procederá a estudiarlos y decidirlos como uno solo.

Es claro para la Sala, como se ha visto, que la Sección en su sentencia descartó la "falla del servicio" como determinante de la responsabilidad de la Nación en los hechos que dieron origen a la acción, en razón de no haberse probado ella en el proceso, cuando expresó:

"Tal como se desprende del libelo, la parte actora alegó como fundamento de la pretensión indemnizatoria la falla del servico, configurada por la no entrega de la munición por parte del soldado homicida y por la omisión en la custodia del armerillo, hechos que facilitaron la comisión del ilícito.

"Pese a que la Sala considera que en el caso *sub-judice* no debió alegarse como *petendi* la aludida falla, sino la presunción de responsabilidad por parte de la Nación durante la instrucción militar de los conscriptos, en primer lugar analizará la demanda tal como fue presentada para concluir que con ese enfoque, de haber sido posible, no habría podido prosperar porque los hechos configurativos de esa falla no resultaron probados.

"La falta de entrega de la munición y la omisión en la custodia del armerillo dentro del enfoque de la demanda, eran hechos de trascendencia para dar por establecida la aludida falla y no se demostraron en forma alguna.

"Tampoco puede hablarse de tolerancia de las autoridades militares para con un soldado con perturbaciones mentales (lo que sí configuraría falla del servicio) porque esa perturbación no obedeció a un estado permanente anterior sino a un trastorno de tipo transitorio que hizo crisis ante las permanentes ofensas del occiso...

"De ese dictamen, además se infiere que ese cuadro clínico escapa a una normal previsibilidad, no sólo de las fuerzas militares sino de cualquier organismo o entidad, público o privado...".

Desde ese aspecto, es claro para la Sala que en la sentencia de la Sección no se desconoce o contraría jurisprudencia de la Corporación contenida en la sentencia de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, de la extinguida Sala de Negocios Generales o de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La cuestión gira, entonces, a si podía deducirse la responsabilidad extracontractual de la Nación con fundamento en lo dispuesto en los artículos

2347 –responsabilidad indirecta por el hecho ajeno (responsabilidad de una persona por el hecho de aquéllos que estuvieron a su cuidado, como la del director del colegio o escuela por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado)– y 2356 –responsabilidad por razón del ejercicio de una actividad peligrosa– del C.C., y sí efectivamente en la sentencia recurrida se aplicaron dichas normas de la ley civil, contrariándose así la concepción jurisprudencial reiterada de esta Corporación sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado, o sea, especialmente, los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51 de la Constitución de 1886.

Para llegar a una conclusión, veamos lo que dijo la Sección:

"... la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la Nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de sus conscriptos sometidos a instrucción; *actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo.*

"Si se da en el campo del derecho privado igual presunción en contra de directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado (artículo 2347 del C.C.), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, *no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar con riesgos tan graves que no permiten siquiera comparación con aquélla".* (Subrayas fuera del texto).

Al estudiar el informe No. 24 de agosto 12 de 1989, suministrado por la Relatoría del Consejo de Estado (folios 36 a 42 cuaderno No. 1) y las fotocopias de las providencias aportadas por dicha dependencia a petición del sustanciador (folios 67 a 264 cuaderno No. 1) que obran en el proceso, se concluye que las únicas providencias emanadas de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de las citadas por los recurrentes como contentivas de la jurisprudencia que dicen fue transgredida por la sentencia suplicada, que hacen referencia a los cargos mencionados antes, son las de julio 12 de 1988, expediente No. R–029, que en el tomo copiador de la Relatoría aparece bajo el No. 01044 actor: Ligia Calderón de Córdoba, por medio de la cual se resolvió favorablemente el recurso extraordinario de anulación interpuesto contra la sentencia de febrero 17 de 1983 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo; la de junio 12 de 1984, expediente No. 11014, actor: Ligia Calderón de Córdoba, por medio de la cual se resolvió desfavorablemente el recurso extraordinario de súplica propuesto contra la sentencia de la Sección Tercera mencionada antes; la de junio 16 de 1980, expediente No. 10134, actor: Estrada D. y Jaramillo E. Ltda. y Urbanización La Frontera Ltda., por medio de la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida el 22 de mayo

de 1974 por el Tribunal Administrativo de Antioquia y la de abril 27 de 1984, expediente No. 10976, actor: Ana Vanegas de Cabrera y otros, en las que claramente se afirma: "La responsabilidad directa de la persona pública por fallas del servicio según la jurisprudencia contencioso administrativa, descansa en principios de derecho público, cual es el título III de la Carta Política y especialmente el artículo 16 de ésta, dejando de lado los cánones de derecho privado" (folio 100 cuaderno No. 1).

En las otras providencias citadas por los recurrentes no se hace mención alguna al respecto.

Teniendo en cuenta que la providencia suplicada, para llegar a la conclusión favorable a las peticiones de la demanda, se fundamentó en los principios consagrados en los artículos 2347 y 2356 del C.C., que son de carácter netamente privatista, pues como que consagran la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno y la por actividades peligrosas, nociones que desde tiempo atrás, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha desechado, acogiendo la responsabilidad directa, es por lo que se observa la violación manifiesta en que incurre la sentencia de abril 28 de 1989 proferida por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa, respecto a la doctrina contenida en las jurisprudencias citadas en las sentencias de la Sala Plena mencionadas.

Al prosperar el cargo antes estudiado, se hace innecesario el estudio y análisis del segundo, por economía procesal.

De lo analizado antes, se concluye que el recurso extraordinario de súplica está llamado a prosperar y por ello, la sentencia de abril 28 de 1989 proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo deberá ser revocada, para en su lugar proceder a proferir la sentencia sustitutiva en la siguiente forma:

En la demanda presentada ante esta Corporación en noviembre 16 de 1982, por el apoderado judicial de los señores Jairo Rodríguez Durán y Nelly Rodríguez, quienes obran el primero en su propio nombre y ambos en el de sus menores hijos Edwin, Charles y Janna Rodríguez Rodríguez y además, de Jairo Rodríguez Sánchez e Ivonne Rodríguez Camacho, se formularon en contra de la Nación las siguientes peticiones:

"1.1.– La Nación es responsable de la totalidad de los daños y perjuicios causados a los señores JAIRO RODRIGUEZ DURAN, EDWIN, CHARLES Y JANNA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, y JAIRO RODRIGUEZ SANCHEZ E INVONNE RODRIGUEZ CAMACHO con la muerte de su hijo y hermano CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ a bala oficial, disparada con arma oficial, por el soldado JOSE GILBERTO QUINTERO, el día 30 de abril de 1982, en el Escuadrón de Reacción Inmediata de la Base Aérea "LUIS F. PINTO", en MELGAR, departamento del TOLIMA.

"11.1- (sic) Condénase a la NACION a pagar a JAIRO RODRIGUEZ DURAN, el equivalente en pesos de la fecha de la sentencia de cuatro mil gramos de oro fino como indemnización de perjuicios materiales, de acuerdo con los artículos 8o. de la ley 153 de 1887 y 107 del Código Penal.

"11.2- (sic) Condénase a la NACION a pagar a JAIRO RODRIGUEZ DURAN, EDWIN, CHARLES y JANNA RODRIGUEZ RODRIGUEZ, y a JAIRO RODRIGUEZ SANCHEZ e IVONNE RODRIGUEZ CAMACHO, daños morales con el equivalente en pesos a la fecha del fallo de mil gramos de oro fiino, según el artículo 106 del Código Penal.

"1.2.- Transcurridos treinta días desde la fecha en que la NACION tenga conocimiento de la existencia de la (sic) sentencia ya ejecutoriada, pagará a los demandantes intereses aumentados con la variación promedio mensual del incremento en el indice (sic) nacional de precios al consumidor". (folios 11 y 12, cuaderno No. 1).

HECHOS:

1.- El soldado José Gilberto Quintero en las instalaciones del Escuadrón de Reacción Inmediata de la Base Aérea "Luis F. Pinto", en Melgar, Tolima, había prestado guardia en la noche comprendida entre el 29 y el 30 de abril de 1982, y por haberse quedado dormido el superior le advirtió que iba a ser castigado, exigiéndole en el relevo la entrega del arma más no de la munición o parque que portaba, por la mala organización del servicio.

2.- En las horas de la mañana del 30 de abril de 1982 el soldado Quintero le dió muerte de un balazo en la cabeza a su compañero de filas Carlos Alberto Rodríguez Sánchez dentro de las Instalaciones Militares señaladas antes, en el salón donde éste dormía, tomando uno de los fusiles que se encontraba en el "Armerillo", sin vigilancia especial, y utilizando la munición que él portaba, todo lo cual sucedió por falla en el servicio, debido a la mala organización y falta de vigilancia.

3.- Los hechos ocurrieron con arma oficial, con balas oficiales, y por la falla en el servicio anotada, con lo cual se le causó perjuicios a Jairo Rodríguez Durán padre el occiso, y a Edwin, Charles y Janna Rodríguez Rodríguez y a Jairo Rodríguez Sánchez e Ivonne Rodríguez Camacho hermanos del mismo, pues los llenó de angustia y dolor y los privó de la posible ayuda que les hubiera podido dar en el futuro.

NORMAS VIOLADAS:

Citó como normas violadas las siguientes:

Los artículos 2o., 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional; 68 del C.C.A., 20, 28 y 30 del D.E. 528 de 1964; 8o. Literal e) 14, literal c), 20, 22, 25 a 26, 36, literal b), 37, 38, literal c), 40, literal c) y 41 de la Resolución 5.020 del 18 de noviembre de 1960, REGLAMENTO DE SERVICIO DE GUARNICION, FF.MM. 3–9; 2.347 y 2.349 del C. Civil, 1.613 y 1.614, ibídem, 106 y 107 del C. Penal y 8o. de la ley 153 de 1887.

CONCEPTO DE LA VIOLACION

El libelo demandatario estima como especialmente transgredido el artículo 29 del Reglamento del Servicio de Guarnición que dice: "La guardia saliente entregará a la entrante la munición de mano, esto es la que lleva consigo".

Igualmente considera que se violó el artículo 39 ibídem, que establece: "Al recibir el cargo los comandantes de guardia dejarán expresa constancia en el libro de nota, de la munición que reciben y la que se encuentra en mano, así como su estado aparente y las condiciones de seguridad (cerradura y sellos) de la caja que contine la munición de reserva".

Por el hecho de haber dado muerte al soldado Rodríguez con arma oficial estiman los demandantes, se incurrió en violación de los artículos 2o., 16, 20 y 51 de la Constitución Nacional de 1886.

EL ALEGATO DE CONCLUSION

El apoderado del Ministerio de Defensa, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la conducta del soldado José Gilberto Quintero estaba desligada del servicio y por ello constituyó una falta personal del agente.

El Agente del Ministerio Público pidió se denegaran las súplicas de la demanda, con base en la misma tesis de la parte demandada.

SE CONSIDERA:

Tal como se desprende del libelo la parte actora alegó como fundamento de la pretensión indemnizatoria la falla del servicio, configurada por la no entrega de la munición por parte del soldado homicida y por la omisión en la custodia del armerillo, hechos que facilitaron la comisión del ilícito.

Para demostrar los hechos señalados en el párrafo anterior como fundamento de la falla del servicio, la Sala pasará a analizar las diferentes pruebas alegadas por el demandante en la siguiente forma:

a) La ratificación de los testimonios rendidos ante el Juzgado Primero Superior de Espinal por los señores Jorge Enrique Benavides, Jorge Eliécer

Conde y Andrés Reyes Vergara y con los cuales se pretendía acreditar el desarrollo de los hechos y establecer esa falla, no pudo llevarse a efecto, como tampoco las declaraciones de los testigos Carlos Montoya y Miguel pudieron ser recepcionados. La aludida falta de ratificación impide la apreciación de los primeros, tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala.

b) La contestación al oficio No. 059 de 8 de mayo de 1985, remitida al comandante del grupo de apoyo de la base de Melgar, no aparece en el expediente.

c) La copia de las sentencias penales, por sí solas tampoco son suficientes para demostrar esa falla.

Al proceso se arrimó copia de la causa criminal adelantada por el Juzgado Primero Superior de Espinal (Tolima) contra JOSE GILBERTO QUINTERO por la muerte de CARLOS RODRIGUEZ SANCHEZ. De ese expediente sólo se podrá tener en cuenta la sentencia ya que la prueba testimonial no ratificada, como se dijo, por no reunir los requerimientos del artículo 229 del C. de P.C. no podrá ser estimada. Con respecto al fallo de segunda instancia (el de primera fue revocado) proferido por la justicia penal, él es prueba de la muerte del señor Carlos Rodríguez Sánchez el día 30 de abril de 1982 en el Escuadrón de reacción rápida de la Fuerza Aérea de la Base de Melgar, a manos del soldado José Gilberto Quintero, pero no de las demás circunstancias que rodearon el insuceso, entre ellas la falta de entrega de la munición por parte del homicida y la omisión en la custodia del armerillo, extremos alegados como configurativos de la falla del servicio que no fueron demostrados en forma alguna y que no pueden darse por establecidos con la sola copia de la sentencia penal.

La falta de entrega de la munición y la omisión en la custodia del armerillo, dentro del enfoque de la demanda, eran hechos de trascendencia para dar por establecida la aludida falla y no se demostraron en forma alguna.

Tampoco puede hablarse de tolerancia de las autoridades militares para con un soldado con perturbaciones mentales (lo que sí haría pensar en falla del servicio) porque esa perturbación no obedeció a un estado permanente anterior sino a un trastorno de tipo transitorio que hizo crisis ante las permanentes ofensas del occiso. Se corrobora esto con lo que afirman los médicos forenses ante el Tribunal Superior de Ibagué: "Se trató de transtorno mental de tipo transitorio, que una vez sometido al tratamiento psiquiátrico pertinente, no se evidencian secuelas del mismo". (folio 341 anexo 1).

De ese dictamen, además, se infiere que ese cuadro clínico escapa a una normal previsibilidad, no sólo de las Fuerzas Militares sino de cualquier organismo o entidad, público o privado.

Visto lo anterior, se repite, no aparece la falla o falta en el servicio, alegada por la parte 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:

Inffrmase la sentencia de abril 28 de 1989, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, disponiéndose en su lugar:

Niéganse las peticiones de la demanda.

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

Esta providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de diecinueve (19) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consuelo Sarria Olcos, Presidente; *Jaime Abella Zárate, Reynaldo Arciniegas Baedecker,* Con salvamento; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz,* Con salvamento de Voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Clara Forero de Castro, Miguel González Rodríguez,* Con salvamento de Voto; *Amado Gutiérrez Velásquez,* Con salvamento de Voto; *Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna,* Con salvamento de Voto; *Carmelo Martínez Conn, Dolly Pedraza de Arenas, Jorge Penen Deltieure, Libardo Rodríguez Rodríguez,* Con salvamento de Voto; *Yesid Rojas Serrano,* Con salvamento de Voto; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO.– Régimen aplicable (Salvamento de Voto)

No encontrándose que la Sección en la sentencia objeto del recurso extraordinario haya dado aplicación a las normas contenidas en el C.C., artículos 2347 y 2356 –mucho menos este último que ni siquiera cita o invoca expresamente–, sino a unos principios generales de derecho, que, si bien están consagrados expresamente en la legislación civil, no son propios de una rama jurídica específica, sino que son comunes al derecho civil, mercantil, laboral y administrativo, agregándosele, en algunos casos, las notas peculiares del régimen regulado en esas ramas del derecho, es evidente que los cargos planteados no pueden prosperar.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto de los Consejeros de Estado, doctores Reynaldo Arciniegas B., Ernesto Rafael Ariza M., Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Alvaro Lecompte Luna, Libardo Rodríguez Rodríguez y Yesid Rojas Serrano.

Referencia: Expediente No. S–108. Actor: Jairo Rodríguez Durán.– Recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 28 de abril de 1989, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Con el debido respeto nos apartamos de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, por medio de la cual se infirmó la sentencia de abril 28 de 1989 proferida por la Sección Tercera de la Sala Contenciosa, para en su lugar negar las peticiones de la demanda, apoyados en las siguientes valoraciones jurídicas que se expresaban en la ponencia sometida inicialmente a la consideración de la Corporación por el señor Consejero, doctor González Rodríguez:

""1o.– *Primero y tercer cargo formulados por la Fiscalía Segunda del Consejo de Estado y único cargo formulado por la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional.*

Por referirse los tres cargos mencionados al mismo aspecto, o sea, el relativo a la responsabilidad extracontractual del Estado, cuyos fundamentos jurídicos eran, según la jurisprudencia de esta Corporación invocada por los recurrentes, únicamente los artículos 16, 20, 21, 29, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51 de la Constitución Política de 1886, y algunas normas legales que desarrollaron esos preceptos, aunado a ellos, como fundamento de naturaleza doctrinaria y jurisprudencial o causa *petendi*, el concepto o teoría de la "falla del servicio", de inspiración eminentemente publicista, sin que en manera alguna pueda acudirse a los principios y normas del Código Civil –artículos 2347 y 2536 entre otros–, para dilucidar en la sentencia objeto del recurso, la responsabilidad estatal por la muerte del hijo del actor que prestaba su servicio militar, la Sala procederá a decidirlos como uno solo.

Es claro para la Sala, como se ha visto, que la Sección en su sentencia descartó la "falla del servicio" como determinante de la responsabilidad de la Nación en los hechos que dieron origen a la acción, en razón de no haberse probado ella en el proceso, cuando expresó:

"Tal como se desprende del libelo, la parte actora alegó como fundamento de la pretensión indemnizatoria la falla del servicio, configurada por la no entrega de la munición por parte del soldado homicida y por la omisión en la custodia del armerillo, hechos que facilitaron la comisión del ilícito.

"Pese a que la Sala considera que en el caso *sub-judice* no debió alegarse como *petendi* la aludida falla, sino la presunción de responsabilidad por parte de la Nación durante la instrucción militar de los conscriptos, en primer lugar analizará la demanda tal como fue presentada para concluir que con ese enfoque, de haber sido posible, no habría podido prosperar porque los hechos configurativos de esa falla no resultaron probados.

"La falta de entrega de la munición y la omisión en la custodia del armerillo dentro del enfoque de la demanda, eran hechos de trascendencia para dar por establecida la aludida falla y no se demostraron en forma alguna.

"Tampoco puede hablarse de tolerancia de las autoridades militares para con un soldado con perturbaciones mentales (lo que sí haría pensar en falla del servicio) porque esa perturbación no obedeció a un estado permanente anterior sino a un trastorno de tipo transitorio que hizo crisis ante las permanentes ofensas del occiso...

"De ese dictamen, además se infiere que ese cuadro clínico escapa a una normal previsibilidad, no sólo de las fuerzas militares sino de cualquier organismo o entidad, público o privado...".

Desde ese aspecto, también es claro para la Sala que en la sentencia de la Sección no se desconoce o contraría jurisprudencia de la Corporación contenida en sentencia de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo, de la extinguida Sala de Negocios Generales o de la actual Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

La cuestión gira, entonces, a si podía deducirse la responsabilidad extracontractual de la Nación con fundamento en lo dispuesto en los artículos 2347 –responsabilidad indirecta por el hecho ajeno (responsabilidad de una persona por el hecho de aquéllos que estuvieron a su cuidado, como la del director de colegio o escuela por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado)– y 2356 –responsabilidad por razón del ejercicio de una actividad peligrosa– del C.C., y sí efectivamente en la sentencia recurrida se aplicaron dichas normas de la ley civil, contrariándose así la concepción jurisprudencial reiterada de esta Corporación sobre el fundamento jurídico de la responsabilidad extracontractual del Estado o sea, especialmente, los artículos 16, 20, 21, 31, 32, 33, 35, 44, 45 y 51 de la Constitución de 1886.

Para llegar a una conclusión, veamos lo que dijo la Sección:

"... la interpretación racional de los hechos permite hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad de la Nación por la presunción de responsabilidad que se le puede imputar a ésta por el hecho de sus conscriptos sometidos a instrucción; *actividad de especial peligrosidad, no sólo por los peligros que ella implica para los que la reciben, sino por la manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo.*

"Si se da en el campo del derecho privado igual presunción en contra de directores de escuelas y colegios, los que deben responder por el hecho de sus discípulos mientras están bajo su cuidado (artículo 2347 del C.C.), en actividad que se cumple evidentemente con menos riesgos, *no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar con riesgos tan graves que no permiten siquiera comparación con aquélla"* (subrayado fuera del texto).

Como se ve, no es que la Sección, en su sentencia recurrida, haya dicho expresamente que, aplicando los artículos 2347 y 2356 del C.C., especialmente el primero, ya que el segundo de ellos ni siquiera lo menciona en su providencia, deduce la responsabilidad extracontractual del Estado fundada en esas normas o disposiciones, en razón de haberse realizado el hecho que

ocasionó el daño por conscripto –soldado o alumno– bajo el cuidado de la respectiva Fuerza Armada. Lo que claramente dijo era que *"si se da en el campo del derecho privado"* la presunción, desvirtuable desde luego, en contra de directores de escuelas y colegios, lo que los obliga a responder por el hecho, según lo preceptuado en el art. 2347 del C.C. "no se ve razón alguna para que no pueda aplicarse igual regla –principio debió decirse mejor) a una actividad como la que se cumple durante la instrucción militar", más riesgosa que aquélla, especialmente por razón de la "manipulación de equipos y armas de extraordinario riesgo".

Y, la prueba de que la Sección se cuidó muy bien de no desconocer la tradicional o reiterada jurisprudencia de la Corporación sobre los fundamentos jurídicos de la responsabilidad estatal, no muy clara por cierto en las normas constitucionales indicadas anteriormente, salvo lo preceptuado en los artículos 30, 31 y 33 de la Constitución de 1886 –como sí lo está expresamente consagrado ahora en el art. 90 del Ordenamiento Constitucional de 1991–, ya que ninguna de ellas decía que el "Estado responderá patrimonialmente por los daños que le sean imputables", es que, a renglón seguido, dijo:

> "Con esto la Sala no privatiza la responsabilidad del Estado, sino que, por el contrario, publicita un *principio de derecho privado* –aquí sí se refirió a un principio y no a una regla de derecho positivo–, *liberándolo de la nota de la responsabilidad indirecta* que se le asigna en éste y que no puede darse, en principio en el campo de la responsabilidad administrativa *donde no cabe hablar de la responsabilidad por el hecho ajeno o de otro"* (subrayas fuera del texto).

Ahora bien; en cuanto hace a la responsabilidad *por riesgo,* no admitida por la jurisprudencia nacional, tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación, que ha preferido, en aplicación estricta de la ley civil, hablar de la responsabilidad por el ejercicio de la *actividad peligrosa,* debe observarse que cuando la Corporación, y en especial la Sección Tercera de su Sala Contenciosa, ha reconocido que puede configurarse la responsabilidad estatal por razón de un "riesgo de naturaleza excepcional" o de "una actividad peligrosa" que desarrolla un ente público, que coloca a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a un riesgo excepcional el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público, así no haya habido falla o culpa del servicio, ha dado aplicación también a un principio de derecho que, indubitablemente, rige tanto en la actividad privada como en la pública, pero sin invocar el artículo 2356 del C.C., como tampoco lo hizo la Sección Tercera en la sentencia recurrida.

No encontrándose, por consiguiente, que la Sección en la sentencia objeto del recurso extraordinario haya dado aplicación a las normas contenidas

en el C.C., artículo 2347 y 2356 –mucho menos este último que ni siquiera cita o invoca expresamente–, sino a unos principios generales de derecho, que, si bien están consagrados expresamente en la legislación civil, no son propios de una rama jurídica específica, sino que son comunes al derecho civil, mercantil, laboral y administrativo, agregándosele, en algunos casos, las notas peculiares del régimen regulado en esas ramas del derecho, es evidente que los cargos planteados no pueden prosperar y así se declarará en la parte resolutiva de esta providencia.

""2o.– *Segundo cargo formulado por la Fiscalía Segunda de la Corporación, relativo al desconocimiento de la reiterada jurisprudencia de la Corporación sobre el carácter derogada de la justicia contencioso-administrativa, por haberse apartado la Sección de los fundamentos y planteamientos de la demanda.*

En la última de las sentencias invocadas por la recurrente, contentivas de la jurisprudencia de la Corporación supuestamente contrariada, –la de fecha 29 de marzo de 1989, exp. R–037, actor LIKES BROOS STEAMCHIP C. INC., ponente Dra. Clara Forero de Castro–, se recoge lo dicho en sentencias anteriores de la antigua Sala de lo Contencioso Administrativo sobre el carácter de "rogada" que tiene esta jurisdicción, en los siguientes términos:

"Dicen así las providencias citadas, en la parte pertinente:

'El Consejo no está autorizado para escoger, de su cuenta, *las normas que aparecen violadas* y aplicarlas al caso, sustituyéndose así el deber procesal del demandante, porque esta acción ni es pública ni es oficiosa... La facultad discrecional que asiste al demandante en *"la expresión de las disposiciones que se estiman violadas y el concepto de la violación"*, que es una de las formalidades que debe reunir toda demanda ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está jurídicamente condicionada, para la prosperidad de la acción, *a la procedencia de las citas que haga y a la juridicidad de la interpretación que de ellas exponga* el actor, porque debiendo declarar la sentencia *si el acto acusado* viola o no tales disposiciones en su recto sentido, no podría ella fundarse en la consideración de *textos que no sean atinentes,* o cuya interpretación y aplicación estén atribuidos por ley a otra competencia, *ni en ninguna norma que no haya sido expresa y precisamente citada en la demanda,* por no ser oficiosa sino rogada la justicia que se imparte por esta jurisdicción' (Subrayado fuera del texto).

"El recurrente afirma que se contrarió esta jurisprudencia porque el fallo controvertido se fundamentó en consideraciones, causales, normas y cargos que no fueron expuestos en el libelo de demanda. Que la acusación se contraía al estudio de si el INDERENA había o no demostra-

do la contaminación y si ello era necesario para la validez de los actos acusados.

"En verdad la Sección Primera se apartó del planteamiento hecho en la demanda, no porque le estuviera vedado analizar lo sucedido durante la actuación previa a la imposición de la multa, o no pudiera hacer una valoración y examen de las pruebas tenidas en cuenta para sancionar, *sino porque como causal para anular el acto administrativo demandado, tuvo en cuenta la falsa motivación, a la cual llegó a través de la desviación de poder,* y ninguna de ellas fue invocada por la sociedad demandante, que se limitó a considerar infringido el artículo 26 de la C.N., el 18 de la ley 23 de 1973 y el 177 del decreto 1681 de 1978... (subrayados fuera del texto).

"Es decir, que mientras el demandante considera que no puede ser sancionado por ser insuficiente la prueba de la supuesta falta que le había sido endilgada, el fallo dedujo que la motivación de la sanción era falsa y por lo tanto se había incurrido en desviación de poder, desviación y falsedad que en el texto de la demanda no aparecen mencionadas".

"'"... no encuentra la Sala que la Sección hubiere desconocido la jurisprudencia de la Corporación sobre el carácter de 'rogada' de esta jurisdicción, así ella esté referida, como lo está, a la acción de nulidad y a la de nulidad con restablecimiento del derecho –antes de restablecimiento del derecho y, en el código de 1941, de plena jurisdicción–, por la circunstancia de que el fallador de instancia, en aplicación del principio *iura novit curia,* hiciera una interpretación racional de los hechos que permitiera hacer un enfoque diferente para concluir que sí se comprometió la responsabilidad estatal que se le puede imputar al ente público por el hecho de sus conscriptos sometidos a instrucción, aplicando, de ese modo, el principio contenido en el art. 2347 del C.C., invocado en la demanda, en concordancia con el 2349 ib., también invocado, pero no mencionado en la sentencia por ser ello innecesario.

"En síntesis; las normas constitucionales en que, según la jurisprudencia reiterada de la Corporación, se fundamenta la responsabilidad estatal en Colombia, las normas legales consagratorias, entonces, de la acción indemnizatoria –el art. 68 del estatuto procesal contencioso administrativo de 1941–, las mismas normas sobre competencia de la jurisdicción para conocer, a partir de 1965, de estas contenciones –las del Decreto Ley 528 de 1964–, y las del C.C. que recogen un principio de derecho que, se repite, no es exclusivo del derecho civil, invocadas por el actor en su demanda, son claramente los 'Fundamentos de Derecho de las pretensiones', y el juez de instancia no se apartó de ellas para fundar su decisión. Tampoco se separó de las pretensiones formuladas en la demanda, que condujera a la Sección a un fallo extra o *ulta petita* y que no existiera congruencia entre lo pedido y lo concedido,

principio básico en los pronunciamientos de los tribunales de justicia rogada, como lo expresó esta Corporación en sentencia de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de fecha diciembre 5 de 1988, expediente S–036, ponente Dr. Alvaro Lecompte Luna.

"En consecuencia, este cargo tampoco está llamado a prosperar"".

Por esas consideraciones, estimamos que el recurso extraordinario de súplica no estaba llamado a prosperar.

Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Amado Gutiérrez Velásquez, Miguel González Rodríguez, Alvaro Lecompte Luna, Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

Fecha Ut Supra.

REVISION DE SENTENCIAS

La revisión de que trata el art. 164 de la Ley 167/41 procede contra la sentencia "que se hubiere dictado sobre reconocimientos que impogan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero"; vale decir que, en principio, es improcedente respecto a sentencias que se abstengan de hacer reconocimientos, o que haciéndolos, no tengan el carácter de periódicos como acontece con las indemnizaciones o recompensas que se pagan una sola vez. Todos los motivos de revisión están estructurados sobre el hecho de que la sentencia objeto del recurso haya dispuesto un reconocimiento a cargo del tesoro. La única excepción a esta exigencia, es aquélla que consagra expresamente la revisión de las sentencias que hayan denegado el reconocimiento, cuando con posterioridad "se recobren piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta".

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

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. S–219. (578). Actor: José Antonio Pedraza Picón.– Revisión de sentencias.

Por haber considerado la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo que hay lugar a modificar el actual criterio jurisprudencial de la Sala Plena respecto a la revisión de sentencias de que tratan los artículos 164 y siguientes de la ley 167 de 1941, asume esta corporación el conocimiento del presente proceso instaurado a nombre propio por el abogado JOSE ANTONIO PEDRAZA PICON.

El actor, "con apoyo en el artículo 164 del C.C.A. demanda para que en juicio de revisión y al tenor de la causal 6a. *in fine* del artículo 165 ib. se reemplace la sentencia del 17 de noviembre de 1971 (sic) y 1o. de diciembre de 1976 proferidas por el H. Consejo de Estado, Sección Segunda, para en su lugar disponer" que la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares le tenga en cuenta un mayor tiempo de servicios y le pague como asignación de retiro el 75% de los sueldos del grado de Mayor del Ejército.

Posteriormente, en cumplimiento de un auto proferido por la Sala Unitaria, aclaró que la primera providencia es de fecha 24 (sic) de marzo de 1974 y que fue proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y no por el Consejo de Estado, y luego precisa que "la sentencia que se debe revisar es la que fue expedida por el H. Consejo de Estado, el 1o. de diciembre de 1976 que confirma el fallo del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, proferido con fecha 24 (sic) de marzo de 1974". (folio 64).

En realidad la fecha de la sentencia confirmada por el Consejo de Estado es 27 de marzo de 1974.

Son en síntesis, los hechos expuestos en la demanda de revisión los siguientes:

El demandante promovió acción ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, orientada, entre otros fines, a obtener que su asignación de retiro fuera incrementada a un 75% y se le tuviera en cuenta su tiempo de servicios a razón de 360 días por año, 30 días por mes, todo lo cual fue denegado.

A continuación cita algunos pronunciamientos de la Sección Segunda del Consejo de Estado que, según afirma, han "resuelto que el reajuste ordenado por el artículo 5o. de la ley 4a. de 1966 es aplicable al régimen de porcentajes en las asignaciones de retiro".

Agrega que "su hoja de servicios militares arrojó un tiempo de 16 años, 3 meses, 11 días hasta el 4 de marzo de 1969, sin liquidar a razón de 360 días cada año, 30 días por mes y la fracción por residuo" tiempo que, liquidado correctamente, se convierte "en 16 años, 6 meses, 4 días, porque los 5 días excedentes de 360 dan un total de 83 días o sea 2 meses, 23 días; sumados a 16 años, 3 meses, 11 días se convierten en 16 años, 6 meses, 4 días".

Finaliza el capítulo afirmando que los fallos que se pide revisar desestiman las postulaciones, sin atender "su propia jurisprudencia, considerando así: a) Que son diferentes las asignaciones de retiro y la pensión de jubilación, por tener carácter especial. b) Porque la ley 4a. de 1966 no es favorable en la asignación de retiro. c) Que el decreto 1177 de 1966 se hizo extensivo

a los militares sólo para lo relativo a la percepción de la prima de actividad y la compatibilidad entre la asignación de retiro y la cesantía".

Razona luego, en forma extensa, en orden a obtener la prosperidad de las pretensiones que, como ya se anotó, fueron denegadas por el Tribunal en sentencia del 27 de marzo de 1974, que luego fue confirmada por la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 1o. de diciembre de 1976.

La vista Fiscal.— La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto dijo lo siguiente:

> "Como al iniciarse la vigencia del actual Código Contencioso Administrativo, el 1o. de 1984, (sic) aún no se había dictado el auto a que se refería el art. 167 de la ley 167 de 1941, equivalente al admisorio de la demanda, no puede decirse con respecto a estas diligencias, que correspondan a un proceso iniciado "antes de la vigencia del Decreto 01 de 1984". Por ser ello así, este último decreto es el que se impone como aplicable al caso de autos, al tenor del art. 266 del Estatuto en cita, que sólo permite aplicar las normas de la anterior ley a algunos supuestos de que todos modos debe haber preexistido dentro de un "proceso iniciado". Como tal hipótesis no se da en el *sub-lite*, debe aplicarse el artículo 40 de la ley 153 de 1887, conforme al cual "las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...". Y, para que cobre aún mayor virtualidad lo aseverado atrás, exceptúa la citada previsión los mismos supuestos de actuaciones y diligencias iniciadas con anterioridad a la vigencia de la nueva ley a que se refiere el susodicho art. 266 del Decreto 01 de 1984.
>
> Así las cosas, sobre unas diligencias iniciadas con demanda en donde se consigna una pretensión con base en una causal eliminada de la normatividad legal aplicable al caso, cree esta Fiscalía no puede recaer fallo distinto al desestimatorio de las súplicas de la demanda, o, mejor, un decreto de nulidad de todo lo actuado con base en la regla 4a. del art. 152 del C.P.C.". (fls. 75 y 76).

El expediente fue reconstruido como consecuencia de su destrucción en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

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

CONSIDERACIONES:

Respecto del concepto emitido por el Ministerio Público, observa la Sala que la demanda de revisión fue presentada el 28 de febrero de 1984, vale decir, bajo el imperio de la ley 167 de 1941, cuando no había entrado a regir el actual C.C.A.

De otro lado, se tiene que las causales de revisión establecidas en el artículo 165 de dicha ley, hacen parte del derecho sustancial, debiendo concluirse, entonces, que no es pertinente respecto de ellas la aplicación del artículo 40 de la ley 153 de 1887 y que la pretensión de revisión aquí formulada debe decidirse a la luz de la mencionada ley 167.

Síguese, además, que tampoco sea procedente la nulidad procesal planteada por el Ministerio Público, con fundamento en el numeral 4 del artículo 152 del C. de P.C.

Respecto a la revisión solicitada por el actor, la Sala considera oportuno recordar que según se expresó atrás, de acuerdo con la copia de la sentencia de fecha marzo 27 de 1974 que obra a folios 10 a 21, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las peticiones de la demanda, mediante la cual además de la nulidad de los actos administrativos pertinentes y de otros pronunciamientos, se pretendía el reajuste de "la asignación mensual y vitalicia de retiro al 75% del sueldo de actividad que en todo tiempo corresponda al grado de Mayor del Ejército, con inclusión de los subsidios y primas legales".

La anterior sentencia fue apelada; y la Sección Segunda del Consejo de Estado la confirmó, en proveído del 1o. de diciembre de 1976.

Como las sentencias a que se refiere la revisión no hicieron reconocimiento alguno, sino que al contrario, no accedieron a decretar la asignación demandada por el actor, deberá la Sala precisar si de conformidad con el ordenamiento contenido en la mencionada ley 167 de 1941, es procedente la revisión mencionada.

Para tal fin debe la Sala, en primer lugar, recordar que en pronunciamientos anteriores –sentencia del 18 de septiembre de 1979, proferida dentro del proceso promovido por Lucía Burgos Buitrago y sentencia del 19 de septiembre de 1983, Expediente No. 10.963, Actor: Jovino Herrera Rueda– sostuvo que la revisión a que se refieren los artículos 164 y 165 de la ley 167 de 1941, es procedente, aunque la sentencia objeto de la revisión no haya impuesto al tesoro público una obligación pecuniaria, esto es, que no interesa que la jurisdicción contencioso administrativa no haya accedido a las súplicas del accionante que impetró ante ella el reconocimiento de una suma periódica de dinero con cargo al tesoro público.

Fue así como en la primera sentencia, al acoger consideraciones y pronunciamientos anteriores de la Sección Segunda, que sostenían tal tesis, y por considerar que:

> "la causal 6a. del art. 165 en su segundo extremo *cuando la que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada* pese a que da a entender que sólo se refiere a reconocimientos positivos debe aceptarse como comprensiva también de decisiones negativas. Aquí la locución *reconocimiento*, como en el inciso 1o. del artículo 164, –continúa la Sala– no puede interpretarse en su simple alcance afirmativo ya que jurídica ni semánticamente presenta esta única característica. El mismo diccionario de la Real Academia al definir *reconocimiento* como acción o efecto de reconocer y reconocerse, envía al intérprete a este último vocablo para darle a entender que no sólo significa *aceptar un estado de cosas*, sino asímismo *examinar con cuidado una cosa para enterarse de su naturaleza o circunstancias* o *considerar, advertir o contemplar.* Y como es apenas lógico el resultado final de ese examen, reconocimiento o constatación puede ser positivo o negativo. Jurídicamente tampoco tiene ese alcance restrictivo porque el artículo 164 habla de sentencias que se hayan dictado sobre reconocimientos y no únicamente sobre las que hayan decretado la pensión periódica y el art. 165 enumera las diferentes causales sin una adecuada discriminación".

Los anteriores razonamientos condujeron a la Sala a fijar su posición jurisprudencial, en los siguientes términos:

> "En este sentido puede concluirse que la jurisprudencia de la Corporación requiere de ciertas precisiones. Así, serán revisables no sólo las sentencias que hayan decretado una pensión periódica, sino aquéllas que las hayan negado con apoyo en las causales 3a. y 6a. (extremo final), puesto que el efecto de una mala aplicación o interpretación puede tener resultados positivos o absolutorios y no tendría sentido que el recurso se circunscribiera a la decisión que contemple los primeros".

Con el propósito de determinar si es procedente ratificar o no el criterio jurisprudencial contenido en las sentencias que se acaban de mencionar, se considera oportuno transcribir los siguientes preceptos del Código Contencioso Administrativo contenido en la ley 167 de 1941:

> "Artículo 164.– A solicitud de cualquier persona o del ministerio público podrá revisar el Consejo de Estado o el respectivo tribunal administrativo la sentencia que se hubiere dictado sobre *reconocimientos que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero.* (Subraya fuera del texto).
>
> Artículo 165.– La revisión que podrá solicitarse en cualquier tiempo, tendrá lugar en los casos siguientes:

1) Cuando el reconocimiento se obtuvo con fundamento en documentos falsos o adulterados;
2) Cuando la persona en cuyo favor se decretó no reunía, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o si con posterioridad a la sentencia hubiere perdido esa aptitud;
3) Cuando después de conferido o denegado se recobren piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta;
4) Cuando, decretado el reconocimiento a favor de una persona, aparece otra de mejor derecho para reclamarlo;
5) Cuando concurriere alguna de las causales señaladas en la ley para la pérdida del reconocimiento;
6) Cuando la cuantía ha sido aumentada o disminuida por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada".

El contenido de las normas transcritas, llevan a la Sala a las siguientes conclusiones:

–Según el artículo 164, la revisión procede contra la sentencia "que se hubiere dictado sobre reconocimientos que impongan al tesoro público la obligación de cubrir una suma periódica de dinero"; vale decir que, en principio, es improcedente respecto a sentencias que se abstengan de hacer reconocimientos, o que haciéndolos, no tengan el carácter de periódicos, como acontece con las indemnizaciones o recompensas que se pagan una sola vez.

–Es un recurso instituido en interés público. De ahí, que según el artículo 164 la revisión proceda "a solicitud de cualquier persona o del ministerio público", formulada "en cualquier tiempo" según el artículo 165.

–Dados los términos en que la norma está concebida y por tratarse de un recurso de carácter excepcional, la enumeración de los motivos que dan lugar a él, es taxativa; y en consecuencia, ellos deben ser aplicados con carácter restrictivo, no pudiendo el juez crear por vía de interpretación o de jurisprudencia hipótesis de revisión diferentes a las expresamente contempladas en el mencionado artículo 165.

–Al observar los motivos de revisión que consagra esta norma, se concluye que todos ellos están estructurados sobre el hecho de que la sentencia objeto del recurso haya dispuesto un reconocimiento a cargo del tesoro. La única excepción a esta exigencia, es la contenida en el numeral 3, que consagra expresamente la revisión de las sentencias que hayan denegado el reconocimiento, cuando con posterioridad "se recobren piezas decisivas con las cuales hubiere podido pronunciarse una decisión distinta".

–En consecuencia al cumplimiento de tal presupuesto no se sustrae la aplicación de los eventos previstos en el ordinal 6o., incluido el invocado por

el actor, que se refiere al caso en que la norma que sirvió de fundamento al *reconocimiento* "fue mal aplicada o interpretada".

Por las anteriores consideraciones, la Sala Plena procede a recoger el criterio que en sentido contrario había expresado en las sentencias atrás mencionadas, proferidas el 18 de septiembre de 1979 y el 19 de septiembre de 1983, y en su lugar adopta el consignado en los términos precedentes.

Teniendo en cuenta la anterior conclusión, la Sala encuentra que no es legalmente procedente acceder a revisar la sentencia objeto del recurso porque, como se anotó, en ella no se hizo reconocimiento alguno a cargo del tesoro público. A esta conclusión no se opone el hecho de que el recurso se reifiera al reajuste de una asignación de retiro ya reconocida por el actor, pues el cumplimiento de las exigencias legales que estructuran la causal que se invoque como fundamento de la revisión, debe darse frente a la sentencia impugnada, la cual en el caso *sub-judice*, como ya se ha dicho, no hizo reconocimiento alguno.

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 revisar la sentencia proferida por la Sección Segunda el 1o. de diciembre de 1976, mediante la cual se confirmó la proferida el 27 de marzo de 1974 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso instaurado por el abogado José Antonio Pedraza Picón.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE.

Aprobada en la Sala del día 29 de octubre de 1991.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Miren de la Lombana de Magyaroff, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, 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,* Ausente; *Diego Younes Moreno,* Ausente; *Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez; *José Roberto Herrera Vergara,* Conjuez; *Guillermo López Guerra,* Conjuez, Ausente.

Nubia González Cerón, Secretaria.

SANCION PECUNIARIA/DESPACHO COMISORIO—Incumplimiento

Resulta inaudito para la Corporación que la comisionada, quien pertenece a esta jurisdicción como Magistrada de Tribunal, desde hace varios años, dé a entender que desconoce la dirección del Tribunal donde ella misma trabaja y la de su colega de labores a quien debía recibir el testimonio ordenado en el Despacho Comisorio.

Consejo de Estado.— Sala Plena.— Resolución No. 001.— Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Guillermo Chaín Lizcano.*

Por medio de la cual la Sala Plena del Consejo de Estado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36 del C. de P.C. y artículo 4o. Literal H) del acuerdo No. 2 de 1971, sanciona a una magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con multa.

CONSIDERANDO:

Que el artículo 36 del C. de P.C. sanciona con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales cuando el comisionado injustificadamente retarda el cumplimiento de la comisión;

Que de acuerdo con los documentos allegados al expediente de sanción No. 001 el Tribunal Administrativo de Boyacá con motivo del proceso de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral (actora: Teresa de Jesús Walteros Oicatá) libró el Despacho comisorio 000320 de julio 15 de 1991 con el fin de que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca re-

cibiera testimonio del doctor BENJAMIN HERRERA BARBOSA conforme a las preguntas que sobre los hechos de la demanda y su contestación le formularon en el momento de la diligencia;

Que tanto en los insertos del referido despacho comisorio como en la fotocopia autenticada de la demanda (página 8) aparece consignado que el doctor BENJAMIN HERRERA BARBOSA se desempeña como Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca;

Que según el expediente 91–27504 la mencionada comisión fue repartida a la Magistrada Teresa Rico de Morelli quien mediante auto de agosto 27 de 1991 devolvió el despacho comisorio 000320 sin diligenciar; aduciendo que en ningún documento se indicaba la dirección del testigo para podérsele citar:

Que ante el incumplimiento de la comisión el Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto de septiembre 25 de 1991 dispuso poner en conocimiento del Consejo de Estado este insólito proceder y comisionar nuevamente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que recibiera el testimonio del Doctor Benjamín Herrera Barbosa, tal como se decretó la prueba;

Que conforme a lo preceptuado por el artículo 36 del C. de P.C. por auto de 13 de noviembre de 1991 se solicitó a la doctora Teresa Rico de Morelli explicara las causas por las cuales no cumplió la comisión solicitada en el Despacho 000320 del 15 de julio de 1991, habiendo contestado en oficio de 29 de noviembre del año en curso que "no fue suministrada la dirección del declarante y que en tales circunstancias, en una ciudad como Bogotá, es imposible citar una persona sin conocer la dirección en donde pueda encontrársele". (fl. 46);

De acuerdo con lo anterior resulta inaudito para la Corporación que la doctora Teresa Rico de Morelli quien pertenece a esta jurisdicción desde hace varios años dé a entender que desconoce la dirección del Tribunal donde ella misma trabaja y la de su colega de labores, doctor Benjamín Herrera Barbosa.

RESUELVE:

1) Sancionar a la doctora TERESA RICO DE MORELLI, Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con multa por la suma de ciento tres mil cuatrocientos cuarenta pesos moneda corriente ($103.440.oo M/Cte.) a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

2) Remitir copia de esta resolución al Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

3) Contra esta sanción sólo procede el recurso de reposición (artículo 115 C.C.A.).

Notifíquese y cúmplase.

Consuelo Sarria Olcos, Presidenta; *Jaime Abella Zárate, Ernesto Rafael Ariza M., Reynaldo Arciniegas B., Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, Jaime Betancur Cuartas, Carlos Betancur Jaramillo, Clara Forero de Castro, Guillermo Chahín Lizcano, Miguel González Rodríguez, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo M., Javier Henao Hidrón, Alvaro Lecompte Luna, Miren de la Lombana de Magyaroff,* Salvó el Voto; *Carmelo Martínez Conn,* Con Salvamento de Voto; *Juan Montes Hernández, Humberto Mora Osejo,* Con Salvamento de Voto; *Jaime Paredes Tamayo, Jorge Penen Deltieure,* Salvó Voto; *Libardo Rodríguez Rodríguez, Yesid Rojas Serrano, Daniel Suárez Hernández,* Aclara Voto; *Julio César Uribe Acosta,* Ausente; *Diego Younes Moreno.*

Nubia González Cerón, Secretaria General.

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento/**SANCION PECUNIARIA**– Improcedencia/**CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA** (Salvamento de Voto)

La Magistrada comisionada devolvió, sin diligenciar, un despacho comisorio en el cual, por otra parte, no se fijó término de cumplimiento. En tales circunstancias no puede hablarse de un retardo sino de una omisión en el cumplimiento de una función, fenómeno al cual no se refiere el art. 36 del C. de P.C. en estudio, pero que sí está tipificado como falta disciplinaria. En tales condiciones, la Sala Plena debió abstenerse de conocer del caso por falta de competencia.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Salvamento de Voto de la Doctora Miren de la Lombana de Magyaroff a la Resolución No. 1 de 10 de diciembre de 1991. Número interno 001651 Sala Plena. Consejero Ponente: Doctor Guillermo Chahín Lizcano. Exp. Res-001. Actora: Teresa de Jesús Walteros Oicatá.

Referencia: Expediente sanción No. 001.

Con el mayor respeto me permito apartarme de la decisión mayoritaria adoptada por la Sala en la providencia que antecede en la cual se decidió no reponer el auto por el cual se imponía una sanción a un comisionado por aplicación del art. 36 del C. de P.C.

Como de lo que se trata en esta oportunidad es de reexaminar la aplicación del artículo 36 en cita, me remito a lo dicho cuando salvé el voto a la decisión adoptada respecto de la providencia que ahora se impugna.

Al respecto sólo puedo agregar estas consideraciones:

No pueden negarse las facultades disciplinarias del juez, pero en el presente caso se trata de saber si la conducta del comisionado encaja en el presupuesto normativo y es claro que no. Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la norma. Puede estarlo en el presupuesto de una norma diferente, pero no en el de la disposición aplicada por la Sala.

Es cierto que la sanción prevista en el citado art. 36 es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

El hecho de que el decreto 2282 de 1989 sea posterior al 1888 del mismo año, en nada empece para sostener la inaplicabilidad del art. 36 por cuanto para los efectos del presente estudio no hay modificación del contenido del texto que regía con anterioridad: En cualquiera de los dos casos lo sancionable en la forma prevista por la disposición es el retardo. El incumplimiento tiene unas consecuencias distintas y, por supuesto, su tramitación es diferente.

En estas condiciones considero que se ha debido acceder a la reposición de la providencia impugnada.

Con mi mayor consideración.

Miren de la Lombana de Magyaroff.

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Doctor Carmelo Martínez Conn, quien adiciona lo siguiente:
El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable dado que el evento previsto en él no es el que realizó la Doctora Teresa Rico de Morelli; en cambio, esa conducta está tipificada como falta disciplinaria y es bien sabido que existe un organismo competente que es el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria. Por ello a este organismo debió enviarse las diligencias para que conociera el caso e impusiera la sanción que corresponde.

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento/**CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA** (Salvamento de Voto)

Como el art. 36 del C.P.C. sólo faculta al Consejo de Estado, como superior jerárquico, para sancionar el retardo culposo en el cumplimiento de la comisión, es claro que en este caso, en que no hubo retardo sino incumplimiento de la comisión impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la Corporación carece de competencia para sancionar: el art. 36 del C. de P.C. no es aplicable al caso.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1o.) El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil –12 del Decreto-Ley 2282 de 1989– dispone que "el comisionado *que retarde por su culpa* (subraya) el cumplimiento de la comisión será sancionado con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales...". Pero, en este caso, como afirma la providencia mayoritaria (fl. 52), la doctora Teresa Rico de Morelli *no cumplió la comisión* impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En efecto, mediante auto de 27 de agosto de 1991 ordenó, devolver sin diligenciar el despacho comisorio 000320, por estimar que no indicaba la dirección de la persona a la cual se debía recibir testimonio. Por consiguiente, la doctora Teresa Rico de Morelli *no retardó* sino que *no dió cumplimiento* al mencionado despacho comisorio. Además, el retardo que, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, es "demora" o "tardanza", no se produjo en este caso porque la *funcionaria comisionada devolvió, en la forma indicada, el despacho comisorio* y porque *éste tampoco señala término o plazo para cumplir la comisión* (fl. 4).

No pueden negarse las facultades disciplinarias del juez, pero en el presente caso se trata de saber si la conducta del comisionado encaja en el presupuesto normativo y es claro que no. Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la norma. Puede estarlo en el presupuesto de una norma diferente, pero no en el de la disposición aplicada por la Sala.

Es cierto que la sanción prevista en el citado art. 36 es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

El hecho de que el decreto 2282 de 1989 sea posterior al 1888 del mismo año, en nada empece para sostener la inaplicabilidad del art. 36 por cuanto para los efectos del presente estudio no hay modificación del contenido del texto que regía con anterioridad: En cualquiera de los dos casos lo sancionable en la forma prevista por la disposición es el retardo. El incumplimiento tiene unas consecuencias distintas y, por supuesto, su tramitación es diferente.

En estas condiciones considero que se ha debido acceder a la reposición de la providencia impugnada.

Con mi mayor consideración.

Mireń de la Lombana de Magyaroff.

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Doctor Carmelo Martínez Conn, quien adiciona lo siguiente:
El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable dado que el evento previsto en él no es el que realizó la Doctora Teresa Rico de Morelli; en cambio, esa conducta está tipificada como falta disciplinaria y es bien sabido que existe un organismo competente que es el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria. Por ello a este organismo debió enviarse las diligencias para que conociera el caso e impusiera la sanción que corresponde.

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento/**CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA** (Salvamento de Voto)

Como el art. 36 del C.P.C. sólo faculta al Consejo de Estado, como superior jerárquico, para sancionar el retardo culposo en el cumplimiento de la comisión, es claro que en este caso, en que no hubo retardo sino incumplimiento de la comisión impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la Corporación carece de competencia para sancionar: el art. 36 del C. de P.C. no es aplicable al caso.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1o.) El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil –12 del Decreto-Ley 2282 de 1989– dispone que "el comisionado *que retarde por su culpa* (subraya) el cumplimiento de la comisión será sancionado con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales...". Pero, en este caso, como afirma la providencia mayoritaria (fl. 52), la doctora Teresa Rico de Morelli *no cumplió la comisión* impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En efecto, mediante auto de 27 de agosto de 1991 ordenó, devolver sin diligenciar el despacho comisorio 000320, por estimar que no indicaba la dirección de la persona a la cual se debía recibir testimonio. Por consiguiente, la doctora Teresa Rico de Morelli *no retardó* sino que *no dió cumplimiento* al mencionado despacho comisorio. Además, el retardo que, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, es "demora" o "tardanza", no se produjo en este caso porque la *funcionaria comisionada devolvió, en la forma indicada, el despacho comisorio* y porque *éste tampoco señala término o plazo para cumplir la comisión* (fl. 4).

No pueden negarse las facultades disciplinarias del juez, pero en el presente caso se trata de saber si la conducta del comisionado encaja en el presupuesto normativo y es claro que no. Si un comisionado devuelve oportunamente sin cumplir una comisión no está incurso en la hipótesis de la norma. Puede estarlo en el presupuesto de una norma diferente, pero no en el de la disposición aplicada por la Sala.

Es cierto que la sanción prevista en el citado art. 36 es independiente en su aplicación de cualquier otro procedimiento, pero dicha sanción no se puede imponer si la conducta del comisionado no corresponde a la descrita en la norma.

El hecho de que el decreto 2282 de 1989 sea posterior al 1888 del mismo año, en nada empece para sostener la inaplicabilidad del art. 36 por cuanto para los efectos del presente estudio no hay modificación del contenido del texto que regía con anterioridad: En cualquiera de los dos casos lo sancionable en la forma prevista por la disposición es el retardo. El incumplimiento tiene unas consecuencias distintas y, por supuesto, su tramitación es diferente.

En estas condiciones considero que se ha debido acceder a la reposición de la providencia impugnada.

Con mi mayor consideración.

Mireń de la Lombana de Magyaroff.

Fecha ut supra.

NOTA DE RELATORIA: A este salvamento adhiere el Doctor Carmelo Martínez Conn, quien adiciona lo siguiente:
El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable dado que el evento previsto en él no es el que realizó la Doctora Teresa Rico de Morelli; en cambio, esa conducta está tipificada como falta disciplinaria y es bien sabido que existe un organismo competente que es el Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Disciplinaria. Por ello a este organismo debió enviarse las diligencias para que conociera el caso e impusiera la sanción que corresponde.

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento/**CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA** (Salvamento de Voto)

Como el art. 36 del C.P.C. sólo faculta al Consejo de Estado, como superior jerárquico, para sancionar el retardo culposo en el cumplimiento de la comisión, es claro que en este caso, en que no hubo retardo sino incumplimiento de la comisión impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la Corporación carece de competencia para sancionar: el art. 36 del C. de P.C. no es aplicable al caso.

SALVAMENTO DE VOTO

No comparto la decisión mayoritaria por los siguientes motivos:

1o.) El artículo 36 del Código de Procedimiento Civil –12 del Decreto-Ley 2282 de 1989– dispone que "el comisionado *que retarde por su culpa* (subraya) el cumplimiento de la comisión será sancionado con multa de dos a cinco salarios mínimos mensuales...". Pero, en este caso, como afirma la providencia mayoritaria (fl. 52), la doctora Teresa Rico de Morelli *no cumplió la comisión* impartida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. En efecto, mediante auto de 27 de agosto de 1991 ordenó, devolver sin diligenciar el despacho comisorio 000320, por estimar que no indicaba la dirección de la persona a la cual se debía recibir testimonio. Por consiguiente, la doctora Teresa Rico de Morelli *no retardó* sino que *no dió cumplimiento* al mencionado despacho comisorio. Además, el retardo que, según el Diccionario de la Academia Española de la Lengua, es "demora" o "tardanza", no se produjo en este caso porque la *funcionaria comisionada devolvió, en la forma indicada, el despacho comisorio* y porque *éste tampoco señala término o plazo para cumplir la comisión* (fl. 4).

2o.) En consecuencia, como el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil sólo faculta al Consejo de Estado, como superior jerárquico, para sancionar *el retardo culposo* en el cumplimiento de la comisión, es claro que en este caso, *en que no hubo retardo sino incumplimiento de la comisión impartida* por el Tribunal Administrativo de Boyacá, la Corporación carece de competencia para sancionar: *el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable al caso.*

3o.) Como el incumplimiento de la comisión puede constituir una falta disciplinaria "contra la eficacia de la administración de justicia" (art. 9o., letra a), del Decreto 1888 de 1989), considero que *el Consejo de Estado debió remitir la actuación a la Procuraduría General de la Nación para que, por competencia, realice la correspondiente investigación y resuelva lo que fuere pertinente.*

Humberto Mora Osejo.

Bogotá, 19 de diciembre de 1991.

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento/**MINISTERIO PUBLICO**– Competencia (Salvamento de Voto)

No es posible aplicar al caso el art. 36 del C. de P.C. porque la conducta que dio origen a la sanción no es la misma que contempla esa disposición. En efecto, la comisionada no retardó por su culpa el cumplimiento de la comisión sino que omitió darle cumplimiento. La conducta de la funcionaria sancionada tipifica una falta contra la administración de justicia cuya averiguación es de exclusiva competencia del Ministerio Público en ejercicio de la vigilancia judicial.

Salvamento de Voto del Consejero Doctor Jorge Penen Deltieure.– Santafé de Bogotá, D.C., enero catorce (14) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Con todo respeto expongo las razones que aduje durante la discusión en Sala Plena de la providencia fechada el 10 de diciembre último, por medio de la cual la Corporación impuso sanción a la doctora Teresa Rico de Morelli en su calidad de Magistrada del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Manifesté entonces y en este salvamento de voto lo reitero, que no es posible aplicar al caso de la precitada funcionaria el artículo 36 del Código de Procedimiento Civil porque la conducta que dió origen a la sanción no es la misma que contempla esa disposición. En efecto, la doctora Rico de Morelli no retardó por su culpa el cumplimiento de la comisión sino que omitió darle cumplimiento, como claramente se desprende de la lectura de la actuación y muy especialmente del auto con el cual ordenó devolver "..., sin diligenciar,..." (fl. 7) el Despacho Comisorio. Consecuentemente la conducta de la funcionaria no es otra que la tipificada en el literal q) del artículo 9o. del Decreto 1888 de 1989, consistente en "... Abstenerse de cumplir...", la comisión conferida en legal forma por el Tribunal Administrativo

de Tunja. El retardo que esa abstención u omisión causó en la práctica de la diligencia decretada como prueba por el comitente podría constituir un motivo de agravación de la conducta para efectos de la dosificación de la sanción imponible como consecuencia de la actuación que en ejercicio de la vigilancia judicial compete llevar a cabo al Ministerio Público, sanción que correspondería imponer desde luego al Consejo de Estado conforme a la regla contenida en el artículo 27 del precitado Decreto 1888 de 1989.

Con otras palabras: la conducta de la funcionaria sancionada tipifica la falta contra la administración de justicia definida en el literal q) del artículo 9o. del Reglamento Disciplinario, cuya averiguación es de la exclusiva competencia del Ministerio Público en ejercicio de la vigilancia judicial, y la sanción sólamente puede provenir como consecuencia del resultado de esa actuación. Conclusión: se sanciona a la doctora Teresa Rico de Morelli por un procedimiento distinto al señalado por la ley puesto que la conducta que se le predica no es la tipificada en el artículo 36 del C. de P.C. Distinto sería si la funcionaria hubiera cumplido fuera de término la comisión pero lo que hizo fue abstenerse de cumplirla.

Jorge Penen Deltieure.

NOTA DE RELATORIA: La aclaración de voto del Consejero Doctor Daniel Suárez Hernández, se reduce a lo siguiente:
Lo que está ocurriendo ahora, no hubiera tenido ocurrencia, si el Tribunal Administrativo de Boyacá hubiera dado aplicación al art. 222 del C. de P.C. para ordenar la declaración del Doctor Benjamín Herrera B. mediante el procedimiento de "certificación juramentada", método utilizado también para funcionarios judiciales de igual rango, como lo son los magistrados de Tribunal.

CONGRESISTA/PERDIDA DE LA INVESTIDURA/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

Mientras no se expida por el Congreso de la República la ley a que se refiere la norma constitucional a observar por esta Corporación para decidir la solicitud de pérdida de investidura de congresista, no le es posible al Consejo de Estado asumir la competencia para conocer de esta clase de solicitudes, pues, por lo demás, sabido es que no le es dado al juez crear o inventar procedimientos jurisdiccionales para la decisión de las contenciones que ante él se planteen.

Consejo de Estado.— Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.— Santafé de Bogotá, D.C., diciembre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. AC–006. Actor: José Ignacio Vives Echeverría. Solicitud de pérdida de la investidura de Representante a la Cámara por la Circunscripción de Nariño, del doctor Jesús Ranulfo Rosero Ruano.

El doctor JOSE IGNACIO VIVES ECHEVERRIA, obrando en su condición de ciudadano, solicita de esta Corporación que, dentro del término perentorio de veinte (20) días hábiles y por providencia ejecutoriada, declare que el doctor JESUS RANULFO ROSERO RUANO, declarado elegido como Representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral del Departamento de Nariño, para el período 1991 a 1994, ha perdido su investidura de congresista, en razón de que por sentencia proferida por la Sala Contenciosa Electoral del Consejo de Estado, con fecha 26 de mayo de 1987, se declaró nula su elección como Senador Suplente y se le canceló su credencial, para el período constitucional 1986-1990.

Fundamenta su solicitud en lo dispuesto en los artículos 183 y 184 de la Constitución Política de 1991, y considera que la "acción" que promueve es una nueva acción, muy "distinta de la acción contencioso administrativa del proceso electoral (arts. 223 a 251 C.C.A.) y también distinta de la acción contencioso administrativa ordinaria (arts. 206 a 214 ibídem)", por lo cual para *"el debido proceso"*, el Consejo de Estado, para conocerla y decidirla dentro del término de los veinte (20) días hábiles, sólo debe tener en cuenta los documentos que se aporten y su valor probatorio.

Para decidir, **se considera:**

I.– Realmente, el artículo 183 de la actual Constitución Política estableció que los congresistas perderán su investidura, cuando se dé una o varias de las causales expresamente consagradas en esa norma, y, en concordancia con ella, en el artículo 184 ibídem se le asignó al Consejo de Estado la competencia para decretar esa pérdida, "en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano", razón por la cual es clara e incontrovertible la competencia de esta Corporación para conocer de la solicitud formulada en tal sentido por el Dr. Vives Echeverría.

II.– No obstante, la Carta no previó el procedimiento especial correspondiente, en orden a garantizar el derecho fundamental del "debido proceso" que debe aplicarse a toda actuación judicial y administrativa, consagrado en el artículo 29 de la misma, y que implica el que el demandado o sindicado pueda ejercer su derecho a la defensa, presentando pruebas y controvirtiendo las que se alleguen en su contra, propio todo ello de un Estado de Derecho.

III.– Podría pensarse, entonces, que a la solicitud de pérdida de la investidura de congresista, por no haberse establecido en la Constitución Política un procedimiento especial, se le debe dar el trámite del juicio o procedimiento ordinario, según el mandato contenido en el art. 206 del C.C.A., en la forma como quedó después de su subrogación por el art. 45 del decreto 2304 de 1989.

Sin embargo, la Sala considera que ello no es posible, por cuanto, la obligación constitucional impuesta al Consejo de Estado de resolver la solicitud "en un término no mayor de veinte días hábiles, *contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano"*, hace imposible la tramitación de la solicitud, con garantía del debido proceso, en ese término perentorio, si se tienen en cuenta los términos de las diferentes etapas del proceso contencioso administrativo ordinario (notificación personal a la persona o personas que tengan interés directo en el resultado del proceso, o notificación por

edicto emplazatorio, designación de curador *ad litem*, fijación del negocio en lista por el término de cinco días, período probatorio, traslado para alegar de conclusión y eventual intervención del Ministerio Público), y, por cuanto, de otro lado, la frase del precitado art. 184 de la Constitución "será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley", debe conducir a la conclusión de que corresponde a ella, a la ley, determinar un procedimiento breve y sumario para el trámite de la solicitud, que, sin dejar de serlo, garantice el derecho fundamental del "debido proceso" que tiene el congresista respecto del cual se solicita la pérdida de su investidura de tal.

IV.– En síntesis que, mientras no se expida por el Congreso de la República la ley a que se refiere la norma constitucional a observar por esta Corporación para decidir la solicitud de pérdida de investidura de congresista, no le es posible al Consejo de Estado asumir la competencia para conocer de esta clase de solicitudes, pues, por lo demás, sabido es que no le es dado al juez crear o inventar procedimientos jurisdiccionales para la decisión de las contenciones que ante él se planteen.

En consecuencia, la Sala habrá de abstenerse de conocer, por ahora, de la solicitud de la referencia.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Unitaria, **RESUELVE**: Abstenerse de conocer y dar trámite a la solicitud de pérdida de la investidura de congresista, para el período 1991-1994, del doctor JESUS RANULFO ROSERO RUANO, como representante a la Cámara por la Circunscripción Electoral de Nariño.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Miguel González Rodríguez, Consejero de Estado.

CONCEPTO DE SALA DE CONSULTA– Naturaleza/**CONTROL JURISDICCIONAL**– Improcedencia

Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, no tienen la calidad de actos administrativos ni implican el ejercicio de funciones administrativas, razones éstas suficientes, para que no sean susceptibles de control jurisdiccional, a la luz de lo preceptuado en el art. 82 del C.C.A.

Consejo de Estado.– Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 002. Actor: José Jesús Laverde Ospina.– Acción: Nulidad.

El ciudadano JOSE JESUS LAVERDE OSPINA, ha ocurrido ante la Sala Plena de esta Corporación, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., a demandar la nulidad del concepto emitido el día 10 de septiembre de 1991 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor JAIME BETANCUR CUARTAS, en el expediente número 399 – Elección de contralores departamentales y municipales a que se refiere el artículo 272 de la Constitución Política.

El concepto aludido versa esencialmente sobre lo siguiente:

"... 1.– Las asambleas departamentales deben elegir su respectivo contralor en las sesiones que se inician en octubre próximo en atención a que este 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 la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo 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?...".

A la primera pregunta la Sala respondió:

"... Como las sesiones ordinarias de las asambleas se inician el 1o. 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...".

A la segunda, dijo:

"... A.– En el caso concreto de los contralores departamentales, no pueden ser elegidos quienes sean o hayan sido en el último año anterior 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.

B.– Para efectos de las mencionadas inhabilidades se considera que tienen la calidad de *miembros* de asamblea o concejo que deba hacer la elección los diputados y concejales principales y suplentes que hayan obtenido conforme a la ley la credencial de *su investidura, sin consideración a que hayan ejercido o no el cargo...*".

El concepto anterior fue emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, en ejercicio de la función consultiva que le asigna al Consejo de Estado el ordinal 3o. del artículo 237 de la Constitución Política de 1991 (y que le atribuía antes el artículo 141 ordinal 1o. de la Constitución de 1886). Tal función fue fijada en dicha Sala en forma privativa, inicialmente por el artículo 4o., literal b), numeral 2o. de la Ley 50 de 1967 y posteriormente por el artículo 98 numeral 2o. del C.C.A. (Decreto Ley 01 de 1984).

La naturaleza jurídica del concepto es la de ser una opinión que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en virtud de petición que le formula el Gobierno Nacional a través de la Secretaría Jurídica de la Presidencia (artículo 98 ordinal 2o. del C.C.A.), la cual puede ser acogida o desechada por éste. Tiene además como característica el de ser reservado por el término de cuatro años, salvo que el Gobierno, si lo estima conveniente, lo dé a conocer o autorice su publicación (artículo 110 ibídem).

Las características puestas de presente permiten llegar a la conclusión que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil, no tienen la calidad de actos administrativos ni implican el ejercicio de funciones administrativas, razones éstas suficientes, para que no sean susceptibles de control jurisdiccional, a la luz de lo preceptuado en el artículo 82 del C.C.A. y para que esta Corporación, en Sala Unitaria, disponga el rechazo *in-limine* de la demanda.

Resulta por último pertinente destacar, que en la hipótesis *ad adsurdum* que fueran demandables los conceptos, sería competente para su juzgamiento la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena y en única instancia (inciso final del artículo 128 ibídem).

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

RESUELVE:

Se rechaza *in-limine* la demanda presentada por el ciudadano JOSE JESUS LAVERDE OSPINA, con base en las razones anteriormente expuestas.

Devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.

SALA DE CONSULTA

y

SERVICIO CIVIL

ECOSALUD/MONOPOLIO DE JUEGOS

La sociedad Coljuegos Ltda., transformada en anónima, bajo la denominación de Empresa Colombiana de Recursos para la Salud, tiene por objeto realizar la totalidad de la explotación y la administración del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. Sin embargo, ello no obsta, para que algunos aspectos limitados de la explotación de monopolio, por motivos de interés público o social, puedan contratarse con otras entidades públicas o particulares. Pero en todos estos casos es necesario conservar el límite del 15% de las ventas para todos los efectos legales.

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/RIFA/MONOPOLIO DE JUEGOS/ECOSALUD/SANCIONES/COMPETENCIA/SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

De acuerdo con el significado legal del juego de apuestas permanentes, mal puede asimilarse al de rifa, así sea permanente, ni entenderse, en consecuencia, incluidas las rifas autorizadas por leyes especiales, dentro del monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990, cuya explotación compete a Ecosalud S.A. Está atribuida, expresamente, a la Superintendencia Nacional de Salud la función de imponer sanciones.

APUESTAS EN JUEGOS DEPORTIVOS/MONOPOLIO DE JUEGOS /SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD/COMPETENCIA

Declarada como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de

las loterías y apuestas permanentes y comprendidas dentro de dichas modalidades las apuestas en juegos deportivos, no hay lugar a duda sobre la naturaleza de tales apuestas ni sobre la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para controlar y vigilar las entidades que las explotan.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación No. 394. Referencia: Consulta formulada por el Ministro de Salud, relacionada con la interposición de los artículos 42, 43 y 49 de Ley 10 de 1990.

El señor Ministro de Salud, doctor Camilo González Posso, formula a esta Sala una consulta en relación con la interpretación de los artículos 42, 43 y 49 de la Ley 10 de 1990, concretada en los siguientes puntos:

I.– 1o.– "A los contratos que llegue a celebrar ECOSALUD S.A. con terceros para la explotación de cualquier modalidad de juegos, se les debe aplicar la limitante que contempla el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, en el sentido de que "los costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, no podrán ser superiores al 15% de las ventas netas", o, por el contrario esa disposición, se refiere exclusivamente a los costos generales de administración que tenga la sociedad entre entes públicos, hoy ECOSALUD S.A.?".

2o.– "En caso de ser ajustada a derecho la primera de las dos interpretaciones puede ECOSALUD S.A. cuando explote alguna modalidad de juego a través de contrato con terceros, pactar un precio de explotación diferente al 15% de las ventas netas dispuesto en el inciso mencionado y que afecte en consecuencia en porcentaje superior el producto que conforme al inciso 3o. del citado artículo 43, debe ser girado para beneficio del sector salud?".

II.– 1o.– "El término "Apuestas Permanentes" utilizado por el legislador en el artículo 42 de la Ley 10 de 1990 tiene la misma significación etimológica contenida en el Decreto Reglamentario 33 de 1984 que se refiere exclusivamente al juego conocido vulgarmente como chance o por el contrario caben dentro de dicha acepción otros juegos como las rifas que siendo autorizadas por la ley... han adquirido el carácter de permanencia en el tiempo?".

2o.— "Si las rifas autorizadas mediante leyes especiales quedan incluídas dentro del monopolio rentístico creado por la ley 10 de 1990, puede ECOSALUD S.A. asumir directamente su explotación o deberá indemnizar previamente, en los términos del artículo 31 de la Constitución Nacional, a aquellas personas que por virtud de la Ley 10 de 1990 quedaron privadas de dicha actividad?".

III.— "Se pregunta si ECOSALUD S.A. al tenor de lo dispuesto en el artículo 49... (de la Ley 10 de 1990) en su calidad de Administrador del monopolio rentístico creado por virtud de la Ley 10 de 1990, goza de las facultades sancionatorias contempladas en dichas normas y podría en consecuencia, imponer las señaladas en el literal a), teniendo en cuenta que las sanciones consagradas en los siguientes literales chocan abiertamente con la naturaleza de la actividad que le corresponde ejercer a ECOSALUD S.A.?".

IV.— "1.— Las apuestas sobre los resultados en eventos deportivos pueden considerarse una modalidad de juegos de suerte y azar?".

"2.— En caso de ser afirmativo el anterior interrogante, el control y vigilancia sobre las apuestas en juegos deportivos debe ser ejercido por la sociedad entre entes públicos autorizada por la Ley 10/90, hoy ECOSALUD S.A. o por la Superintendencia Nacional de Salud?".

"3.— Las disposiciones del Decreto 149 de 1976 que otorgan a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones de vigilancia y control en materia de concursos hípicos, deportivos y similares, quedan subrogadas?".

"4.— Bajo el concepto de apuesta en juegos deportivos debe entenderse toda aquella que se haga con fundamento en la práctica de un deporte propiamente dicho o de aquéllas que el uso común las asimila a éstos como por ejemplo la hípica, riña de gallos? competencias hípicas realizadas en el exterior?".

En el orden de su formulación, la Sala absuelve la consulta concretada en los puntos antes transcritos:

I.— En beneficio del sector salud declaró la Ley 10 de 1990, como arbitrio rentístico de la Nación, la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes existentes (artículo 42).

En efecto, dispuso el artículo 42:

"Arbitrio rentístico de la Nación. Declárase como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica, en beneficio del sector salud, de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes".

Y con el fin de explotar y administrar el monopolio autorizó la constitución y organización de una sociedad de capital público entre la Nación y las entidades territoriales o sus entidades descentralizadas titulares de los monopolios rentísticos de las loterías (artículo 43).

Expresó el artículo 43:

"La sociedad especial de capital público. Autorízase la constitución y organización de una sociedad de capital público de la cual, serán socios la Nación y las entidades territoriales, o sus entidades descentralizadas, titulares de los monopolios rentísticos de las loterías existentes, y cuyo objeto sea la explotación y administración del monopolio rentístico creado mediante el artículo 42 de la presente ley".

La sociedad constituida COLJUEGOS LTDA. transformada en anónima, bajo la denominación de Empresa Colombiana de Recursos para la Salud previó en sus estatutos, aprobados por el Decreto 271 de 1991, el desarrollo directo de su objeto o mediante contratos con terceros, dentro de los *límites establecidos en el artículo 43 de la Ley 10 de 1990* y reiterados por el artículo 38 de los estatutos.

En efecto, la Sala considera que la sociedad COLJUEGOS S.A. tiene por objeto realizar la totalidad de la explotación y la administración del monopolio rentístico a que se refiere el artículo 43 de la Ley 10 de 1990. Sinembargo ello no obsta, para que algunos aspectos limitados de la explotación del monopolio, por motivos de interés público o social, puedan contratarse con otras entidades públicas o particulares. Pero en todos estos casos es necesario conservar el límite del 15% establecido por el artículo 43 inciso 2o. de la Ley 10 de 1990 para todos los efectos legales.

Señaladas, en todo caso, con referencia a las ventas netas el porcentaje de costos y gastos de explotación del monopolio, como el porcentaje de participación en el producto de la empresa y prevista su distribución entre los municipios, en proporción directa a las ventas que se ejecuten en su territorio, no hay duda en concluir que la ejecución directa o mediante contratos de modalidades de juegos de suerte y azar no puede ser en ningún caso superior al 15% de las ventas límite al cual quedó circunscrito el desarrollo del objeto social de ECOSALUD S.A.

De ahí la imposibilidad de referir exclusivamente a los gastos generales de ECOSALUD S.A. el porcentaje establecido por el inciso 2o, del

artículo 43 de la ley 10 de 1990 y de pactar otro superior con un contratista sobre costos y gastos de inversión, producción, administración, venta y publicidad, máxime cuando no es la ley sino los estatutos, los que señalan la ejecución mediante contrato de modalidades de juegos de suerte y azar, y cuando son los mismos estatutos los que en sus artículos 6o., 9o. y 38 circunscriben dicha ejecución directa o por contrato, a los límites establecidos por la Ley 10 de 1990 en su artículo 43.

II.– El juego de apuestas permanente a que se refiere la Ley 10 de 1990, en su artículo 42, conocido también con el nombre de chance es el definido por el artículo 1o. del Decreto 33 de 1984 y la referencia simplemente tiene por objeto excluirlo, como a las loterías, del monopolio de las modalidades de juegos de suerte y azar cuya explotación compete a ECOSALUD S.A.

Cuando el Decreto Ley 1472 de 1990 se refiere a dicho juego su objeto no es otro que el de atribuir a la Superintendencia Nacional de Salud la vigilancia de las entidades cuyo objeto sea la explotación del mismo.

Así, pues, el significado legal del juego de apuestas permanentes implícito en la definición dada por el artículo 1o. del Decreto 33 de 1984, mal puede asimilarse al de rifa, así sea permanente, ni entenderse, en consecuencia, incluidas las rifas autorizadas por leyes especiales, dentro del monopolio rentístico creado por la Ley 10 de 1990, cuya explotación compete a ECOSALUD S.A.

III.– Las funciones de inspección y vigilancia, en desarrollo de las cuales las autoridades competentes pueden imponer las sanciones previstas por el artículo 49 de la Ley 10 de 1990, están atribuidas a la Superintendencia Nacional de Salud por el Decreto Ley 1472 de 1990, en los siguientes apartes del artículo 3o.:

"k) Controlar la cabal y eficiente explotación de los arbitrios rentísticos que se obtengan de los monopolios de loterías apuestas permanentes y demás modalidades de juego de suerte y azar";

"l) Vigilar las asociaciones, compañías o cualquier forma de administración y gestión que se constituya para explotar los arbitrios rentísticos de que trata el literal k) del presente artículo";

"ñ) Vigilar las beneficencias, las loterías y demás entidades cuyo objeto sea la explotación de apuestas permanentes y juegos de suerte y azar, aprobar sus estatutos y las reformas a éstos, los presupuestos, el sistema contable, los planes de premios, los informes y estados financieros

con sus anexos, los contratos y demás actos relacionados con sus actividades";

"o) Imponer las sanciones pertinentes a las entidades, a los representantes legales, a los miembros de las Juntas o Consejos Directivos o a las Juntas Administradoras que sean funcionarios públicos y demás empleados oficiales de las entidades sometidas a su control, de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias".

Atribuida, pues, expresamente a la Superintendencia Nacional de Salud la función de imponer las sanciones previstas por el artículo 49 de la Ley 10 de 1990, no puede corresponder a ECOSALUD S.A. la imposición de ninguna de aquéllas, cuando a sus propios estatutos es totalmente ajena la atribución en tal sentido y el objeto de la sociedad comprende sólo las competencias señaladas por el artículo 6o. de dichos estatutos.

IV.– Declarada como arbitrio rentístico de la Nación la explotación monopólica de todas las modalidades de juegos de suerte y azar, diferentes de las loterías y apuestas permanentes y comprendidas dentro de dichas modalidades las apuestas en juegos deportivos cuyo producto ordena distribuir el parágrafo 2o. del artículo 43 de la Ley 10 de 1990, no hay lugar a duda sobre la naturaleza de tales apuestas ni sobre la competencia de la Superintendencia Nacional de Salud para controlar y vigilar las entidades que las explotan.

V.– Esta nueva competencia derivada de las atribuciones conferidas por el Decreto Ley 1472 de 1990 a la Superintendencia Nacional de Salud, sustituyó la atribuida por el Decreto Ley 149 de 1976 a la Superintendencia de Industria y Comercio en cuanto a control y vigilancia de empresas que realizaran concursos hípicos, deportivos y similares.

Y la asimilación de éstos bajo la modalidad de juego de suerte y azar la realizó la Ley 10 de 1990 al declarar su explotación monopólica, como arbitrio rentístico de la Nación en beneficio del sector salud, declaración que convalida el artículo 336 de la Constitución Política vigente al disponer que "las rentas obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud".

VI.– En su sentido natural y obvio, correspondiente y armónico con los artículos 1o. y 7o. del Decreto 33 de 1984, por apuesta en juegos deportivos se entiende el valor que paga el apostador por la selección que haga de determinado competidor, el cual le da derecho a participar en el juego de apuesta organizado sobre los resultados de la competencia,

pudiendo lograr un premio en dinero si coincide su apuesta con el ganador.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Salud.

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.

CAJA AGRARIA— Naturaleza Jurídica/**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA/REGIMEN DISCIPLINARIO/DESTITUCION**

La Caja Agraria es una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado; las personas vinculadas a su servicio son trabajadores oficiales, con excepción de las que desempeñen actividades de dirección o confianza que tienen el carácter de empleados. El artículo 4o., literal c), del Decreto-ley 2400 de 1968, sustituido por el artículo 1o. del Decreto-ley 3074/68 a que alude el artículo 30, inciso final, del Decreto 3404 de 1983 no es aplicable a los trabajadores oficiales sino exclusivamente a los empleados departamentales.

Consejo de Estado.— Sala de Consulta y Servicio Civil.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 401
Referencia: Consulta del Ministerio de Agricultura sobre la facultad del Gerente General de la Caja Agraria para fijar la duración de las inhabilidades, a los trabajadores oficiales a quienes la Procuraduría General de la Nación haya impuesto la sanción de solicitar su destitución.

Se absuelve la consulta que la señora Ministra de Agricultura hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"María del Rosario Sintes Ulloa, en mi condición de Ministro de Agricultura y en orden a la consulta que se formula más adelante, me permito exponer ante su Despacho lo siguiente:

"1.– En la actualidad resulta claro que la función atribuida a la Procuraduría General de la Nación, por la Constitución Política, para '"supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos"', cubre también el comportamiento de quienes como trabajadores oficiales se hallan vinculados a la Administración mediante Contrato de Trabajo. (Ver fallos de Casación Laboral, Radicación No. 1303 del 8 de agosto de 1988, ponente Carlos Medellín y Radicación No. 1346 del 30 de septiembre de 1987, ponente Rafael Baquero).

Consiguientemente, es posible cumplir con relación a esta clase de trabajadores, las solicitudes de suspensión o destitución que formule la Procuraduría, en aplicación del Artículo No. 14 de la Ley 25 de 1974.

2.– El inciso final del artículo No. 30 del Decreto Reglamentario No. 3404 de 1983, prescribe:

'"En el evento de la destitución, la autoridad nominadora determinará el tiempo de inhabilidad del empleado, en los términos del literal c), artículo 4o. del Decreto No. 2400 de 1968, *si se tratare de empleados regidos por este Decreto*". (Se subraya).

3.– El Literal c) del artículo 4o. del Decreto Extraordinario No. 2400 de 1968 (modificado por el artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 3074 de 1968) establece:

'"... ni haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción se determinará el tiempo de la inhabilidad..."'.

El artículo 4o., transcrito parcialmente, en su enunciado dice:

'"Para ejercer un empleo *en la rama ejecutiva del poder público*..."' (Subrayado).

4.– El artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 2400 de 1968, preceptúa:

'"El presente Decreto regula la administración del personal civil que presta sus servicios en los empleos *de la rama ejecutiva* del poder público"'. (Se ha subrayado).

5.– El artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 1050 de 1968, expresa:

'"*La rama ejecutiva* del poder público, en lo nacional, se integra con los siguientes organismos:

a) Presidencia de la República;
b) Ministerios y Departamentos Administrativos;
c) Superintendencias, y
d) Establecimientos públicos..." '.

6.– El artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 3130 de 1968, establece:

' "Los institutos y empresas oficiales a que se refiere la Ley 65 de 1967 son, conforme al Decreto Extraordinario No. 1050 de 1968, de tres tipos: *establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta*..." '. (Subrayado).

Los Estatutos vigentes de la Caja Agraria (artículo 1o.) la definen como una Sociedad de economía mixta del orden nacional, perteneciente al sector agropecuario y *vinculada* al Ministerio de Agricultura.

7.– El Inciso Primero del artículo 1o. del Decreto Extraordinario No. 1050 de 1968, reza que la Presidencia de la República, los Ministerios y Departamentos Administrativos son los organismos principales de la Administración; ' "... los demás *les están adscritos*..." '. (Subrayado).

El Parágrafo del mismo artículo, dice:

' "Las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de economía mixta están *vinculadas* a la Administración..." '. (Subrayado).

8.– Se advierte, entonces, que unos son los organismos principales de la Administración (la Presidencia de la República, los Ministerios y los Departamentos Administrativos); otros son los organismos adscritos (las Superintendencias y los establecimientos públicos), y otros, además, son los vinculados (las empresas y las sociedades).

9.– Consecuencia necesaria de lo anterior, es que las Sociedades de economía mixta como la Caja Agraria, no forman parte de la rama ejecutiva porque no constituyen los organismos propios de la Administración, ni están *adscritos* a aquéllos; sólo están *vinculados* a la Administración.

10.– De todo lo anterior, se concluye que la Caja Agraria, y por lo mismo sus trabajadores distintos del Gerente General, quien es Agente del Presidente de la República, no forma parte de la rama ejecutiva del poder público. Consiguientemente, no se da el evento previsto y subrayado en el Punto 2o. de este escrito y no es procedente resolver sobre

inhabilidades de personas no regidas por el Decreto Extraordinario No. 2400 de 1968.

11.– El Canon 20 de la Constitución Política, al tratar sobre el ámbito de acción de los particulares y de los funcionarios públicos (en este último caso, el Gerente de la Caja Agraria) define claramente las situaciones de una conducta omisiva o de una posición activa, para derivar de ellas una responsabilidad.

Si los trabajadores de la Caja Agraria no pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, la autoridad nominadora (Gerente General) no tiene la facultad de señalar o fijar inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas. Hacerlo, podría encuadrarse dentro de la figura penal prevista en el Capítulo Octavo, Título III, Libro Segundo del Código Penal y, obviamente, no es esa la intención de la Caja Agraria.

De acuerdo con todo lo expuesto, se formula la siguiente

CONSULTA

Tiene el nominador de la Caja Agraria (Gerente General) la facultad para fijar la duración de las inhabilidades, a los trabajadores oficiales a quienes la Procuraduría General de la Nación haya impuesto la sanción de solicitar su destitución?".

La Sala, **considera**:

1o.) Según los artículos 5o. del Decreto-ley 3135 de 1968, 13 de la Ley 3a. y 42 de la Ley 11 de 1986 el personal al servicio de las entidades públicas comprende empleados y trabajadores oficiales, aquéllos si se encuentra en relación estatutaria y éstos sí vinculados por contratos de trabajo.

Las personas que trabajan en la administración nacional, departamental y municipal, como en los establecimientos públicos de todos los niveles, son empleados, con excepción de las que realizan tareas de construcción o mantenimiento de obras públicas, que son trabajadores oficiales. Por el contrario, las personas vinculadas a las empresas industriales y comerciales de la Nación, de los Departamentos y Municipios, son trabajadores oficiales; sin embargo, quienes en estas entidades excepcionalmente realicen actividades de dirección o confianza son empleados.

2o.) También existe un personal vinculado a las entidades oficiales mediante contratos civiles, comerciales o administrativos.

3o.) La Ley 25 de 1974, reglamentada por el Decreto 3404 de 1983, reguló el régimen disciplinario de empleados y trabajadores oficiales, ejerci-

do por la Procuraduría General de la Nación. El artículo 14 de la Ley 25 de 1974, que contempla la posibilidad de que la Procuraduría General sancione disciplinariamente –además de los empleados– a los trabajadores oficiales, fue declarado constitucional, con salvedades de voto, mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 8 de agosto de 1985.

4o.) La Ley 13 de 1984, reglamentada por el Decreto 482 de 1985, reguló el régimen disciplinario de los empleados nacionales. Pero la Ley 25 de 1974 mantuvo vigencia como régimen disciplinario de los empleados de la administración regional y local y de los trabajadores oficiales de todos los órdenes.

5o.) Sin embargo, el artículo 10o. de la Ley 49 de 1987 dispuso que "mientras se expide el régimen disciplinario para el Alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la Ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional"; pero, según el artículo 11 ibídem, "la vigilancia administrativa que la Ley 78 de 1986 asigna a la Procuraduría General de la Nación, respecto de los Alcaldes, se ejercerá conforme a las normas de competencia establecidas en la Ley 25 de 1974 y demás que la modifiquen o adicionen".

De este modo la Ley 13 de 1984 se hizo extensiva a los empleados municipales y el artículo 1o. de la Ley 8a. de 1991 permite aplicarla a los del Distrito Capital de Bogotá. La Ley 25 de 1974 rige para los empleados departamentales y los trabajadores oficiales de la Nación, los Departamentos y Municipios.

6o.) Además, la nueva Constitución atribuye al Procurador General de la Nación, a este respecto, "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular"; "ejercer preferencialmente el poder disciplinario" y "desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, el funcionario público" que incurra en cualquiera de las faltas que menciona (Arts. 277, número 6, y 278, número 1, de la Constitución).

7o.) El artículo 30, inciso final, del Decreto Reglamentario 3404 de 1983 dispuso que "en el evento de destitución, la autoridad nominadora determinará el tiempo de inhabilidad del empleado, en los términos del literal c), artículo 4o., del Decreto 2400 de 1968, si se tratare de empleados regidos por este decreto".

Se pregunta si, según la transcrita disposición, el Gerente General de la Caja Agraria tiene o no la facultad de determinar, en caso de destitución, el tiempo de duración de las inhabilidades de los trabajadores oficiales.

La Sala considera que la Ley 13 de 1984, reglamentada por el Decreto 482 de 1985, actualmente constituye el estatuto disciplinario para los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, que no tengan régimen especial, y de los Municipios y que la Ley 25 de 1974, reglamentada por el Decreto 3404 de 1983, constituye el estatuto disciplinario de los empleados departamentales y trabajadores oficiales de todos los niveles; que el artículo 30, inciso final, del Decreto 3404 de 1983 claramente aludió al "*tiempo de inhabilidad del empleado*" (la Sala subraya), con referencia específica al artículo 4o., letra c), del Decreto-ley 2400 de 1968, sustituido por el artículo 1o. del Decreto-ley 3074 del mismo año que exige, entre otros requisitos, *para ejercer un empleo* en la Rama Ejecutiva del Poder Público, no "haber sido retirado del servicio por destitución, en cuyo caso en el acto administrativo que imponga la sanción se determinará el tiempo de la inhabilidad, que no podrá ser mayor de un año"; que el Decreto-ley 2400 de 1968, modificado por el Decreto-ley 3074 del mismo año, exclusivamente prescribió el régimen de los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público y en modo alguno reguló el de los trabajadores oficiales; que el artículo 51 del Decreto 482 de 1985, reglamentario de la Ley 13 de 1985, reitera esta disposición exclusivamente para los empleados a los cuales se aplica y que, aunque la Ley 25 de 1974 y el Decreto 3404 de 1983 ya no son aplicables a los empleados de la Rama Ejecutiva del Poder Público, tienen vigencia como el estatuto disciplinario de los empleados departamentales.

Como la Caja Agraria, según el contexto de la consulta, es una sociedad de economía mixta asimilada a empresa industrial y comercial del Estado, las personas vinculadas a su servicio son trabajadores oficiales, con excepción de las que desempeñen actividades de dirección o confianza que tienen el carácter de empleados.

El artículo 4o., literal c), del Decreto-ley 2400 de 1968, sustituido por el artículo 1o. del Decreto-ley 3074 del mismo año –a que alude el artículo 30, inciso final, del Decreto 3404 de 1983– no es aplicable a los trabajadores oficiales sino exclusivamente a los empleados departamentales.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a la señora Ministra de Agricultura y al señor Secretario Jurídico de la Presidencia de la República.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro R. Secretaria.

FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOMBIANO– Liquidación

Producida la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva ley de facultades extraordinarias y del Decreto que creó el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, sólo resta disponer sobre el destino de los bienes que formaban su patrimonio. La ley será entonces la encargada de disponer la liquidación de la entidad y la distribución de bienes, por iniciativa del Gobierno. Para tal efecto, la Sala considera que éste debe presentar al Congreso de la República un proyecto de ley que establezca el procedimiento de liquidación del Fondo, determinando las calidades y modo de designación del liquidador o liquidadores, el término para adelantar la respectiva actuación y la destinación específica de los bienes.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, primero (1o.) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre la liquidación del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano.
Radicación número: 400.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Francisco Posada de la Peña, formula a la Sala una consulta relacionada con la liquidación del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, la cual concibe en los términos siguientes:

> En mi calidad de Ministro de Trabajo, solicito comedidamente a los Honorables Magistrados de esa Sala, su pronunciamiento respecto del

sustento jurídico que oriente, en primer lugar, el proceso de liquidación del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, en segundo lugar, la competencia para designar el funcionario a quien corresponda adelantar dicho proceso y, finalmente la destinación de recursos que conformaban el patrimonio de la entidad.

La ley 25 de 1985 creó el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, como establecimiento público adscrito al Ministerio de Trabajo. Esta norma fue desarrollada, principalmente, por el Decreto 2166 de ese mismo año, que determinó las funciones de la entidad.

Con base en ello este Ministerio se dio a la tarea de ponerlo en funcionamiento, para lo cual se expidieron algunas normas relacionadas con estructura orgánica, servicios de seguridad social, afiliaciones, etc., y se procedió a integrar su patrimonio mediante el cobro de los dineros a que hacía mención la ley 25 y el decreto 2166, recaudándose algo más de diez y ocho millones de pesos.

Por fallo de junio 20 de 1990, la Honorable Corte Suprema de Justicia declaró inexequibles los numerales III y IV del artículo 1o. y el artículo 2o. de la ley 25 de 1985, los artículos 5 a 24 y 32 a 43 del decreto 2166, es decir, las disposiciones que regulaban la creación y funcionamiento del Fondo, lo que trajo como consecuencia la imposibilidad para el Fondo de continuar ejerciendo su objeto.

Por tal motivo, se ordenó la "congelación" de los dineros de la entidad, depositados en el Banco del Estado.

A partir de junio 21 de 1990 se suspendió la afiliación de artistas al Fondo y el recaudo de las sumas autorizadas por la ley.

Resulta necesario ahora, proceder a la liquidación efectiva del ente.

No obstante, el fallo de la Honorable Corte Suprema de Justicia no hace claridad –como es apenas lógico, por no ser su resorte– en lo que al funcionario competente para adelantar la liquidación se refiere, ni en cuanto a la destinación de los dineros recaudados.

Como quiera que dichas sumas provenían de diversas fuentes (lo que ameritó una consulta anterior, cuya copia anexamos), solicitamos al Ministerio de Hacienda claridad en lo que al destino final de las mismas se refería.

Ahora bien, tanto el decreto 1050, como el 3130 de 1968, guardan silencio en cuanto a la liquidación de establecimientos públicos.

Hay quienes afirman la necesidad de dar aplicación al aforismo, según el cual en derecho las cosas se deshacen como se hacen, lo que significaría –teniendo en cuenta el origen parlamentario de la ley 25 de 1985– que el Congreso debería dotar al Ejecutivo de facultades extraordinarias para reglamentar todos los aspectos pertinentes al proceso de liquidación, o bien desarrollarlo el mismo por medio de ley, determinando la destinación de los recursos, las calidades para ser liquidador, el término para finiquitar el proceso, etc.

Teniendo presente que la iniciativa de las leyes que determinan la estructura de la Administración Nacional está reservada al Ejecutivo, éste tendría que presentar el proyecto de ley atrás referido.

De otra parte, hay quienes afirman la imposibilidad de dar aplicación al aforismo mencionado, dada la existencia del fallo de la Corte; esto es, que bastaría un decreto presidencial designando un liquidador *ad-hoc* y estableciendo el procedimiento particular a seguir y la destinación de los recursos.

Teniendo en cuenta lo anterior se consulta:

1.– Debe acogerse la primera de las interpretaciones argüídas? Es decir, debe presentarse al Congreso de la República un proyecto de ley que establezca el procedimiento de liquidación del Fondo?

2.– Puede expedirse por el Ejecutivo un Decreto que determine el susodicho procedimiento?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.– La ley 25 de 1985 (enero 18) otorgó facultades al Presidente de la República por el término de seis meses para dictar decretos con fuerza de ley sobre materias determinadas, entre las cuales se encontraba la atribución de crear el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano como un establecimiento público de previsión social del orden nacional, con personería jurídica y autonomía administrativa y financiera propias, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, así como para fijar su estructura organizativa y dictar sus normas de funcionamiento administrativo, fiscal y presupuestal.

Respecto del patrimonio del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, el artículo 2o. de la ley 25 de 1985 dispuso que estará conformado por los siguientes aportes:

a.– Con las cuotas que deben pagar periódicamente sus afiliados.

b.– Con los auxilios y donaciones que reciba de entidades públicas o privadas.

c.– Con el uno por ciento (1%) del valor de todo contrato que deba ejecutarse en el país por parte de artistas colombianos y el cinco por ciento (5%) del valor de los que deban ejecutarse por parte de artistas extranjeros no domiciliados en el país.

d.– Con el producto de la estampilla nacional a los discos de larga duración, sencillo, compacto o cassette o video cassette que circulen con finalidades comerciales en el territorio nacional, producidos en el país, o los importados, como también a los de exportación. El Gobierno determinará el valor de esta estampilla y los sistemas de emisión y recaudo.

2.– Con fundamento en las facultades extraordinarias mencionadas, el Presidente de la República expidió el 9 de agosto siguiente el decreto ley 2166, por medio del cual se creó el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano y se señalaron su naturaleza, domicilio, funciones, dirección y administración, la conformación del patrimonio de la entidad, la inscripción de los empresarios artísticos en el registro del Fondo, y se asignó el control de su gestión fiscal a la Contraloría General de la República.

3.– La mayoría de las disposiciones de la ley 25 de 1985 y el decreto 2166 del mismo año, fueron demandadas ante la Corte Suprema de Justicia, en acción pública de inconstitucionalidad. Surtido el proceso respectivo, la Sala Plena de la Corporación, mediante la sentencia número 79 del 20 de junio de 1990, declaró inexequibles los numerales III y IV del artículo 1o. y el artículo 2o. de la ley 25 de 1985 y los artículos 5 a 24 y 32 a 43 del decreto ley 2166 de 1985, al considerar que con las citadas normas se vulneró la Constitución Política, por cuanto el Congreso está sometido al régimen de excepción que exige de la iniciativa gubernamental para legislar en relación con la estructura de la administración nacional, comprendidos dentro de ésta los establecimientos públicos. De manera que para proceder a la creación de un establecimiento público, directamente o mediante el otorgamiento de facultades extraordinarias al Gobierno, el respectivo proyecto de ley debe ser presentado a la consideración del Congreso por el correspondiente Ministro del Despacho y, en el presente caso, la propuesta tuvo origen, como iniciativa propia, en un senador de la República. De donde devino la inexequibilidad por vicio de trámite en la formación de la ley de delegación de facultades y, consecuencialmente, del decreto dictado con base en ella.

4.– Declaradas inconstitucionales las normas referentes a la creación del Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, la consecuencia jurídica inevitable es la desaparición de dicho establecimiento público. Sin

fundamento legal que lo soporte, es obvio que no puede seguir dedicado al cumplimiento de sus funciones, mediante la recaudación de aportes y el desarrollo de sus objetivos. Pero como la entidad se organizó y formó un patrimonio, en parte con dineros provenientes de los aportes de los afiliados, al mismo es preciso darle una destinación acorde con las finalidades que le asignaron la ley 25 y el decreto 2166, ambos de 1985.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia dictados en ejercicio del control jurisdiccional, hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, según lo expresa la Carta Política en su artículo 243 y, por tanto, son para todos de obligatorio cumplimiento.

5.– La Sala ha sostenido en relación con los bienes de los establecimientos públicos del orden nacional que "aunque hayan entrado a su patrimonio, continúan siendo bienes nacionales con una destinación especial y la enajenación o disposición o cambio de destinación de estos bienes, como lo exige la Constitución, son facultades reservadas al legislador". (Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 30 de julio de 1974. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXXVII, segundo semestre de 1974, pág. 11).

La tradición jurídica respecto de las entidades descentralizadas y, por ende, de los establecimientos públicos, se mantiene y precisa en la nueva Constitución Política de Colombia de 1991. De conformidad con el estatuto fundamental, al Congreso corresponde determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica (Artículo 150 numeral 7), así como conceder autorizaciones al Gobierno para la enajenación de bienes nacionales (Artículo 150 numeral 9). Por otra parte, el artículo 210 preceptúa que las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa (que son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad) y que la ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.

Dedúcese, por consiguiente, que las normas sobre disposición de los bienes nacionales son de la competencia exclusiva del Congreso de la República.

6.– Producida la declaración de inconstitucionalidad de la respectiva ley de facultades extraordinarias y del decreto que creó el Fondo de Seguridad Social del Artista Colombiano, sólo resta disponer sobre el destino de los bienes que formaban su patrimonio. La ley será entonces la encargada de disponer la liquidación de la entidad y la distribución de bienes, por iniciativa

del Gobierno, con fundamento en lo dispuesto por la Constitución en sus artículos 150 numeral 7 y 210, en concordancia con el 154 ibídem.

Para tal efecto, la Sala considera que el Gobierno debe presentar al Congreso de la República un proyecto de ley que establezca el procedimiento de liquidación del Fondo, determinando las calidades y modo de designación del liquidador o liquidadores, el término para adelantar la respectiva actuación y la destinación específica de los bienes.

Transcríbase al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, en sendas copias auténticas.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

REFORMA AGRARIA/BIEN INMUEBLE– Adquisición/**EXPROPIACION/ INCORA/COMPETENCIA**

Dentro de la actuación administrativa de adquisición de inmuebles para efectos de la reforma agraria, está prevista la negociación directa por medio de la cual se busca un acuerdo entre el Incora y los particulares, sobre las condiciones de venta de los respectivos inmuebles. Si los propietarios no aceptan las ofertas del Instituto su Gerente General ordenará mediante resolución que se adelante la correspondiente expropiación de los predios requeridos.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación Número 407.– Inhabilidad de Funcionarios Públicos para negociar con el INCORA. Ley 11 de 1973.

La Ministra de Agricultura formula a la Sala la siguiente consulta:

En mi condición de Ministra de Agricultura y en orden a la consulta sobre la aplicabilidad del concepto del Honorable Consejo de Estado, emitido el 9 de abril de 1964, expedido a la luz de la ley 8a. de 1958, hoy sustituida por la Ley 11 de 1973, a las situaciones que más adelante se enuncían, me permito manifestarle:

1.– Mediante oficio No. 3921 del 31 de marzo de 1964, el Ministerio de Agricultura consultó al Honorable Consejo de Estado: ¿Puede el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA adquirir por negociación

directa una finca de propiedad de un Congresista, o por el contrario, al hallarse éstos impedidos para celebrar contratos con la Administración Pública en vista del régimen de incompatibilidades previsto en la Ley 8a. de 1988 (hoy Ley 11a. de 1973), debe procederse en tales casos de manera forzosa a decretar la expropiación del inmueble?

La respuesta del Consejo de Estado se encuentra en el concepto del 9 de abril de 1964, cuyo ponente fue el Magistrado JORGE DE VELASCO ALVAREZ, quien expresó lo siguiente: La Ley 135 de 1961 sobre Reforma Social Agraria tiene un carácter verdaderamente impositivo. Cuando el Instituto cita al propietario para acordar el precio, y no hay acuerdo sobre éste, o sobre la calificación de las tierras, se procede al juicio de expropiación. Es decir, que el dueño de la tierra tiene que venderla aunque no quiera. "En estas condiciones la prohibición del Artículo 1o. de la Ley 8a. de 1958 no puede operar pues, por una parte la Ley obliga al dueño de la tierra a venderla al Estado, y para ello celebrar el correspondiente Contrato; y por otra, si no pudiere aquél celebrar el Contrato correspondiente por ser Congresista, dentro de la Reforma Agraria quedaría una clase de personas indemnes a los mandatos de la Ley en cuestión, contrariando no solamente un texto expreso, sino también el espíritu que informó al legislador".

Sentado lo que antecede, debemos afirmar que dentro de las causales actuales de inhabilidad para decretar la expropiación de un inmueble rural, pretendido en adquisición por el INCORA para sus fines institucionales, según lo previsto en la Ley 135 de 1961, con las Reformas introducidas por la Ley 30 de 1988, no se halla la de ser Congresista, empleado del INCORA o Miembro de su Junta Directiva.

2.– De otra parte, el Artículo No. 10 del Decreto No. 222 de 1983, dispone que además de las prohibiciones consagradas en otras normas no podrán celebrar contratos con las entidades a que se refiere el Estatuto de Contratación Administrativa por sí o por interpuesta persona: " (a) Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 11 de 1973, los Senadores y Representantes principales desde el momento de su elección y hasta cuando cese su investidura y los Suplentes que hayan ejercido el cargo... (b) Los empleados oficiales y (c) Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos o Asesores de Organismos descentralizados mientras conserven tal carácter".

3.– Con fundamento en lo anterior, se hacen las siguientes consultas:

¿Es aplicable el referido concepto del Consejo de Estado a los casos en que el INCORA interviene oficiosamente, es decir, sin que medie una oferta voluntaria de venta de un propietario que ha asistido ocasionalmente a las sesiones de la Junta Directiva del Instituto, en reemplazo del representante de un gremio ante dicha Junta?

¿Es aplicable el citado planteamiento del Consejo de Estado a un funcionario del Instituto que, como en la situación anterior, no ha propuesto la venta voluntaria de su finca sino que ésta ha sido intervenida unilateralmente, con propósitos de Reforma Agraria, por parte de la entidad?

La Sala considera y responde:

1.– El artículo 55 de la ley 135 de 1961, reformado por el artículo 22 de la Ley 30 de 1988, dispone que son susceptibles de adquisición, a través de la negociación directa o de la expropiación, todos los inmuebles rurales que sean necesarios para la realización de los fines de la reforma agraria.

A su vez el artículo 58 ibídem, reformado por el artículo 24 de la ley 30 de 1988, establece el procedimiento mediante el cual el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria adquirirá las tierras de propiedad privada de los particulares o de entidades de derecho público para el cumplimiento de los fines y la ejecución de los programas de la reforma agraria.

Así las cosas, dentro de dicho procedimiento se determina, en primer lugar, que el Incora debe realizar una programación de actividades anuales en la cual señalará "de manera general su objeto, la conveniencia social y económica del mismo, la naturaleza de los programas y proyectos regionales que habrán de adelantarse, las zonas geográficas y los municipios escogidos para ejecutarlo", esta programación se someterá a consideración del Consejo Nacional de Política Económica y Social. Con fundamento en este programa de actividades, el Conpes proyecta toda una política de apoyo a la reforma agraria, que debe ejecutarse bajo la coordinación del Incora.

Este programa de actividades del Incora debe ser publicado en dos diarios de amplia circulación nacional, con el objeto de que los propietarios de tierras de las zonas de reforma agraria se enteren del proceso y participen en las respectivas actuaciones administrativas.

2.– Dentro de la actuación administrativa de adquisición, de inmuebles para efectos de la reforma agraria, *está prevista la negociación directa* por medio de la cual se busca un acuerdo entre el Incora y los particulares, sobre las condiciones de la venta de los respectivos inmuebles (numeral 5o., artículo 58 Ley 135 de 1961). *Si los propietarios no aceptan las ofertas* del Instituto, su Gerente General *ordenará mediante resolución que se adelante la correspondiente expropiación* de los predios requeridos (art. 59, ibídem, reformado por el artículo 25 de la Ley 30 de 1988).

3.– Del examen de las normas citadas, se deduce, tal como lo expresó la Sala en concepto del 9 de abril de 1964, que *es impositivo* para los propietarios de bienes inmuebles rurales, incluídos en el programa de actividades

del Incora, con fines de reforma agraria, participar en el proceso de negociación directa con el objeto de acordar la venta de dichos predios, so pena de quedar sometidos a la expropiación, tal como lo regula el mencionado artículo 59 de la Ley 135 de 1961.

4.– El concepto de la Sala de abril 9 de 1964 se refiere exclusivamente a la posibilidad de que el Instituto de la Reforma Agraria celebre directamente un contrato de adquisición de un fundo rural, incluido en el programa de la reforma agraria, con un propietario que tiene la calidad de miembro del Congreso.

Por el contrario, las preguntas que hace a la Sala la Ministra de Agricultura se refieren a la posibilidad de celebrar contratos de tierras para los efectos de la reforma agraria con personas distintas de los Congresistas.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala responde:

El concepto de la Sala del 9 de abril de 1964 no es aplicable para resolver los dos casos planteados por la Ministra de Agricultura porque él se refiere exclusivamente a la posibilidad de adquisición de tierra para la reforma agraria con un propietario que tiene la investidura de Congresista.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por la Ministra de Agricultura.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

ALCALDE / SANCION DISCIPLINARIA / DESTITUCION / SUSPENSION / PROCURADOR GENERAL DE LA NACION / COMPETENCIA

La sanción disciplinaria de destitución o de suspensión de un alcalde corresponde imponerla a los funcionarios superiores de la rama ejecutiva del poder público: el Presidente de la República y los gobernadores, según sus respectivas competencias, pero supeditada siempre a la solicitud que formule el funcionario de la Procuraduría General de la Nación que por competencia ejerza la vigilancia administrativa sobre los alcaldes, una vez ejecutoriada la decisión que se hubiere adoptado en el respectivo proceso disciplinario. De donde se deduce que el Procurador General de la Nación no puede desvincular a los alcaldes municipales con fundamento en la atribución que le otorga el artículo 278 numeral 1o. de la Constitución.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Javier Henao Hidrón.*

Referencia: Consulta sobre funciones de la Procuraduría General de la Nación.– Radicación número: 408.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, formula a la Sala una consulta relacionada con las atribuciones de carácter disciplinario que corresponden a la Procuraduría General de la Nación con respecto a los alcaldes.

La consulta mencionada está concebida en los términos siguientes:

1.– Atendiendo la circunstancia de que la Procuraduría General de la Nación tiene competencia constitucional para sancionar funcionarios de elección popular, artículo 277-6 Const. Política y que la primera parte del Código Contencioso Administrativo es aplicable a situaciones administrativas que no estén sujetas a trámite especial, podría el Procurador General de la Nación ejercer la función constitucional especial del numeral 1 del artículo 278 de la Carta respecto de alcaldes municipales, teniendo en cuenta que los mismos no están sometidos a fuero?

2.– Por qué causales, en qué condiciones y durante qué término podría la Procuraduría General de la Nación proceder a suspender a los alcaldes, haciendo uso de la atribución a que se refiere el literal b) del artículo 7o. de la ley 49 de 1987, que subrogó el literal b) del artículo 18 de la ley 78 de 1986?

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE

I.– Funciones constitucionales de la Procuraduría en materia disciplinaria

La nueva Constitución Política de Colombia de 1991 atribuye al Procurador General de la Nación, en materia disciplinaria, dos importantes funciones. La primera, que puede ejercer por sí o por medio de sus delegados y agentes, la expresa el artículo 277 en estos términos:

6.– Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

La segunda función, que debe ser ejercida directamente por el Procurador General de la Nación, consiste en desvincular del cargo a funcionarios públicos que incurran en alguna de las faltas graves que enuncia el artículo 278, y conforme a un trámite especial. Su formulación es del tenor siguiente:

1.– Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley; derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

II.– Objeto, interpretación y principios orientadores del régimen disciplinario.

El régimen disciplinario es parte del sistema de administración de personal, aplicable tanto a los empleados de libre nombramiento y remoción como a los de carrera, sostiene la ley 13 de 1984, para lo cual su objeto consiste en asegurar a la sociedad y a la administración pública la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos, y a éstos los derechos y las garantías que les corresponden como tales.

La interpretación de sus normas –agrega la citada ley– se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico. Resulta lógico, entonces, que la aplicación del régimen disciplinario deba sujetarse a los principios que orientan toda actuación administrativa, o sea los de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción. Estos principios, con excepción del de contradicción, fueron elevados a rango constitucional en relación con la función administrativa por el artículo 209 de la nueva Carta Política, que a su turno incluyó los de igualdad y moralidad.

III.– El Régimen legal disciplinario respecto de los alcaldes.

La ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985, al establecer normas para regular la administración del personal civil que presta sus servicios a la Rama Ejecutiva del Poder Público, desarrollan el régimen disciplinario, especifican su objetivo, la naturaleza de la acción disciplinaria y su prescripción, las faltas disciplinarias, las clases de sanciones, la competencia y el procedimiento. De igual modo, atribuyen a la Procuraduría General la función de iniciar o asumir en cualquier momento una investigación disciplinaria, caso en el cual la entidad respectiva deberá suspender las diligencias que estuviere adelantando y poner a disposición de la Procuraduría todos los documentos que sean pertinentes.

Aunque por la disposición de la ley 13 de 1984, tales normas son aplicables exclusivamente en el orden nacional, con posterioridad el artículo 10 de la ley 49 de 1987 las hizo extensivas a los alcaldes y demás empleados municipales.

La ley últimamente citada dispuso, además, en relación con la vigilancia administrativa respecto de los alcaldes, asignada a la Procuraduría General de la Nación con motivo de la elección popular de estos funcionarios municipales ordenada por el Acto Legislativo número 1 de 1986, que aquélla se ejercerá conforme a las normas de organización jerárquica de la Procuraduría y la distribución de la competencia entre sus agentes, establecidas en la ley 25 de 1974 y demás que la modifiquen o adicionen.

Las normas de competencia establecidas en la ley 25 de 1974 asignaron el conocimiento de los procesos disciplinarios contra el alcalde mayor del Distrito Especial de Bogotá y los alcaldes de capital de Departamento, a los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa y para la Contratación Administrativa, según el caso, en primera instancia; y en segunda instancia, al Procurador General de la Nación. Respecto de los demás alcaldes, la competencia correspondía en primera instancia, a los Procuradores Regionales y en segunda a los Procuradores Delegados para la Vigilancia Administrativa y para la Contratación Administrativa. (Artículo 26).

La ley 4a. de 1990 varió la competencia en relación con los alcaldes de capital de Departamento, buscando implementar un criterio de mayor fuerza descentralizadora. Dispuso, en efecto, que de los procesos disciplinarios que en primera instancia se adelanten contra el alcalde mayor de Bogotá conocerán, según el caso, las Procuradurías Delegadas para la Vigilancia Administrativa y la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa. En ambos eventos, la segunda instancia y la consulta corresponderán al Procurador General de la Nación. (Artículos 15 y 16). Respecto de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los demás alcaldes, la misma ley atribuyó el conocimiento en primera instancia a las Procuradurías Departamentales (con anterioridad denominadas Procuradurías Regionales) y, en segunda instancia, a las Procuradurías Delegadas para la Vigilancia Administrativa y la Procuraduría Delegada para la Contratación Administrativa, según el caso. (Artículos 15-b, 15-d y 31-c).

IV.– La sanción de destitución que impone el Procurador General de la Nación, previa audiencia y mediante resolución motivada. (Constitución Política, art. 278 numeral 1).

Durante la vigencia de la Constitución anterior, siempre fue una de las funciones primordiales del Ministerio Público y, por ende, de la Procuraduría General de la Nación, la consistente en "supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos".

En la Constitución de 1991 en donde el Ministerio Público es concebido como el más importante órgano de control, dotado de autonomía e independencia para el cumplimiento de sus funciones (artículos 113 y 117) y cuyo supremo director es el Procurador General de la Nación (artículo 275), la alta tarea de supervigilancia de la conducta oficial de los empleados públicos, no solamente mantiene sus lineamientos tradicionales sino que es fortalecida con nuevos instrumentos destinados a conferirle mayor efectividad. Con tal propósito se dispone que corresponde al Procurador General, por sí o por medio de sus agentes, ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive de aquéllos que tienen investidura proveniente de elección popular, para lo cual ejerce poder

disciplinario –preferentemente, más no exclusivamente–, pudiendo adelantar las investigaciones e imponer la respectiva sanción, todo conforme a la ley.

Más todavía: el Procurador General de la Nación, en ejercicio de la trascendental misión moralizadora que le incumbe en relación con los servidores públicos para procurar que sean realmente tales: servidores del Estado y de la comunidad, podrá directamente desvincular del cargo al funcionario público que incurra en alguna de las graves faltas que enumera el artículo 278 numeral 1 de la Constitución. Y podrá hacerlo previa audiencia y mediante decisión motivada. El primer requisito fue adoptado por los delegatarios de la Asamblea Nacional Constituyente como una fórmula intermedia entre la tesis que propugnaba la adopción del principio "verdad sabida y buena fe guardada" y quienes consideraban que el debido proceso disciplinario debía mantenerse en su forma tradicional y, en lo posible, conforme a las reglas de la doble instancia, para garantizar plenamente los derechos del acusado y un mayor acierto en la decisión. Con la previa audiencia se busca garantizar no solamente los derechos del acusado sino, inclusive con prelación, los que pertenecen al Estado y la comunidad, de manera que el Procurador –funcionario de la más alta investidura ética dentro de la organización estatal– esté en condiciones de disponer de un medio idóneo para conservar la disciplina en la administración pública. En relación con el segundo requisito, denominado "decisión motivada", su significado apunta a la necesidad de que la misma sea la consecuencia lógica del análisis y valoración jurídicos de las pruebas allegadas a la investigación, así como de la declaración de descargos del acusado.

Pero no todos los servidores públicos, en el sentido amplio que a esta expresión le otorga el artículo 123, están comprendidos por el procedimiento y competencia excepcionales que es materia de consulta. La Constitución no es obra, aislada y fragmentaria, producto disperso de una o varias de sus disposiciones, sino un todo armónico que es preciso interpretar en consonancia con sus principios y finalidades. Su artículo 278 que le confiere al Procurador General aquella importante atribución, dispone en su numeral 2 que a este funcionario solamente compete "emitir conceptos" en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial. Y el fuero especial, que es también de naturaleza constitucional, comprende no solamente a los altos funcionarios que la Cámara de Representantes acusa ante el Senado de la República (acusación que se refiere a delitos cometidos en ejercicio de sus funciones, o a delitos comunes, o a indignidad por mala conducta), sino también a otros servidores públicos para los cuales el mismo Estatuto Fundamental establece competencia y procedimiento especiales de juzgamiento disciplinario.

La Sala estima que del concepto genérico de funcionarios públicos a que alude el artículo 278 numeral 1 de la Constitución, y que son suscepti-

bles de ser desvinculados de su cargo mediante decisión motivada del Procurador General de la Nación y previa audiencia, se exceptúan los siguientes:

1.– El Presidente de la República o quien haga sus veces, los magistrados de la Corte Constitucional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, los magistrados del Consejo de Estado y el Fiscal General de la Nación, quienes solamente pueden ser destituidos del empleo que ejercen mediante decisión del Senado de la República como consecuencia del proceso que instruya por responsabilidad política luego de haber aceptado la acusación formulada por la Cámara de Representantes, en los términos de los artículos 174, 175 y 178 numeral 3 de la Constitución.

2.– Los servidores públicos que sean miembros de corporaciones públicas, sobre cuya conducta oficial ejerce el Procurador General de la Nación vigilancia superior (artículo 277-6); empero, para su destitución el procedimiento idóneo es el denominado revocatoria del mandato, según reglamentación legal. (Artículos 40-4 y 103 inciso primero). Para los congresistas, además, es posible la pérdida de su investidura, que será decretada por el Consejo de Estado en los casos previstos en el artículo 183.

3.– Los funcionarios de la rama judicial, a quienes sólo el Consejo Superior de la Judicatura puede, en primera o en última instancia, según los casos, imponer la máxima sanción disciplinaria. (Artículo 256-3). Se exceptúan los magistrados de los altos tribunales de justicia, los cuales disponen del fuero especial a que se alude en el precedente numeral 1.

4.– Los gobernadores, funcionarios de elección popular a quienes solamente el Presidente de la República, en los casos taxativamente señalados por la ley –no expedida aún– podrá suspender o destituir. (Artículo 304 inciso primero).

Pero no quedan comprendidos en la excepción y, por tanto, pueden ser desvinculados de su cargo por el Procurador General de la Nación por incurrir en falta grave descrita en el art. 278-1, los gobernadores no elegidos por voto popular, es decir quienes desempeñen el cargo hasta el 2 de enero de 1992 y los gobernadores de Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada, departamentos en los cuales la primera elección popular de los mismos se hará en el año 1997. (Artículos transitorios 16 y 17 de la Constitución y decreto ley 2274 de 1991, art. 8). Y,

5.– Los alcaldes, funcionarios de elección popular a quienes únicamente el Presidente de la República en tratándose de alcaldes distritales y

los gobernadores, en relación con los demás alcaldes, podrán suspender o destituir en los casos taxativamente señalados por la ley. (Artículo 314 inciso segundo en concordancia con los artículos 322 y 328, ibídem). (Esta legislación es objeto de análisis más adelante).

Respecto de los Ministros del Despacho, estos funcionarios quedaron sujetos en la nueva Carta Política al procedimiento parlamentario conocido con el nombre de "moción de censura", por asuntos relacionados con funciones propias del cargo. Si la moción es aprobada por la mayoría absoluta de los integrantes de cada Cámara, el Ministro quedará separado del mismo. (Artículo 135 numeral 9). Con todo, el Procurador General de la Nación podría también producir la decisión motivada de desvinculación, previa audiencia y con sujeción al artículo 278-1, por las causales que no correspondan al ejercicio mismo del cargo, como sería el caso del enriquecimiento ilícito y aquellos otros comprendidos en el marco constitucional en referencia.

Conviene observar, finalmente, que la función otorgada al Procurador General en el artículo 278-1, por sus características y por ser completamente nueva, no puede ser ejercida con sujeción, o a leyes preexistentes o a los requisitos establecidos para la función administrativa en el libro primero del Código Contencioso Administrativo (decreto ley 01 de 1984). Requiere, por consiguiente, de una ley nueva que asegure la comparecencia y especifique los derechos del acusado, la producción, el examen y el valor de los medios de prueba y, en general, regule aquellas formas procesales –incluida la motivación de la decisión– que son parte integrante del principio esencial del debido proceso, aplicable según mandato constitucional "a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". (Artículo 29).

V.– Suspensión o destitución de alcaldes.

Como consecuencia de la elección popular de alcaldes dispuesta por el constituyente de 1986, el artículo 3o. del Acto legislativo número 1 de ese año trajo el siguiente precepto:

El Presidente de la República y los gobernadores, intendentes o comisarios, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán al alcalde del Distrito Especial y a los demás alcaldes, según sus respectivas competencias.

Mutatis mutandis, es decir, prescindiendo de los intendentes y comisarios que desaparecieron como consecuencia de la erección en departamentos de los territorios de su jurisdicción y teniendo en cuenta el surgimiento de nuevos distritos (el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta), aquella norma es el origen y el prece-

dente inmediato del actual artículo 314 inciso segundo de la Constitución de 1991, a cuyo tenor:

> El Presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes.

Por su parte, la ley 78 de 1986, al desarrollar el Acto Legislativo número 1 del mismo año sobre elección popular de alcaldes, en sus artículos 17 y 18 (modificados por los artículos 6o. y 7o. de la ley 49 de 1987), señaló las causales de suspensión y destitución de los alcaldes, en la forma siguiente:

1.– Son causales de destitución: a. Haberse proferido sentencia condenatoria de carácter penal o resolución de acusación debidamente ejecutoriada; b. La violación al régimen de incompatibilidades previsto en la ley; c. La vacancia. Y d. La solicitud de la Procuraduría General de la Nación, cuando incurran en las causales que impliquen dicha sanción, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto por la ley para estos funcionarios.

2.– Son causales de suspensión: a. El haberse dictado por autoridad judicial competente medidas de aseguramiento, aunque proceda la excarcelación o cualquier otro beneficio. Y, b. La solicitud de juez competente o de la Procuraduría General de la Nación. En este último evento cuando ésta determine dicha sanción para los alcaldes, de acuerdo con el régimen disciplinario previsto para ellos en la ley.

Finalmente, la ley 49 de 1987, modificatoria de la ley 78 de 1986, precisó el régimen disciplinario aplicable a los alcaldes y la competencia a este respecto de la Procuraduría General de la Nación, en los términos siguientes:

> **Artículo 10.**– Mientras se expide el régimen disciplinario para el alcalde y demás empleados municipales, además de lo dispuesto en leyes vigentes, les será aplicable el estatuto establecido en la ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985 sobre administración de personal y régimen disciplinario para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.
>
> **Artículo 11.**– La vigilancia administrativa que la ley 78 de 1986 asigna a la Procuraduría General de la Nación, respecto de los alcaldes, se ejercerá conforme a las normas de competencia establecidas en la ley 25 de 1974 y demás que la modifiquen o adicionen.

Por manera que las anteriores disposiciones de orden legal, que mantienen su vigencia por no resultar en pugna con la nueva Carta Política, son las aplicaciones en materia disciplinaria a los alcaldes. La Procuraduría General de la Nación, en consecuencia, deberá iniciar y proseguir la investigación

respectiva con sujeción a las disposiciones de la ley 13 de 1984 y su decreto reglamentario 482 de 1985 y, según el caso, solicitar la suspensión o la destitución del alcalde al Presidente de la República o al correspondiente gobernador. (Correlativamente, los agentes del Ministerio Público se harán acreedores a las sanciones que establezca la ley por el ejercicio indebido de la mencionada atribución).

VI.– En cuanto a la parte de la consulta que pregunta por qué causales, en qué condiciones y durante qué término podría la Procuraduría General de la Nación proceder a suspender alcaldes, la Sala responde:

De acuerdo con la ley 13 de 1984 –cuyo régimen disciplinario es aplicable a los alcaldes– en concordancia con lo dispuesto por los artículos 7o., 10 y 11 de la ley 49 de 1987 y 314 inciso segundo de la Constitución, la suspensión en el ejercicio del cargo hasta por treinta (30) días sin derecho a remuneración, podrá ser solicitada por la Procuraduría General de la Nación al Presidente de la República o al respectivo gobernador, cuando se presente concurso formal o material de faltas, o faltas graves.

Las causales anteriores sirven también de fundamento para pedir la destitución. Procederá esta última, empero, cuando se demuestre que la falta grave es de la naturaleza de las que enumera y especifica el artículo 15 de la ley 13 de 1984.

Por consiguiente, la sanción disciplinaria de destitución o de suspensión de un alcalde corresponde imponerla a los funcionarios superiores de la rama ejecutiva del poder público: el Presidente de la República y los gobernadores, según sus respectivas competencias, pero supeditada siempre a la solicitud que formule el funcionario de la Procuraduría General de la Nación que por competencia ejerza la vigilancia administrativa sobre los alcaldes, una vez ejecutoriada la decisión que se hubiere adoptado en el respectivo proceso disciplinario. De donde se deduce que el Procurador General de la Nación no puede desvincular a los alcaldes municipales con fundamento en la atribución que le otorga el artículo 278 numeral 1 de la Constitución.

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,* Aclaración de Voto; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRATO DE OBRA PUBLICA– Revisión/**RECURSO DE REPOSICION/PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/CONTROL DE TUTELA** (Salvamento de Voto)

Antes de proveer sobre la legalidad del contrato, la Sala debió resolver el recurso de reposición interpuesto por el Ministro de Obras Públicas contra el auto anterior. Existe norma especial que está vigente y que instituye para los contratos de obra pública, no un requisito de mero trámite, sino un control de tutela ejercido por el señor Presidente de la República, que tiene por finalidad suplir la falta de junta o Consejo directivo en el Fondo Vial.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C. cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación No. 592.
Referencia: Contrato de obra pública No. 239/91 celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la firma Procopal S.A.

La revisión del contrato de la referencia, enviado nuevamente a tal efecto, se cumple por parte del suscrito Consejero al haberse aceptado por mayoría de la Sala las observaciones del doctor Juan Felipe Gaviria, Ministro de Obras Públicas y Transportes, formuladas mediante oficio 28906 del 23 de septiembre pasado en relación con la providencia del 10 del mismo mes, de la que fue ponente el Consejero Humberto Mora Osejo.

El ámbito de revisión comprende la autorización legal en virtud de la cual se celebra el contrato; la competencia de los funcionarios y la capaci-

dad de las demás partes; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal.

El Fondo Vial está facultado para celebrar este tipo de contratos por el Decreto 1173 de 1980. Suscribe el contrato el doctor Juan Felipe Gaviria Gutiérrez, Ministro de Obras Públicas y Transporte, en su carácter de representante legal del Fondo.

La sociedad Procopal S.A. estableció su existencia y representación legal mediante certificado de la Cámara de Comercio de Medellín expedido el 10 de abril de 1991 (fls. 248 a 252) suscribe el contrato el Ing. Horacio Pérez Correa, en su condición de apoderado especial constituido al efecto por el representante legal de la sociedad ante el Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fl. 247).

El apoderado manifiesta bajo la gravedad del juramento no estar incurso en causal alguna de inhabilidad o incompatibilidad para celebrar el contrato.

Procopal S.A., se encuentra inscrita y clasificada en el Registro de Constructores del Ministerio de Obras Públicas y Transporte bajo el No. 890. 906.338-0, en las especialidades de vías y aeropuertos (fl. 246).

Del proceso de contratación.

Previos los trámites de licitación pública, cuya apertura ordenó la Resolución del Ministro de Obras Públicas y Transportes No. 15810 de 14 de diciembre de 1990 para la pavimentación del tramo Porcecito-Cisneros, sector Barbosa-Cisneros, de la carretera Medellín-Puerto Berrío, (fl. 172); la evaluación de las propuestas correspondientes y la recomendación de la Junta de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (Acta No. 001 de 31 de enero de 1991, fls. 275 y 276) se adjudicó mediante Resolución del mismo Despacho No. 689 de 11 de febrero de 1991 (fls. 240 y 241), el correspondiente contrato a la sociedad Procopal S.A.

De las estipulaciones acordadas.

Determinan, regulan, complementan y adicionan las condiciones del contrato, expresadas en la minuta, objeto de revisión, los siguientes documentos:

1) Inscripción y calificación del contratista (fl. 246).

2) Las especificaciones generales de construcción del Ministerio de Obras Públicas y Transporte.

3) Los planos de construcción, suministrados y aprobados por el Fondo.

4) Los contratos de garantía (fls. 259 a 270).

5) La propuesta del contratista (fls. 173 a 239).

6) Las Resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transporte Nos. 10758 de 1982, 12409 de 1986 y 8231 de 1988 (fls. 2 y 3; 8 a 15 y 32 a 37).

7) Registro presupuestal (fls. 244 y 245).

8) La Resolución de adjudicación y los documentos de la convocatoria pública (fls. 240 y 241 y 50 a 171).

Y son cláusulas aplicables del contrato las contenidas en las Resoluciones Nos. 12409 de 1989 (fls. 45 a 47 cláusula décima y décima primera).

Conforme a los artículos 19 a 24 del Decreto 222 de 1983 el contrato se rige por los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales; están pactados el objeto, la cuantía y el plazo, para la ejecución completa del contrato; estipuladas las cláusulas propias, conforme a su naturaleza y las que forzosamente deben contener los contratos al tenor del artículo 2o. de la Resolución del Ministerio de Obras Públicas y Transporte No. 12109 de 30 de diciembre de 1986 y del artículo 1o. de la Resolución del mismo Ministerio No. 11500 de 28 de septiembre de 1989.

Objeto del contrato.

El Contratista se obliga a ejecutar para el Fondo Vial Nacional, por el sistema de precios unitarios, la pavimentación del tramo Porcecito-Cisneros, sector Barbosa-Cisneros, de la carretara Medellín-Puerto Berrío, en conformidad con los ítems descritos en el anexo que forma parte del contrato (fls. 253 y 254).

Valor del contrato.

Mil cuatrocientos veinticuatro millones cuatrocientos setenta y siete mil setecientos cuarenta y ocho pesos ($1.424.477.748 M/Cte.), cantidad resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos más el costo de imprevistos y obras complementarios tal como se detalla en el anexo que forma parte del contrato (Cláusula segunda).

Plazo.

El Contratista se obliga a iniciar la ejecución de las obras dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato y a terminarlas dentro de los dieciseis meses siguientes contados a partir de la fecha (cláusula cuarta).

Prórroga de inversiones.

Sujeto a la aprobación del Director de Carreteras, indicará claramente el orden de los trabajos, métodos para llevarlas a cabo y valor de las inversiones periódicas dentro de la unidad de tiempo que comprenda su modificación queda prevista por causas imputables a la entidad contratante o cuando se trate de fuerza mayor o caso fortuito (cláusula quinta).

Anticipos, amortización y manejo.

Los fondos del anticipo sólo podrán ser autorizados para los gastos propios del contrato y su amortización se hará mediante deducciones de las cuentas mensuales de pago determinados en cuotas resultantes de multiplicar el valor de la respectiva acta de obra por la relación entre el saldo de los anticipos y el del valor del contrato. Los cheques que se giren con cargo a la cuenta corriente de la obra requieren también firma del Interventor. (cláusula sexta).

Actas de obra y ajuste.

El acta mensual que registre el valor de la obra ejecutada se elaborará dentro de los diez (10) primeros días calendario del mes siguiente al de ejecución de las obras y dentro de los tres (3) días hábiles siguientes deberá presentarse la respectivamente cuenta de cobro.

El valor básico del acta por la obra ejecutada cada mes, resultante de la multiplicación de cantidades de obra por precios unitarios, se ajustará provisional o definitivamente, para cada grupo de obra, de acuerdo con el parágrafo "ajustes" de la cláusula séptima, con el índice correspondiente al mes anterior a aquél en que se pague la obra ejecutada cuando la obra ejecutada no corresponda al menos a la cuota parte del programa de inversiones, el índice de ajuste será correspondiente al mes en que ha debido ejecutarse.

Garantías.

Su constitución a favor del Fondo Vial Nacional, su cuantía, vigencia y cancelación se precisan en los términos de la Resolución No. 12409 de 30 de diciembre de 1986 (fl. 8 a 15) y en la cláusula novena del contrato, así:

1) De cumplimiento del contrato.

2) Del pago de salarios, prestaciones sociales y demás indemnizaciones laborales.

3) De amparo contra reclamaciones de terceros por responsabilidad civil extracontractual: 10% del valor del contrato, con vigencia igual a la del mismo y tres (3) meses más.

4) De estabilidad de la obra.

5) De buen manejo y correcta inversión del anticipo.

De los seguros correspondientes a los tres primeros numerales responde la Compañía Seguros del Estado S.A. según póliza expedida a favor del Fondo Vial Nacional el 21 de mayo de 1991 y aprobadas por el Director de Licitaciones y Contratos del Ministerio de Obras Públicas y Transporte (fls. 259 a 271).

Sobre apropiaciones presupuestales para las vigencias de 1990 y 1991 destinadas a cubrir el valor del contrato, dan fe los certificados Nos. 710 de 13 de julio de 1990 y 420 de 10 de abril de 1991, visibles a folios 244 y 245 del expediente. Y consta en oficio 3402 de 29 de noviembre de 1990 la autorización del Consejo Nacional de Política Fiscal para celebrar contrato cuyo pago comprometa a apropiación de vigencias futuras (fl. 242).

El Consejo de Ministros en su sesión del 22 de julio de 1991 emitió dictamen favorable acerca del contrato revisado (fl. 288).

Verificado el cumplimiento de los anteriores requisitos, comprendidos por el ámbito de revisión, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, *declara ajustado a la ley* el contrato No. 239 de 23 de abril de 1991, celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la sociedad Procopal S.A.

Publíquese en el Diario Oficial y páguese el impuesto de timbre nacional.

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.

NOTA DE RELATORIA: El pronunciamiento a que se refiere el anterior salvamento de voto, declaró ajustado a la ley el contrato celebrado entre el Fondo Vial Nacional y la Sociedad Procopal S.A.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL/CONTRALOR MUNICIPAL– Elección /**TRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL/COMPETENCIA**

Para elegir Contralor Departamental, la Sala estima equitativo que en los departamentos que tienen dos Tribunales Superiores, cada uno de ellos remita a la Asamblea un candidato con la indicada finalidad. Los candidatos que integran la terna para elegir Contralores Municipales corresponde presentarlos a los Tribunales del Distrito cuya jurisdicción coincida con la del territorio del respectivo municipio, de tal modo que siempre será un solo Tribunal el llamado a cumplir tal competencia.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación No. 406.
Referencia: Consulta enviada por el Ministro de Gobierno relacionada con la competencia de los Tribunales de Distrito Judicial para enviar dos candidatos que conformarán las ternas para elegir Contralores Departamentales y Municipales.

El señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, formula a la Sala la siguiente consulta:

> "A solicitud del Presidente del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga–Valle, de manera comedida someto a consideración de esa Honorable Sala, la consulta relacionada con la competencia de los Tribunales del Distrito Judicial para enviar los dos candidatos que

conformarán las ternas para la elección de Contralores Departamentales y Municipales, de acuerdo al artículo 272 de la Constitución, en aquellos casos en los cuales existen en un mismo departamento dos Tribunales de igual jerarquía a los que se les asignó jurisdicción de tal forma que, ninguno de los dos la ejerce sobre todo el territorio del Departamento. Para el efecto se tiene:

ANTECEDENTES:

El artículo 272 de la Constitución Política, inciso cuarto, consagra que la elección de contralor se hará para período igual al de Gobernador o Alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y uno por el correspondiente Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La norma constitucional referida tendría absoluta claridad para su aplicación si no se presentara la circunstancia de existir en algunos Departamentos dos Tribunales de Distrito Judicial, uno que opera en la capital del mismo y otro en ciudad distinta de la capital en el mismo Departamento o ambos en la misma capital, tales son los casos de Valle del Cauca, con un Tribunal en Cali y otro en Buga; Norte de Santander con uno en Cúcuta y otro en Pamplona; Santander con uno en Bucaramanga y otro en San Gil; Boyacá con uno en Tunja y otro en Santa Rosa de Viterbo.

Ante esta situación no se sabe cuál de estos Tribunales debe presentar los nombres de los candidatos para Contralores Departamentales y Municipales (donde existieren estas contralorías), ya que de hacerlo uno sólo de estos podría viciar de nulidad la elección, por lo menos, mientras la ley determina esta competencia.

Conforme al artículo 272 de la Constitución los Contralores Departamentales deben ser elegidos por las Asambleas en el período de sesiones ordinarias que se inician el 1o. de octubre de este año, para iniciar sus funciones a partir del 2 de enero de 1992, fecha en la cual entran a ejercer el cargo los Gobernadores y en tal virtud, los Tribunales de Distrito Judicial deben cuanto antes pasar a la Asamblea los nombres de dos candidatos para la terna que se conformará con el que pase el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, por lo que, el tiempo es corto para que dichos Tribunales tengan certeza sobre este aspecto.

Con base en los anteriores fundamentos, se consulta:

1.– A cuál de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial corresponde presentar los dos candidatos para integrar la terna de elección de Contralor Departamental cuando en un mismo departamento existen

dos Tribunales de Distrito, al ubicado en la capital del mismo o uno a este y el otro candidato al Tribunal con sede en otra ciudad del respeectivo departamento?

2.– Cuando se trate de elección de Contralores Municipales, en aquellos municipios donde conforme a la ley funcionan contralorías, a cuál de los Tribunales de los mencionados en los puntos anteriores corresponde enviar los nombres de los dos candidatos de la terna que pasará al Concejo para su elección?

3.– Corresponde a los dos Tribunales enviar conjuntamente los dos candidatos para integrar la terna, para la elección de contralores?".

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

Dentro del sistema previsto por la Constitución en su artículo 272, la elección de Contralores Departamentales, Distritales y Municipales por las Asambleas y los Concejos, presupone la presentación de una terna integrada por candidatos seleccionados, dos por el Tribunal Superior de Distrito Judicial y uno por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Tal disposición no tuvo en cuenta que el territorio nacional está dividido en distritos judiciales y que algunos departamentos comprenden dos Tribunales Superiores, tal es el caso de Antioquia, Cundinamarca, Boyacá, Norte de Santander, Santander y Valle del Cauca.

Sin embargo, como según el artículo 272 de la Constitución, el Tribunal Superior de Distrito Judicial debe enviar a la Asamblea Departamental dos candidatos para elegir Contralor Departamental, la Sala estima que es equitativo que en los departamentos que, como los indicados, tienen dos Tribunales Superiores, cada uno de ellos remita a la Asamblea un candidato con la indicada finalidad.

Los candidatos que integran la terna para elegir Contralores Municipales corresponde presentarlos a los Tribunales del Distrito cuya jurisdicción coincida con la del territorio del respectivo municipio, de tal modo que siempre será un solo Tribunal el llamado a cumplir tal competencia, en los términos que establece la Constitución Política, y dentro del criterio con el cual fue atribuida, con base en la división general del territorio coincidente, para el caso, con su división en distritos judiciales.

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,* Aclaración de Voto; *Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de Sala.

CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Período (Aclaración de Voto)

La Constitución no señala fecha a partir de la cual se inicie el período de los Contralores Departamentales y por consiguiente, esa fecha debe ser determinada por la ley para todos los contralores departamentales, sin ninguna excepción. La fecha señalada para la posesión de los gobernadores elegidos popularmente (2 de enero) no es aplicable a los gobernadores de las antiguas comisarías ni a los contralores departamentales. Ninguna norma constitucional dispone que sea simultáneo el período de los contralores departamentales con el de los gobernadores.

ACLARACION DE VOTO

Radicación No. 406.
Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno sobre competencia para integrar ternas de candidatos para Contralores Departamentales y Municipales.

Aunque comparto el concepto de la Sala, relativo a la manera de designar los candidatos para Contralor Departamental cuando en la jurisdicción territorial del Departamento existen dos Tribunales Superiores de Distrito Judicial, reitero que, como expresé en el salvamento de voto al concepto de fecha 10 de septiembre de 1991, *la Constitución no señala fecha a partir de la cual se inicie el período de los Contralores Departamentales* y que, por consiguiente, *esa fecha debe ser determinada por la ley para todos los contralores departamentales, sin ninguna excepción.* También considero que el 2 de enero de 1992 exclusivamente *es la fecha señalada por el artículo 16, transitorio, de la Constitución para que los gobernadores, elegidos popularmente el 27 de octubre de 1991, tomen posesión de sus cargos;* por consiguiente, *no es aplicable ni a los gobernadores de las antiguas comisarías ni a*

los contralores departamentales. Además estimo que, según el artículo 272 de la Constitución, el período de los contralores departamentales es de tres años, *pero ninguna norma constitucional dispone que sea simultáneo con el de los gobernadores.*

En consecuencia, el concepto de la Sala sobre la manera de escoger los candidatos para Contralores Departamentales, si en la jurisdicción territorial del Departamento hay dos Tribunales Superiores, *debe aplicarse cuando sea oportuno, es decir, cuando la ley determine la fecha de iniciación del período de todos los contralores departamentales.*

Humberto Mora Osejo.

Fecha ut supra.

BIEN INMUEBLE– Avalúo/PROCESO DE EXPROPIACION/EXPROPIACION/CATASTRO/COMPETENCIA

Los avalúos administrativos especiales para la compra de bienes inmuebles, mediante negociación directa o expropiación, en principio, deben ser practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi. Pero en los municipios de Bogotá, Cali y Medellín y en el departamento de Antioquia esos avalúos deben ser practicados por las correspondientes oficinas de catastro, con base en los mismos criterios prescritos para los avalúos administrativos especiales que efectúa el Instituto.
La entidad interesada si no logra su enajenación mediante negociaciones directas debe ordenar la expropiación del mismo, mediante resolución motivada expedida por su representante legal, siempre que el bien se encuentre en el territorio de su respectiva jurisdicción.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 409.
Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con los avalúos sobre bienes inmuebles que van a ser adquiridos por el Distrito Capital de Santafé de Bogotá (Ley 9 de 1989).

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"1o.– La práctica de avalúos administrativos especiales para la adquisición de bienes inmuebles, ya sea mediante enajenación voluntaria o por expropiación, que requiera el Distrito Capital de Santafé de Bogotá, para los fines a que se refiere el artículo 10 de la Ley 9a. de 1989, ubicados dentro de los límites del citado Distrito en el área urbana y suburbana debidamente determinada por el Concejo, corresponde al Departamento Administrativo de Catastro Distrital en el perímetro urbano y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi en las áreas suburbanas?

"2.– Si los inmuebles están situados fuera de estas áreas, es decir, en otros municipios, corresponde efectuar dichos avalúos al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en atención a que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 9a. de 1989 se asigna dicha función a la oficina de Catastro para los bienes ubicados en el Municipio de Bogotá?

"3.– Si con el propietario del inmueble no se llega a una enajenación voluntaria y es necesario expropiar el bien para la ejecución de obras de interés social o de utilidad pública, corresponde ordenar el proceso de expropiación a la entidad adquirente (Empresa de Acueducto del Distrito Capital), así el inmueble esté situado en una jurisdicción diferente a la del Distrito?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El artículo 10o. de la Ley 9a. de 1989, declara de utilidad pública o interés social la adquisición de inmuebles urbanos y suburbanos para destinarlos a los fines que taxativamente enumera.

2o.) El artículo 11 de la misma ley dispone que la Nación, las entidades descentralizadas, las áreas metropolitanas y las asociaciones de municipios podrán adquirir por enajenación voluntaria o decretar la expropiación de predios urbanos o suburbanos para desarrollar las actividades determinadas por el artículo 1o. ibídem. Las entidades descentralizadas, de todos los órdenes, que estén autorizados por sus propios estatutos para realizar esas actividades, también pueden adquirir los bienes urbanos y suburbanos directamente o mediante expropiación, con la finalidad indicada.

3o.) Según los artículos 13, inciso 2o., y 15 de la Ley 9a. de 1989, el precio máximo de los inmuebles que se adquieran para cumplir los fines de la ley será fijado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi o por la entidad que cumpla sus funciones de conformidad con el artículo 18 ibídem.

4o.) Según el inciso 3o. de este precepto, "en los municipios de Bogotá, Cali, Medellín y en el Departamento de Antioquia, las oficinas de catastro

efectuarán los avalúos administrativos especiales" de los inmuebles que se va a adquirir con fines de interés social, aplicando "los mismos criterios establecidos para los avalúos administrativos especiales que realiza el Instituto Geográfico Agustín Codazzi". Además, este Instituto podrá delegar la realización de esos avalúos en otras oficinas de catastro departamentales o municipales.

5o.) De lo expuesto se deduce que las entidades públicas pueden adquirir bienes inmuebles urbanos o suburbanos, con una finalidad de interés público o social, en los casos determinados por el artículo 10o. de la ley 9a. de 1989; que la adquisición se efectúa con base en el avalúo del precio del inmueble para evitar que el propietario cobre un valor superior; que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar el avalúo en todo el territorio del país, con excepción de los municipios de Bogotá, Cali, Medellín y del Departamento de Antioquia, en los cuales la ley otorga esta atribución a las respectivas oficinas de catastro.

6o.) La competencia de las oficinas de catastro de los municipios mencionados comprende las zonas urbanas y rurales que, en conjunto, constituyen el territorio del Municipio.

La oficina de Catastro del Municipio de Bogotá corresponde al Departamento Administrativo de Catastro del Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital); esta entidad, según lo expuesto, tiene competencia para actuar en todo el territorio del Distrito, tanto en el sector urbano como en el rural, incluidas las áreas suburbanas, que define el parágrafo del artículo 10o. de la Ley 9a. de 1989.

7o.) Si el inmueble está situado fuera del territorio del Distrito Capital de Bogotá, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi debe practicar el avalúo, siempre que no le corresponda a la Oficina de Catastro en Cali, Medellín o del Departamento de Antioquia.

8o.) Si la entidad pública interesada no logra adquirir el inmueble mediante negociación directa, según el artículo 21 de la ley 9a. de 1989, puede expropiarlo. Al efecto, el representante legal debe proferir resolución motivada que ordene la expropiación, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de vencimiento de la etapa de negociaciones directas, para la enajenación voluntaria. La disposición agrega que "el Representante legal obtendrá las autorizaciones previas previstas en los estatutos o normas que regulan la entidad que represente". Y que cuando "la expropiación sea ordenada por una entidad territorial o un Area Metropolitana, no se requerirá la expedición de una ordenanza o acuerdo". Por el bien debe encontrarse dentro del territorio de su jurisdicción, para los efectos prescritos por el artículo 10o. de la Ley 9a. de 1989.

De manera que la entidad que necesita adquirir el bien inmueble para desarrollar obras de utilidad pública o interés social, de acuerdo con el artículo 10o. de la Ley 9a. de 1989, debe ordenar la expropiación del bien, cuando no llegue a un acuerdo en las negociaciones directas.

Con fundamento en las consideraciones anteriores la Sala responde:

1o.) Los avalúos administrativos especiales para la compra de bienes inmuebles, mediante negociación directa o expropiación, en principio, deben ser practicados por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2o.) Pero en los municipios de Bogotá, Cali y Medellín y en el Departamento de Antioquia esos avalúos deben ser practicados por las correspondientes oficinas de catastro, con base en los mismos criterios prescritos para los avalúos administrativos especiales que efectúa el Instituto Agustín Codazzi.

3o.) La entidad interesada en adquirir un inmueble, para los efectos señalados por el artículo 10o. de la ley 9a. de 1989, si no logra su enajenación mediante negociaciones directas debe ordenar la expropiación del mismo, mediante resolución motivada expedida por su representante legal, siempre que el bien se encuentre en el territorio de su respectiva jurisdicción.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno 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.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTA– Inhabilidades/**GOBERNADOR**– Inhabilidades/**AUTORIDAD POLITICA/AUTORIDAD ADMINISTRATIVA/AUTORIDAD MILITAR/AUTORIDAD CIVIL**

Los cargos con autoridad política son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidentes de la República, Ministros y directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno. Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electores y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecientes a la Fuerza Pública, tienen jerarquía y mando militar. La autoridad civil corresponde a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

CONGRESISTA– Inhabilidades/**PARENTESCO/AUTORIDAD CIVIL/AUTORIDAD POLITICA**

Las causales de inhabilidad prescritas por el artículo 179, numeral 5o. de la Constitución Nacional no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquélla en que está inscrito el candidato al Congreso. El nexo de parentesco sólo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de sena-

dores, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio de la circunscripción nacional. El cargo de gerente o director de una empresa industrial y comercial del Estado, que se ejerce en todo el territorio nacional, no inhabilita al candidato a la Cámara por una circunscripción territorial, porque para ello es necesario que el cargo se ejerza en la circunscripción electoral en la cual su pariente es candidato a ser elegido miembro de la Cámara de Representantes.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Bogotá, D.C. cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación: No. 413.
Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con la causal de inhabilidad para ser elegido Congresista o Gobernador.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"De manera comedida someto a consideración de esa Honorable Sala, la consulta relativa a la causal de inhabilidad para ser elegido congresista o gobernador, cuando se ha ejercido jurisdicción, autoridad política, civil, administrativa o militar, de que tratan los artículos 179 numeral 2 y 18 Transitorio de la Constitución Política, en atención a la confusión que existe entre la autoridad Civil y la administrativa, nuevo concepto introducido por la Carta.

"ANTECEDENTES:

"El artículo 179 de la Constitución, consagra que, no podrán ser elegidos Congresistas:

"2.– Quienes hubieren ejercido como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección'.

El artículo 18 Transitorio de la Carta dispone: "Mientras la ley establece el régimen de inhabilidades para los gobernadores, en las elecciones del 27 de octubre de 1991 no podrán ser elegidos como tales:

"1.– Quienes ...

"2.– Quienes dentro de los seis meses anteriores a la elección hubieren ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar a nivel nacional o en el respectivo Departamento".

"El Consejo de Estado en diferentes sentencias ha dicho qué se entiende por autoridad civil. En sentencias del 5 de febrero de 1973, expresó: "El concepto de autoridad, que de ordinario se ha entendido como "la facultad y el derecho de conducir y hacerse obedecer dentro de ciertos límites preestablecidos" (Enciclopedia Omeba, Tomo I, Letra A), desde el punto de vista constitucional significa la posibilidad jurídica de "ejercer el poder o de valerse de la fuerza con determinada finalidad".

"Por consiguiente, el ejercicio de autoridad, prescrito por el artículo 108 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que comprende todos los empleos, distintos de los integrantes de la Rama Jurisdiccional, a la cual se refiere específicamente, cuyas funciones comprenden la posibilidad de ejercer mando o poder de decisión, civil, político o militar".

"En esta sentencia se argumenta, entre otros puntos, que las Contralorías gozan de relativa autonomía porque tienen su propia organización con relaciones de mando, jerarquía y subordinación; que entre las funciones administrativas del contralor se encuentra la de nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia y sancionarlos disciplinariamente, así como de imponer multas a los de manejo que no rindan sus cuentas oportunamente.

"De acuerdo a los argumentos citados sobre los contralores, podría pensarse que todo funcionario que tome decisiones, que ejerce mando, porque tiene la facultad de nombrar personal, declarar insubsistencias y aplicar sanciones que impliquen suspensiones, multas y destituciones, tendrían autoridad civil.

"En sentencia del 3 de diciembre de 1982, el Consejo de Estado expresó: 'La autoridad pública en general, implica el ejercicio del poder público en función de mando para una finalidad prevista en la ley y que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, faculta para el ejercicio de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública. La autoridad es el poder o la potestad de mandar u ordenar, disponer, prohibir o sancionar de conformidad con la ley, dentro de los límites de la respectiva competencia.

"Como puede apreciarse, el significado que las citadas sentencias han dado a la autoridad civil, conforme al artículo 108 de la Constitución de 1886, es bastante amplio, es decir comprende, a todos los empleos

cuyas funciones tienen la posibilidad de ejercer mando o poder de decisión de acuerdo con la ley, y a los que, en caso de inobservancia de los subordinados, conllevan el ejercicio de la coacción por medio de la fuerza pública para hacerse obedecer.

"Al consagrarse en la Nueva Constitución, como causal de inhabilidad, no sólo el ejercicio de autoridad civil, sino también el de autoridad administrativa, es importante precisar, cuál es la interpretación conceptual sobre autoridad civil y cuál la de autoridad administrativa, como causales de inhabilidad en las que puede incurrir un empleado público para efectos de su retiro cuando aspire a elección como miembro de una corporación o cargo público, por voto popular, o cuando el candidato es pariente, dentro de los grados que determina la norma, de un empleado que ejerce autoridad civil o política.

"Con fundamento en lo expuesto anteriormente, se consulta:

"1.– Qué debe entenderse por autoridad civil, conforme a los numerales 2 de los artículos 179 y 18 Transitorio de la Constitución?

"2.– Qué debe entenderse por autoridad administrativa según los numerales de los artículos citados en el punto anterior?

"3.– Qué debe entenderse por autoridad política para diferenciarla de las anteriores?

"4.– En el caso de un empleado que ejerce el cargo de Director o Presidente de una Empresa Industrial y Comercial del Estado del nivel nacional y su pariente dentro del tercer grado de consanguinidad aspira a la Cámara por un determinado departamento, se puede entender que de acuerdo al artículo 179, numeral 5o. de la Constitución Política éste último estaría inhabilitado para postularse como candidato por cuanto su pariente ejerce dicho cargo, así no coincidan la circunscripción nacional en la cual ejerce autoridad el funcionario con la departamental por la cual aspira su pariente?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) Como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación expuso, en sentencia de 5 de febrero de 1973, reiterada por la de 3 de diciembre de 1982 que se menciona en el contexto de la consulta, "el concepto de autoridad, que de ordinario se ha entendido como la facultad y el derecho de conducir y de hacerse obedecer dentro de ciertos límites preestablecidos" (Enciclopedia Omeba, tomo I, letra A), desde el punto de vista constitucional significa la posibilidad jurídica de "ejercer el poder o valerse de la fuerza con determinada finalidad" (The Vocabulary of Politics, pág.

51)". El Diccionario de la Lengua Española, publicado por la Real Academia, también define la autoridad como "el poder que una persona tiene sobre otra que le está subordinada", como el del "superior sobre los inferiores".

2o.) La finalidad de los artículos 179, número 2, 18, número 2 transitorio de la Constitución, consiste en impedir que personas que hubieran ejercido cargos, cuyas funciones implican autoridad, puedan ser elegidos congresistas o gobernadores si no se han retirado de los mismos, respectivamente, doce y seis meses antes de la fecha en que deberán realizarse las votaciones. Esos lapsos se estiman como las mínimas salvaguardias para que el poder y el influjo, de diversa índole, derivados del ejercicio de esos cargos, no redunde en coacción o presión indebida sobre los electores. Las prohibiciones, en consecuencia, protegen la libertad de sufragio.

3o.) Los empleos públicos pueden o no implicar ejercicio de autoridad, según si confieren o no poder subordinante. En este orden de ideas el artículo 5o. de la Ley 4a. de 1913 distingue "los magistrados, que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad", de "los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejecutar sino en su calidad de empleados".

Del mismo modo, el Decreto-ley 052 de 1957 prescribe que los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, que son los jueces y magistrados, ejercen la función del mismo nombre, que implica autoridad decisoria, mientras que los empleados constituyen el personal auxiliar.

4o.) El artículo 108 de la anterior Constitución determinaba específicamente los funcionarios del Estado que no podían ser elegidos miembros del Congreso "sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones" y agregaba que "tampoco cualquier otro funcionario que seis meses antes de la elección haya ejercido jurisdicción o autoridad civil, política o militar, en la circunscripción electoral respectiva".

La nueva Constitución, que no menciona específicamente, como la hacía la anterior, determinados cargos, genéricamente dispone que no podrán ser elegidos congresistas "quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección" (art. 179); tampoco gobernadores quienes ejerzan esos mismos cargos en los seis meses que precedan a las votaciones (Art. 18, transitorio).

En realidad, como se afirma en el contexto de la consulta, la nueva Constitución agregó a los cargos con autoridad civil, política o militar, los que implican el ejercicio de autoridad administrativa.

5o.) *Los cargos con autoridad,* a que se refiere la Constitución, tienen las siguientes características:

a) Los cargos con autoridad política, son los que exclusivamente atañen al manejo del Estado, como los de Presidente de la República, Ministros y Directores de Departamentos Administrativos que integran el Gobierno.

b) Los cargos con autoridad administrativa son todos los que corresponden a la administración nacional, departamental y municipal, incluidos los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios, de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad. Tales son, por ejemplo, los cargos de directores o gerentes de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado, de los departamentos y municipios; gobernadores y alcaldes; Contralor General de la República, contralores departamentales y municipales; Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil.

c) Los cargos con autoridad militar son todos los que, pertenecientes a la Fuerza Pública, según el artículo 216 de la Constitución, tienen jerarquía y mando militar.

d) La autoridad civil corresponde, en principio, a todos los cargos cuyas funciones no implican ejercicio de autoridad militar.

Pero algunos cargos implican el ejercicio exclusivo de autoridad civil. Tal es el caso de los jueces y magistrados, de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y de los consejos seccionales de la judicatura que, con fundamento en la Constitución, organice la ley, del Fiscal General y de los demás empleos con autoridad, de la Fiscalía General.

c) Los miembros del Congreso están excluidos de esta clasificación porque, aunque sus cargos implican ejercicio de autoridad política, según la Constitución, pueden ser elegidos gobernadores y reelegidos como senadores y representantes.

5o.) Sin embargo, la Sala considera que, aunque la Constitución se refiere a los empleos con autoridad en la forma disyuntiva, antes indicada, ello no obsta para que algunos de ellos impliquen, según el mismo estatuto, el ejercicio concurrente de todas o algunas de las modalidades específicas que asume la autoridad. Así, por ejemplo, el Presidente de la República, que es Jefe del Estado y del Gobierno y "suprema autoridad administrativa", ejerce autoridad política y administrativa; además, cuando dirige la fuerza pública y dispone "de ella como Comandante Supremo de las Fuerzas Arma-

das de la República" (Art. 189, número 3, de la Constitución), ejerce autoridad política y militar; si ejerce funciones como "suprema autoridad administrativa" también lo hace como autoridad civil y si actúa en relación con el Congreso o con la Rama Jurisdiccional (arts. 200 y 201 de la Constitución), ejerce autoridad política y civil.

Del mismo modo, los ministros y directores de departamentos administrativos que, como miembros del Gobierno, con el Presidente de la República ejercen autoridad política, cuando obran como jefes superiores de los correspondientes servicios, ejercen autoridad administrativa. Además, el ejercicio de empleos con autoridad política y administrativa, también implica una de carácter civil.

De manera que las funciones inherentes a cada cargo pueden significar ejercicio de diversas modalidades de la autoridad. De ahí que para identificarlas sea menester examinar específicamente cada empleo, con las funciones que le corresponden.

6o.) También se pregunta si una persona que es pariente, en tercer grado de consanguinidad, de otra que es director o gerente de una empresa industrial y comercial del Estado, está o no inhabilitada, según el artículo 179, número 5, de la Constitución, para ser candidato a la Cámara "por un determinado departamento", aunque "no coincidan la circunscripción nacional en la cual ejerce autoridad el funcionario y la departamental por la cual aspira su pariente".

El artículo 179, número 5, de la Constitución dispone que no podrán ser elegidos miembros del Congreso "quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política".

El artículo 179, número 8, inciso 2o., ibídem, agrega que "las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección...". Y el inciso final agrega que "para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5".

De la transcrita disposición se deducen los siguientes principios:

1) Las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso, prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución, como las contempladas por los números 2, 3 y 6 de la misma disposición, en principio, sólo rigen para las "situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección" (Art. 179, número 8, inciso 2o., de la Cons-

titución); es decir, para que exista causal de inhabilidad por parentesco, según la citada disposición, el empleado con autoridad civil o política debe ejercerla en la misma circunscripción en que el pariente es candidato al Congreso.

2) Por consiguiente, las causales de inhabilidad prescritas por el artículo 179, número 5, de la Constitución no son operantes si la autoridad civil o política se ejerce en una circunscripción electoral diferente de aquella en que está inscrito el candidato al Congreso.

3) El artículo 179, inciso final, para los efectos de lo prescrito por la misma disposición, hace coincidir "la circunscripción nacional" "con cada una de las territoriales", salvo para la inhabilidad contemplada por el número 5 de la misma disposición.

Este precepto significa que, por presunción constitucional, la "circunscripción nacional", a que se refiere el artículo 171 de la Constitución para elegir senadores, se asimila o identifica "con cada una de las territoriales" para que las causales de inhabilidad que se presentaren en éstas, puedan ser aplicadas a los candidatos al Senado: se trata, por consiguiente, respecto de las elecciones para ser senadores, de una excepción, prescrita por la Constitución, al principio del artículo 179, número 8, inciso 2o., según el cual "las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que *tengan lugar en la circunscripción en la cual debe efectuarse la respectiva elección*" (la Sala subraya).

Pero, como excepción a la excepción, el artículo 179, número 8, inciso final, no es aplicable a las causales de inhabilidad para ser miembro del Congreso contempladas por el número 5 de la misma disposición. En consecuencia, el nexo de parentesco que esta disposición contempla sólo puede ser causal de inhabilidad, en relación con las elecciones de senadores, si el empleado con autoridad política o civil la ejerce en todo el territorio de la "circunscripción nacional" (Arts. 171, 179, número 8, inciso 2o., de la Constitución).

4) El caso objeto de consulta consiste en saber si un pariente, en tercer grado de consanguinidad, de quien ejerce el cargo de gerente o director de una empresa industrial y comercial del Estado, está o no inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara por una determinada circunscripción territorial, comprendida dentro de los límites de un departamento. La Sala considera que el mencionado cargo, que se ejerce en todo el territorio nacional, no inhabilita al candidato a la Cámara por una circunscripción territorial, porque para ello es necesario, según el artículo 179, número 8, inciso 2o., de la Constitución, que el cargo se ejerza en la circunscripción electoral en la cual su pariente es candidato a ser elegido miembro de la Cámara de Representantes.

Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Gobierno 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.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria.

CONGRESISTA– Inhabilidades/**CONGRESISTA**– Incompatibilidades/**SENADOR SUPLENTE**– Inhabilidades

Durante el intervalo en que el Congreso se encuentra en receso, los congresistas elegidos en 1990 no han perdido su investidura, y por lo tanto les son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la nueva Constitución. La condición de Congresista, que no ejerce sus funciones, mantiene su investidura y por lo tanto no puede ser nombrado para ningún cargo público, porque no se posesionó como miembro del Congreso y las inhabilidades rigen a partir de su posesión.

CONGRESISTA–Inhabilidades/**CONGRESISTA**–Incompatibilidades/**SENADOR SUPLENTE**–Inhabilidades (Aclaración de voto)

Como la prohibición de desempeñar cargo o empleo público o privado rige desde el 7 de julio de 1991, a partir de entonces es aplicable a los congresistas. Comprendidos en esta denominación los elegidos en 1990 y que, con motivo del receso del Congreso y de sus Comisiones ordenado por la Asamblea Nacional Constituyente, ciertamente no pudieron seguir ejerciendo ninguna de sus atribuciones, pero conservaron la investidura y les es aplicable el régimen salarial vigente hasta la instalación del nuevo Congreso.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.

Consejero ponente: *Doctor Jaime Paredes Tamayo.*

Radicación No. 410.
Referencia: Consulta del señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social relacionada con algunas inhabilidades e incompatibilidades de los Congresistas Suplentes.

El señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, doctor Francisco Posada de la Peña, formula a la Sala la siguiente consulta:

"La Constitución Política de 1991 expresa en su artículo 180 numeral 1: "Los Congresistas no podrán: 1o. Desempeñar cargo o empleo público o privado".

A su turno el artículo 181 ibídem dispone: "Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período 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.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión".

El artículo 261 de la actual Carta Política establece: "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 inscripción, sucesivo y descendente".

Finalmente el artículo transitorio 3o. consagra: "Mientras se instala el 1o. 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".

Frente a las disposiciones constitucionales transcritas se consulta:

La prohibición consagrada en el artículo 180 numeral 1 de la Constitución Política por ser norma de carácter permanente se aplica desde el momento en que entró a regir el 7 de julio de 1991, de suerte que la prohibición allí prevista rige para los Congresistas que sean elegidos el próximo 27 de octubre de 1991, puesto que la Constitución de 1886 permitía el desempeño de algunos cargos públicos para los miembros del Congreso, según lo consagraba el artículo 109 de la anterior Carta Política o regula indistintamente ambas situaciones?

SI el artículo transitorio 3o. de la actual Constitución Política regula una situación referida exclusivamente al Congreso y a los Congresistas, principales y suplentes elegidos para el período constitucional 1990-1994, previendo que dicho Congreso entra en receso y sus miembros quedan imposibilitados para ejercer sus cargos y la Constitución no estableció en sus normas transitorias un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para los miembros del Congreso elegidos en 1990 al cual deban sujetarse, debe entenderse que los miembros del Congreso ele-

gidos para el período constitucional 1990-1994, cuyo período fue modificado por acto constituyente, no pueden desempeñar cargo o empleo público o privado, hasta la instalación del nuevo Congreso?

Finalmente consulta: ¿Puede un senador suplente, elegido para el período constitucional 1990-1994, que nunca se posesionó ni podrá hacerlo en razón de lo previsto por el artículo transitorio 3o. de la Constitución Política, ser nombrado y aceptar un empleo público, sobre la base de considerar que el inciso final del artículo 181 de la Constitución Política, sólo somete al régimen de inhabilidades e incompatibilidades a los congresistas que fueran llamados a ocupar el cargo, a partir de su posesión y el artículo 261 que dispone que ningún cargo de elección popular en corporaciones públicas tendrá suplente?.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La prohibición prevista por el numeral 1o. del artículo 180 de la Constitución cobija, inicialmente, a los Congresistas que fueron elegidos para el período que se inicia el 1o. de diciembre y vence el 19 de julio de 1994. Y la vigencia de tal norma, de la Carta que la contiene, supuso la derogación de la norma contenida en la Constitución anterior que, por excepción, permitía al Presidente conferir determinados empleos a senadores y representantes, sin que su aceptación produjera vacancia definitiva.

El período constitucional del nuevo Congreso, durante el cual tendrá vigencia la prohibición del artículo 180, transcurre entre el 1o. de diciembre próximo y el 19 de julio de 1994, al tenor de los artículos transitorio 3 y su concordante, 181.

Durante este intervalo en que el Congreso se encuentra en receso, por disposición del artículo 3 transitorio, los congresistas elegidos en 1990 no han perdido su investidura, y por lo tanto le son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la nueva Constitución.

La condición de Congresista, que no ejerce sus funciones, mantiene su investidura y por lo tanto no puede ser nombrado para ningún cargo público.

En cuanto al senador suplente, elegido en 1990, podrá desempeñar el empleo público, porque no se posesionó como miembro del Congreso y las inhabilidades e incompatibilidades rigen a partir de su posesión como senador. Tales inhabilidades solamente habrían podido regir a partir de la fecha de su posesión como senador.

En los anteriores términos se absuelve la consulta formulada por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Transcríbase en sendas copias auténticas, al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala, Aclaración de Voto; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes. Secretaria de la Sala.

ACLARACION DE VOTO

Consulta. Radicación número: 410.

Si bien comparto las conclusiones de la respuesta dada por la Sala al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, estimo que el fundamento de las mismas adolece de falta de claridad y precisión.

La mayoría de la Sala empieza diciendo que "inicialmente" la prohibición prevista por el numeral 1o. del art. 180 de la Constitución cobija a los congresistas que fueron elegidos para el período que se inicia el 1o. de diciembre (de 1991) y vence el 19 de julio de 1994. Tal prohibición es la consistente en "desempeñar cargo o empleo público o privado". Pero luego afirma que "durante este intervalo (no explica cuál sea, pero habrá que deducir que se refiere al comprendido entre la vigencia de la Constitución, cuando entraron en receso el Congreso y sus Comisiones, y el próximo 1o. de diciembre), los congresistas elegidos en 1990 no han perdido su investidura, y por lo tanto le (sic) son aplicables las inhabilidades e incompatibilidades previstas en la nueva Constitución".

La verdad es que la Constitución de 1991 tiene efecto general inmediato, salvo que ella misma difiera a la ley su desarrollo o señale un plazo para la vigencia de algunas de sus disposiciones. Ninguno de estos casos de excepción son pertinentes en relación con el mencionado art. 180 numeral 1o. De modo que esta norma es aplicable desde el 7 de julio de 1991 –fecha de la promulgación de la Carta Política en la Gaceta Constitucional– a todas las personas que ostentaran la investidura de miembros del Congreso de la República y, por tanto, ninguno de ellos puede desempeñar cargo público o privado.

La prohibición es absoluta. Una vez elegido para el período constitucional, sólo se puede ser congresista. No es permitido desempeñar cargo alguno, ni en el sector público ni en el sector privado. Y si en contravención de este precepto, un senador o representante fuese nombrado para un empleo o cargo, el funcionario nominador incurrirá en causal de mala conducta. (Art. 180 parágrafo 2).

Por lo demás, la pérdida de la investidura de congresista sólo se produce por revocatoria del mandato (arts. 40-4 y 103), o por decisión del Consejo de Estado en los casos a que se refiere el art. 183.

Como la prohibición de desempeñar cargo o empleo público o privado rige desde el 7 de julio de 1991, a partir de entonces es aplicable a los congresistas. Comprendidos en esta denominación los elegidos en 1990 y que, con motivo del receso del Congreso y de sus Comisiones ordenado por la Asam-

blea Nacional Constituyente (artículo transitorio 3), ciertamente no pudieron seguir ejerciendo ninguna de sus atribuciones, pero conservaron la investidura y les es aplicable el régimen salarial vigente hasta la instalación del nuevo Congreso, prevista para el 1o. de diciembre de 1991.

En cuanto al senador suplente elegido para el período 1990-1994 y que nunca se posesionó, es evidente que puede ser nombrado y aceptar un cargo público o privado, por cuanto el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros del Congreso rige "a partir de su posesión", por mandato del inciso final del artículo 181.

Respetuosamente,

Javier Henao Hidrón.

Santafé de Bogotá, D.C. 5 de noviembre de 1991.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL– Director /**DECRETOS**– Firma

El director del Departamento Administrativo del Servicio Civil constituye Gobierno, con el Presidente de la República y el Ministro respectivo, si es del caso, en los asuntos en desarrollo de sus funciones debe suscribir, los correspondientes Decretos de cualquier carácter que para el efecto se expidan.

En la reorganización general o parcial de los organismos de la administración nacional, el Departamento Administrativo del Servicio Civil debe, en primer orden revisar y dar concepto sobre todos los planes y proyectos que se presenten porque esta función asesora es necesaria para que se tomen las soluciones procedentes. Cuando se produzca la decisión gubernamental, el Director de este departamento administrativo debe suscribir el correspondiente decreto, así sea compartiendo la responsabilidad con otros ministros o directores de departamento administrativo, que tengan injerencia en el asunto.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá D.C., noviembre catorce (14) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Jaime Betancur Cuartas.*

Referencia: Radicación No. 415.
Casos en los cuales el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil debe concurrir con el Presidente de la República a la suscripción de Decretos relacionados con algunos actos administrativos de su competencia.

El Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil formula a la Sala la siguiente consulta:

"A fin de hacer claridad sobre la suscripción por parte del Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil de los decretos que expida el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgue el Congreso Nacional o de aquéllos que deba expedir en virtud de las funciones que la Constitución Política le confiere, se consulta, al tenor de lo previsto en su artículo 115, quiénes conforman el Gobierno Nacional, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

1.– El artículo 1 del decreto-ley 147 de 1976 le fija al Departamento Administrativo del Servicio Civil como objetivo el de "formular, asesorar y adelantar las políticas de administración de personal y desarrollo de los recursos humanos al servicio del Estado y, en especial, los planes y programas en los campos del Servicio Civil, carrera administrativa y bienestar social de los empleados oficiales y sus familias, en la rama ejecutiva del poder público en lo nacional...".

2.– El literal e) del artículo 2 de la misma norma, le atribuye al Departamento Administrativo del Servicio Civil, entre otras, la función de "Establecer, administrar y asesorar en los sistemas de clasificación, de remuneración, de nomenclatura de empleos y de conformación y modificación de las plantas de personal de los diferentes organismos públicos".

3.– El literal c) del artículo 75 del decreto-ley 1042 de 1978, prevé que la conformación y reforma de las plantas de personal se hará mediante decreto que llevará las firmas del Ministro o Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, la del Ministro de Hacienda y Crédito Público, como certificación de que existe apropiación presupuestaria suficiente para cubrir su costo, y la del Jefe del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

4.– Igualmente, el inciso 2 del artículo 74 del mismo decreto, establece que "la creación, supresión, modificación y fusión de empleos en los establecimientos públicos y en las unidades administrativas especiales del orden nacional se hará mediante acuerdo o resolución de su respectiva junta o consejo directivo, que deberá ser aprobado por decreto del gobierno".

5.– Corresponde al Departamento Administrativo del Servicio Civil, de acuerdo con lo señalado en el artículo 24 del decreto-ley 1680 de 1991, revisar y conceptuar, para posterior adopción del Gobierno Nacional, los proyectos de reorganización general o parcial de los organismos de la administración nacional.

6.– El artículo 115 de la Constitución Política establece que el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo correspondiente, en cada negocio particular, constituyen gobierno.

Por tratarse de asuntos de competencia de este Departamento, se consulta si el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil constituye gobierno, con el Presidente de la República, para los siguientes casos, y, por lo tanto, debe suscribir los decretos-leyes o decretos ejecutivos que se refieran a:

– Creación, supresión o fusión de empleos en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en el orden nacional;

– Adopción o modificación de su estructura, nomenclatura y clasificación de empleos; y

– Fijación de las escalas de remuneración y establecimiento del régimen salarial y prestacional de los empleados de aquellas entidades.

Igualmente se consulta si para los fines del numeral 5, la función del Departamento Administrativo del Servicio Civil se limita sólo a la emisión del concepto, o debe concurrir, como Gobierno, en la suscripción de los decretos que adopten las modificaciones de las estructuras.

LA SALA CONSIDERA Y RESPONDE:

1.– El artículo 115 de la Constitución Nacional prescribe que "El Presidente de la República es el Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa"; dispone, además, que "el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el gobierno". Finalmente, establece esta disposición que "Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquéllos expedidos en su calidad de Jefe de Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes por el mismo hecho, se hacen responsables".

2.– Las disposiciones de la Constitución de 1991, al igual que las de la Constitución de 1886, consagran la existencia de los ministros y directores de departamentos administrativos, como funcionarios auxiliares del Presidente de la República, a quienes les corresponde examinar los asuntos relativos a la política y a la administración, proponer las determinaciones necesarias que, una vez tomadas por el Presidente de la República, deben ser refrendadas y comunicadas por dichos funcionarios. De suerte que, como lo

expresan los doctrinantes del derecho constitucional, sin el presidente, obviamente, no hay Jefe de la Rama Ejecutiva o Administrativa, y sin los ministros y directores de departamentos administrativos, los actos del presidente no tienen valor ni fuerza ejecutiva, toda vez que no tienen la refrendación de dichos funcionarios, quienes también deben comunicarlos y hacerlos ejecutar, atribuciones que conllevan la respectiva responsabilidad.

3.– En este orden de ideas, se tiene que los departamentos administrativos son organismos de la administración que cumplen funciones técnicas, lo cual los diferencia de los ministerios que tienen una función político-administrativa. Las decisiones que correspondan a cada departamento administrativo, deben ser firmadas por el Presidente de la República y el correspondiente Director.

4.– En relación con el Departamento Administrativo del Servicio Civil, creado por la ley 19 de 1958 y reorganizado por el Decreto-Ley 147 de 1976, se tiene que, sus funciones están dirigidas a adelantar las políticas de administración de personal y al desarrollo de los recursos humanos al servicio del Estado, especialmente a través de los programas en los campos del servicio civil, carrera administrativa y bienestar social de los empleados de la Rama Ejecutiva del poder público.

5.– En desarrollo de tales funciones, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, puede realizar innumerables actividades, entre ellas, las de asesorar, revisar, conceptuar sobre asuntos relativos al manejo de personal, sistemas de clasificación, de remuneración, de nomenclatura de empleos y modificación de las plantas de personal de los diferentes organismos públicos (art. 2o. Decreto-ley 147 de 1976).

6.– De manera que cuando el Gobierno tome decisiones relativas a los asuntos mencionados, lo hará con la colaboración del Departamento Administrativo del Servicio Civil y, los decretos respectivos deben ser firmados por el Presidente de la República y refrendados por el Ministro o Director de Departamento Administrativo respectivos y por el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil, tal el caso del Decreto por el cual se suprimen unos cargos en algún organismo, o cuando se fija la remuneración de los empleados pertenecientes a las empresas Industriales y Comerciales del Estado.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala absuelve los interrogantes del Señor Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil:

1.– Tal como se indicó, el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil constituye Gobierno, con el Presidente de la República y el Ministro respectivo, si es del caso, en los asuntos descritos en la consulta

y, por lo mismo debe suscribir, los correspondientes Decretos de cualquier carácter, que para el efecto se expidan.

La Sala entiende que el único acto del Presidente de la República que no requiere ser suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, es el de nombramiento y remoción de estos colaboradores. Por tanto, aquellos actos que el Presidente expida no solamente en su calidad de Jefe de Gobierno sino también de Jefe de Estado y de Suprema Autoridad Administrativa, carecerán de valor y fuerza jurídicos mientras no sean suscritos y comunicados por los respectivos Ministros o Directores de Departamento Administrativo.

2.– En la reorganización general o parcial de los organismos de la administración nacional, el Departamento Administrativo del Servicio Civil, debe en primer orden, revisar y dar concepto sobre todos los planes y proyectos que se presenten, como lo dispone el artículo 24, letra a), del Decreto 1680 de 1991, porque esta función asesora es necesaria para que se tomen las soluciones procedentes; además cuando se produzca la decisión gubernamental, el Director de este departamento administrativo debe suscribir el correspondiente decreto, así sea, compartiendo la responsabilidad con otros ministros o directores de departamento administrativo, que tengan ingerencia en el asunto.

En los anteriores términos se da respuesta a la consulta formulada por el Director del Departamento Administrativo del Servicio Civil.

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo.*

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/GOBERNADOR– Elección

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, es competente para conocer, en única instancia, de los procesos que se promuevan contra las elecciones populares de gobernadores.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 417.
Referencia: Consulta del Ministerio de Gobierno relacionada con demandas sobre elecciones de Gobernadores.

Se absuelve la consulta que el señor Ministro de Gobierno, doctor Humberto de la Calle Lombana, hace a la Sala en los siguientes términos textuales:

"El Ministro de Gobierno tiene especial interés en consultar a esa H. Sala en relación con las demandas sobre elecciones de Gobernadores.

"Cuando se instituyó la elección popular de alcaldes mediante el Acto Legislativo No. 1 de 1986, se dejó a la ley la competencia para fijar la fecha de elección, junto con las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los alcaldes, faltas absolutas y temporales y formas de llenarlas, lo mismo que las demás disposiciones necesarias para el desempeño de sus cargos. En desarrollo de esta atribución se dictaron la ley 78 de 1986 y la 49 de 1987 que modifica y adiciona la primera.

"En la ley 78 de 1986 se determina en sus artículos 29 y 30 la competencia de los Tribunales Administrativos para conocer en primera instancia de las demandas de nulidad sobre elección de alcaldes y del Consejo de Estado para conocer en segunda instancia. Así mismo, establece las causales de nulidad y determina que el procedimiento será el mismo que se aplica en los juicios electorales.

"En la Constitución de 1991, se instituyó la elección popular de Gobernadores y la misma Constitución determinó la fecha de elección y las inhabilidades transitorias para las personas que aspiran a ser elegidas el pasado 27 de octubre (artículo 303 y Transitorios 17 y 18 de la Constitución Política).

"En estas condiciones, se eligieron Gobernadores pero no se alcanzó a expedir la ley determinando la competencia, ni el procedimiento para conocer de las demandas de nulidad sobre elección de Gobernadores, como sí se previó para el caso de los alcaldes.

"Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto se consulta:

"1.– Ante la falta de norma especial sobre competencia y procedimiento para conocer de las demandas que impugnen elecciones de los Gobernadores, se podría acudir a normas generales de competencia para que los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado conozcan en primera y segunda instancia, respectivamente, de dichas demandas, aplicando el procedimiento que rige para los juicios electorales, cuando se hayan violado las disposiciones sobre calidades e inhabilidades para ser elegidos Gobernadores y demás normas legales vigentes sobre elecciones?

"2.– Cuál sería el término para interponer la acción de nulidad?".

LA SALA CONSIDERA:

1o.) El artículo 2o., número 4, del Decreto-ley 597 de 1988, que subrogó el artículo 124 del Decreto-ley 01 de 1987, atribuyó al Consejo de Estado el conocimiento, en única instancia, entre otros, de los procesos "de nulidad de las elecciones de Presidente de la República, designado a la Presidencia, senadores y representantes a la Cámara, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, el gobierno o por cualquiera autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada del orden nacional".

Según la transcrita disposición, el Consejo de Estado, mediante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, conoce de los procesos de nulidad que se promueven contra los actos de nombramiento que expida el Gobierno Nacional. Entre ellos se cuentan los nombramientos

que haga de gobernadores, "a más tardar", hasta 1997, para los departamentos que, antes de la expedición de la Constitución de 1991, eran comisarías (art. 17, transitorio, de la Constitución).

2o.) Los gobernadores de los demás departamentos son elegidos popularmente y el artículo 16, transitorio, de la nueva Constitución dispuso, como sucedió, que "la primera elección popular de gobernadores" se celebre el 27 de octubre de 1991.

3o.) Como el artículo 2o., número 4, del Decreto-ley 597 de 1988 no es aplicable para establecer la competencia para conocer de los juicios que se adelanten contra las elecciones populares de gobernadores, la Sala considera que, a falta de una disposición específica, ella se determina por el artículo 2o., número 16, ibídem, que atribuye al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en única instancia, además de los procesos que menciona, "todos los demás, de carácter administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia". De este modo el Consejo de Estado es en Colombia, de acuerdo con la doctrina, juez de derecho común de lo contencioso administrativo.

4o.) Además, según el artículo 7o., inciso primero, del Decreto-ley 2288 de 1989, que sustituyó el artículo 97 del Decreto-ley 01 de 1984, cada una de las Secciones que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado "ejercerá separadamente las funciones que le asignen la ley o este Código". Y el artículo 6o. de la Ley 14 de 1988 –que subrogó el artículo 67 de la Ley 96 de 1985 y reemplazó, por ende, el artículo 231 del Decreto-ley 01 de 1984–, reiterado, a este respecto, por el artículo 1o. del Acuerdo No. 39, de 14 de noviembre de 1991, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, atribuye a esta corporación tramitar y decidir "todos los procesos electorales de su competencia a través de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo".

En conclusión: el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, es competente para conocer, en única instancia, de los procesos que se promuevan contra las elecciones populares de gobernadores.

5o.) Según el artículo 7o. de la Ley 14 de 1988, que sustituyó el artículo 28 de la Ley 78 de 1986, "la acción electoral caducará en veinte (20) días, contados a partir del siguiente a aquél en el cual se notifique personalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata". En consecuencia, la transcrita disposición prescribe el término para promover los procesos contra las elecciones populares de gobernadores.

Transcríbase, en sendas copias auténticas a los señores Ministro de Gobierno 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.*

Elizabeth Castro R., Secretaria.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/PLIEGO DE CONDICIONES/REVISION DE CONTRATOS

La licitación pública para adjudicar los espacios de televisión, debe impedir "la concentración del poder informativo" y garantizar "la competencia y la igualdad de oportunidades". En consecuencia, el pliego de condiciones bien podía disponer que los licitantes de determinados espacios, como los de noticieros, no pueden serlo de otros, como los de opinión, a fin de dar igualdad de oportunidades a todos los proponentes. Además, los licitantes de espacios de noticieros no pueden serlo de otros espacios; pero las empresas adjudicatarias de los mismos en su condición de tales, excepcionalmente pueden licitar y obtener la adjudicación de espacios informativos y de opinión.

Consejo de Estado.– Sala de Consulta y Servicio Civil.– Santafé de Bogotá, D.C., dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Humberto Mora Osejo.*

Radicación No. 611.
Referencia: Contrato de Concesión de espacios de televisión No. 2829-91, celebrado entre Inravisión y la Sociedad Caracol Televisión S.A.

La Sala procede a revisar el contrato de concesión de espacios de televisión, celebrado entre el Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISION, representado por el Doctor Darío Restrepo Vélez en su calidad de Director Ejecutivo y la Sociedad Caracol Televisión S.A., representada por la señora Mabel García de Ayalde.

Efectuado el estudio de la documentación correspondiente, se observa:

El objeto del contrato. El objeto del contrato consiste en permitir al concesionario la utilización de los espacios de televisión en la cadena uno, para presentar programas Recreativos Dramatizados Extranjeros, Recreativos de Variedades, Recreativos Dramatizados Nacionales, Informativo de Opinión y Didácticos.

El plazo del contrato. El término de ejecución del contrato es de seis (6) años prorrogables de acuerdo a las reglas del artículo 40 de la ley 14 de 1991 y el plazo de duración es el comprendido entre la fecha de su perfeccionamiento y los seis meses posteriores al vencimiento del término de la ejecución (cláusulas tercera y cuarta).

El valor del contrato. El valor del contrato se fijó en la suma de nueve mil setecientos cuarenta y cinco millones, ciento cuarenta y dos mil, setecientos veintidos pesos ($9.745.142.722.oo) moneda corriente. (cláusula quinta).

La existencia y representación del contratista. La Sociedad Caracol Televisión S.A. acreditó su existencia y representación legal, mediante certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá, según lo prescrito por el artículo 7o. del Decreto-ley 222 de 1983, y se halla inscrita en el registro de empresas concesionarias de espacios de televisión de Inravisión. (fls. 9 a 14 anexo 1).

El procedimiento de contratación. INRAVISION, para la celebración del contrato, adelantó el procedimiento de la licitación pública nacional prescrito por el Decreto-ley 222 de 1983; de este modo, mediante la resolución No. 1270 del 23 de abril de 1991, se ordenó la apertura de la licitación No. 01 del mismo año, cuyo plazo se amplió por medio de la resolución No. 1861 del 12 de julio de 1991, y según la resolución No. 0001 del 1o. de agosto de 1991, adjudicó el contrato, previo el cumplimiento de las formalidades legales.

El examen del procedimiento jurídico de concesión de espacios de televisión. Los contratos de concesión de espacios de televisión se rigen por los siguientes principios:

1o.) El artículo 38 de la ley 14 de 1991 dispone que "Inravisión dará en concesión la programación de las cadenas distintas del canal de interés público a concesionarios, sin que a ninguno de ellos se le pueda adjudicar más del 25% ni menos del 7.5% del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena" y que "quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona".

2o.) Según el artículo 39 de la ley 14 de 1991, estos contratos "se celebrarán mediante el procedimiento de licitación pública, contemplado en el régimen vigente de contratación administrativa, en lo que no se oponga a los términos de la presente ley". La misma disposición agrega que "en todo caso la ejecución de los contratos se sujetará a los fines y principios del servicio, según lo dispuesto en la presente ley".

3o.) El artículo 3o. de la ley 14 de 1991 dispone que "los fines del servicio –prescritos por el artículo 2o. ibídem– se ejecutarán observando los principios de imparcialidad, libertad de expresión, preeminencia del interés público sobre el privado, pluralidad de la información y de la función social de los medios de comunicación".

En este orden de ideas, la misma disposición prescribe que se impida "la concentración del poder informativo, así como las prácticas monopolísticas que tiendan a eliminar la competencia y la igualdad de oportunidades entre todas las empresas que prestan los servicios de comunicación social".

4o.) De manera que los contratos de concesión de espacios de televisión, que se adjudican mediante licitación pública, deben observar los principios contemplados por el artículo 3o. de la ley 14 de 1991, como modalidades específicas de los mismos. En consecuencia, el Instituto Nacional de Radio y Televisión debe elaborar el pliego de condiciones para realizar la licitación pública teniendo en cuenta los principios especiales prescritos por la ley: todos y cada uno de los contratos que se adjudiquen también tienen que reflejar los principios prescritos por el artículo 3o. de la ley 14 de 1991.

5o.) El parágrafo del artículo 38 de la ley 14 de 1991 específicamente dispone que *"las empresas concesionarias* (se subraya) de espacios para la programación de noticieros no podrán serlo para otra clase de programas, excepto informativo y de opinión", y que "no les será aplicado el porcentaje mínimo señalado en este artículo".

De esta evidente disposición –que revela claramente su espíritu–, en armonía con el artículo 3o. de la ley 14 de 1991, se deducen los siguientes principios:

1) La licitación pública que se abra, con fundamento en la ley 14 de 1991, para adjudicar los espacios de televisión, debe impedir "la concentración del poder informativo" y garantizar "la competencia y la igualdad de oportunidades".

2) En consecuencia, el pliego de condiciones, para impedir "la concentración del poder informativo", bien podía disponer que *los licitantes*

de determinados espacios, como los de noticieros, no pueden serlo de otros, como los de opinión, a fin de dar "igualdad de oportunidades" a todos *los proponentes.*

3) Además, según el parágrafo del artículo 3o. de la ley 14 de 1991, *los licitantes* de espacios de noticieros no pueden serlo de otros espacios; pero *'las empresas adjudicatarias"* (se subraya) de los mismos, en su condición de tales, excepcionalmente pueden licitar y obtener la adjudicación de espacios "informativos y de opinión".

4) Como la licitación pública tiene por objeto conceder *todos los espacios disponibles de televisión,* la hipótesis contemplada por el parágrafo del artículo 38 de la ley 14 de 1991 sólo podrá tener efectividad si, después de efectuada la licitación, de adjudicados los espacios de noticieros y de celebrados los correspondientes contratos, hubiere espacios "informativos y de opinión" por conceder como ocurriría "si antes del vencimiento del plazo de ejecución del contrato, éste terminare por cualquier motivo" e Inravisión optare por celebrar un nuevo contrato (artículo 39, numeral 3, inciso 2o., de la ley 14 de 1991).

Como el contrato que se revisa se concedió mediante el cumplimiento de los principios expuestos, a este respecto, es preciso concluir que se celebró de conformidad con la ley.

Las garantías. Según lo estipulado en la cláusula décima cuarta del contrato, la sociedad contratista otorgó garantía de cumplimiento general de las distintas obligaciones que le impuso el contrato, la cual deberá reajustarse anualmente en forma proporcional al incremento de las tarifas de concesión de espacios de televisión.

Las cláusulas obligatorias. En el contrato se pactaron las siguientes cláusulas obligatorias:

La cláusula de caducidad. En la cláusula décima séptima del contrato, se estipuló que el Instituto Nacional de Radio y Televisión INRAVISION podrá declarar la caducidad del mismo, mediante resolución motivada, por las causales previstas en el artículo 62 del Decreto-ley 222 de 1983.

Las multas. El Instituto Nacional de Radio y Televisión podrá imponer multas al contratista, en caso de mora o incumplimiento parcial de las obligaciones pactadas, proporcionales al incumplimiento y al valor de los espacios en que se cometa la infracción (cláusula décima quinta).

La cláusula penal pecuniaria. El Instituto Nacional de Radio y Televisión podrá hacer efectiva al contratista, en caso de declaratoria de caducidad o de incumplimiento del contrato, una cláusula penal equivalente al veinte por ciento (20%) del valor total del mismo (cláusula décima sexta).

La prohibición de ceder el contrato. El contratista no podrá ceder los derechos y obligaciones provenientes del contrato, en ningún caso (cláusula décima novena).

Los principios de terminación, modificación e interpretación unilaterales. En la cláusula décima octava del contrato se estipuló que el Instituto Nacional de Radio y Televisión podrá aplicar unilateralmente los principios de terminación, modificación e interpretación, conforme a las normas contenidas en el Título IV del Decreto-ley 222 de 1983.

Las inhabilidades e incompatibilidades. El contratista manifestó, bajo la gravedad del juramento, que no se encuentra en situación de inhabilidad ni de incompatibilidad para celebrar el contrato materia de revisión (cláusula vigésima primera).

Por lo expuesto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, declara *ajustado a la ley* el contrato No. 2829, celebrado entre el Instituto Nacional de Radio y Televisión y la Sociedad Caracol Televisión, S.A.

Publíquese en el Diario Oficial y páguese el impuesto de timbre nacional (arts. 52 y 53 del Decreto-ley 222 de 1983).

Javier Henao Hidrón, Presidente de la Sala; *Jaime Betancur Cuartas, Humberto Mora Osejo, Jaime Paredes Tamayo, Marco Antonio Piñeros Montenegro,* Conjuez.

Elizabeth Castro Reyes, Secretaria de la Sala.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/PLIEGO DE CONDICIONES/REVISION DE CONTRATOS (Salvamento de Voto)

Dentro del pliego de condiciones de la licitación debió consignarse expresamente la posibilidad de presentar propuestas para la programación de noticieros y programas de opinión, porque la ley 14/91 permite por excepción, ser concesionaria de unos y otros a la misma empresa, sin sujeción al porcentaje mínimo señalado. Y porque sólo así quedaban especificados los términos de la excepción, con la identificación de los espacios ofrecidos y su clasificación, como lo prescribe el numeral 2o. del artículo 3o. del Decreto-ley 222/83, a cuyo cumplimiento estaba sujeta la elaboración del pliego. La inclusión de condiciones que contradicen el artículo 38 de la Ley 14/91 no implica su derogación o inaplicabilidad; implica desconocimiento flagrante de la disposición legal e imposición del arbitrio administrativo sobre la voluntad del legislador para dejar sujeto al mismo el desarrollo de la licitación e invertir así el orden jurídico, que supone la subordinación del pliego de condiciones a la ley.

Salvamento de Voto del Consejero: Dr. Jaime Paredes Tamayo.— Santafé de Bogotá, D.C. dos (2) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Radicación No. 611.
Referencia: Contrato No. 2829 celebrado entre INRAVISION y la firma CARACOL TELEVISION.

Del contrato de la referencia hace parte integrante, según constancia expresada de la cláusula vigésima segunda, el pliego de condiciones de la licitación, cuyos capítulos V B1 y F y V1 A contienen una prohibición rotun-

da de licitar programas de opinión e informativo noticiero. Prohibición que contraría necesariamente lo dispuesto por el artículo 38, parágrafo, de la Ley 14 de 1991.

Solicitada aclaración al respecto al Consejo Nacional de Televisión, que adoptó dicho pliego, como también sobre las previsiones de los Decretos 916 y 1266 de 1991, "este último expedido tan solo setenta y dos horas antes de la apertura de la licitación...", el Consejo contestó que las normas de la ley y decretos citados y las del pliego de condiciones"... se integran, complementan e interpretan armónicamente y se ajusta cada una a la legislación superior a que están subordinadas".

No pudo, pues, aclararse como ahora se evidencia, la contradicción del Decreto 1266 de 1991 y la del pliego de condiciones con la Ley 14 de 1991, puesto que el Decreto no se subordinó a la ley y el pliego se atuvo a la disposición del Decreto para desconocer de plano aquélla.

En estas condiciones, la expedición del Decreto 1266 y la adopción del pliego en armonía con éste, resultaron extrañas a los principios y objetivos de la ley 14 de 1991, dentro de los cuales debía contratarse la explotación de la televisión, y otorgadas las concesiones, fuera de los términos que dicha ley y sus normas concordantes determinan.

Al procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual están incorporadas unilateralmente los actos, hechos y reglamentos de la administración, en natural subordinación al régimen del respectivo sector administrativo y dentro del marco mismo que las normas orgánicas señalen para el ejercicio de la actividad del ente contratante.

Así, dentro del pliego de condiciones de la licitación que ordenó abrir la Resolución del Director Ejecutivo de Inravisión, No. 1270 de 23 de abril de 1991, de conformidad con los artículos 1o., 9o. aparte e) y 39 de la Ley 14 de 1991, debió consignarse expresamente la posibilidad de presentar propuestas para la programación de noticieros y de programas de opinión, porque la ley 14 de 1991 permite, por excepción, ser concesionaria de unos y otros a la misma empresa, sin sujeción al porcentaje mínimo señalado en el artículo 38. Y porque sólo así quedaban especificados los términos de la excepción, con la identificación de los espacios ofrecidos y su clasificación, como lo prescribe el numeral 2o. del artículo 30 del Decreto Ley 222 de 1983, a cuyo cumplimiento estaba sujeta la elaboración del pliego, por mandato expreso del Decreto 1266 de 1991.

Contra las condiciones que la ley tenía señaladas, que son las que el pliego podía ofrecer, aunque incluyó programas de carácter informativo en las modalidades noticiero y opinión, sólo exceptuó de la aplicación del porcentaje *mínimo* señalado en el artículo 38, la concesión de espacios para in-

formativos noticieros (V–B-1 y VI–A-1.5); prohibió al proponente de dicho espacio presentar otras propuestas (V–F) y previno dentro de los criterios de evaluación y adjudicación (VI–A–1.1.1) que "los espacios para programas de carácter informativo, modalidad opinión, se adjudicarán a los proponentes distintos de informativo noticiero. A su vez, los de mejor clasificación según el horario a quienes tengan menor número de espacios, siempre que tengan derecho a programas de opinión".

Este tipo de licencias, inadmisibles dentro de la concepción unitaria de la operación administrativa contractual, circunscribió al arbitrio del Consejo Nacional de Televisión, las facultades y poderes del organismo encargado de hacer la licitación, o sea, alteró los términos de su competencia y los redujo a los medios del pliego, cuyas condiciones perdieron así su carácter vinculante y obligatorio, aún para la misma administración.

Y como las condiciones del pliego son elementos integrantes del contrato, en cuanto señalan su naturaleza y modalidades, las obligaciones generales de las partes y el alcance completo de la licitación, cuando el contenido del pliego contraviene la ley, o disposición de carácter general a la cual está subordinado, mal puede resultar ajustada a ella la celebración del contrato, si la ley del contrato fue otra, si la licitación fue un acto reglado por un pliego contrario a la ley.

Como el contrato de concesión de espacio de televisión no se ajusta a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre particulares, sino que su formación está sometida al procedimiento de licitación, el contrato que se celebre como resultado de tal procedimiento debe corresponder, en su naturaleza y condiciones a las señaladas en el respectivo pliego, conforme al régimen de derecho público que regula el contrato.

El artículo 38 de la Ley 14 de 1991 rige la licitación de contratos de concesión de espacios de televisión, así el pliego de condiciones no lo incluya y su aplicación resulta imperativa por su propia fuerza derivada de la jerarquía de la norma.

La inclusión de condiciones que contradicen dicha disposición no implica su derogación o inaplicabilidad; implica desconocimiento flagrante de la disposición legal e imposición del arbitrio administrativo sobre la voluntad del legislador para dejar sujeto al mismo el desarrollo de la licitación e invertir así el orden jurídico, que supone la subordinación del pliego de condiciones a la ley.

Ninguna condición del pliego puede subsistir individualmente, dada la naturaleza unitaria del mismo y por tanto la incluida en contravención a la ley lo afecta de manera integral, no separable para determinados afectos ni respecto de determinados oferentes, individualmente.

Incumplida por Inravisión la obligación de respetar las reglas del mecanismo licitatorio, puede la Sala de Consulta, advertido el incumplimiento, y motivada en él, declarar no ajustado a la ley el contrato que incorpora el pliego afectado, más no cohenestar con su silencio o exégesis ya desechada los resultados de una actuación signada por su desacierto.

Del régimen de concesión señalado por la Ley 14 de 1991 derivan la posibilidad de una empresa concesionaria de espacios para la programación de noticieros de ser concesionaria de espacios para programas informativos y de opinión y la imposibilidad de aplicarle el porcentaje mínimo señalado en el artículo 38 de tal ley sobre el total de horas dadas en concesión.

Dicha posibilidad surge de la propuesta de la empresa para ser concesionaria de noticiero y de programas informativos y de opinión, sin que la concesión se limite al 7.5% del total de horas dadas en la respectiva cadena.

En opinión de la mayoría, no opera la aplicabilidad de otro porcentaje para la adjudicación de espacios porque la propuesta debe limitarse a la presentación de noticieros y una vez aceptada, podrá proponerse por el nuevo concesionario la presentación de programas informativos y de opinión, si hubiere espacios de tal modalidad por conceder.

Pero la realidad contractual contradice la opinión mayoritaria porque la adjudicación del total de horas ofrecidas en concesión comprendió doce programas de "opinión y variedades", a tono con lo dispuesto por el pliego de condiciones, según el cual "los espacios para programas de carácter informativo modalidad opinión, se adjudicarán a los proponentes distintos de informativo noticiero".

Y como dicha disposición del pliego de condiciones contradijo el parágrafo del artículo 38 de la ley 14 de 1991, la opinión de la mayoría resulta comprometida también en la violación ostensible y manifiesta de tal mandato legal.

Nada significó la suspensión provisional del pliego de condiciones en cuanto prohibe lo que la ley permite: que una misma empresa sea concesionaria de programas informativos y de opinión, de una parte, y de noticieros, de otra. Porque valieron más las elaboraciones interpretativas y las hipótesis *ad-hoc* que la elemental aplicación de la ley. Y sobre esta prevaleció la aplicación del pliego que la contradice. Como si la aplicación de los principios de la ley 14 de 1991 y la ejecución de los fines del servicio no fuera compatible con la aplicación del parágrafo del artículo 38 de la misma ley. Y como si, por hipótesis, la previsión del artículo 39, numeral 3o. inciso 2o., sobre terminación del contrato, pudiera asimilarse a la del parágrafo del artículo 38, sobre porcentajes de horas ofrecidas en concesión y sobre la aplicabilidad del mínimo señalado a las empresas proponentes de noticieros y de programas de opinión.

En consecuencia, habiendo contravenido el pliego de la licitación el artículo 38, parágrafo, de la Ley 14 de 1991 y alterado los alcances de tal acto, con las condiciones establecidas por los capítulos V–B y F y VI A1.1.1 y 1.5 no puede corresponder el contrato revisado al régimen de concesión de la prestación del servicio de televisión, señalado por el artículo 37 de la ley citada.

Y no puede la Sala de Consulta reconocer individualidad y autonomía jurídica a ningún vínculo surgido de la licitación, porque como acto único quedó afectado por su origen en el pliego que la rigió y en sus efectos quedaron implicados los derechos de cada proponente, además de los excluidos o eventuales.

Las consideraciones anteriores fueron aducidas para declarar no ajustado a la ley el contrato que es materia de revisión.

Jaime Paredes Tamayo.

CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION/PLIEGO DE CONDICIONES/REVISION DE CONTRATOS (Salvamento de Voto)

La prohibición que contiene el pliego de condiciones contraría de manera ostensible y categórica la Ley 14/91, artículo 38 parágrafo. Las restricciones a los proponentes para espacios de informativos noticieros, de no poder participar en Espacios de Opinión son claramente contrarios a la citada ley.
Como el contrato es consecuencia del procedimiento de la licitación, debe ajustarse al pliego de condiciones, y al aparecer limitaciones que no existen en la ley, mal podría declararse legal un acto administrativo que la contraría de manera manifiesta y ostesible.

SALVAMENTO DE VOTO

Referencia: Radicación No. 611. Contrato de Concesión de Espacios de Televisión No. 2829-91, celebrado entre Inravisión y Caracol Televisión S.A.

Me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala y considero que se debió declarar no ajustado a la ley el presente contrato por las siguientes razones:

1.– De conformidad con el concepto de esta Sala de mayo 17 de 1967, la Licitación Pública es un procedimiento impuesto por la Ley a la autoridad administrativa, para celebrar ciertos contratos, en consideración a su naturaleza o su cuantía. En el proceso administrativo, para contratar por este sistema de licitación el acuerdo de voluntades se establece con relación a la oferta o llamamiento a contratar mediante el pliego de condiciones.

El pliego de condiciones en el concurso público tiene como fin jurídico el señalar las obligaciones generales de las partes en el contrato proyectado, o sea que el contrato que se celebre como resultado de la licitación cuya fuente es el pliego de condiciones, es su mismo desarrollo, de tal manera que, si el pliego de condiciones es violatorio de una norma legal, el contrato nace viciado de ilegalidad.

El pliego de condiciones es un todo y debe garantizar la igualdad de trato de los proponentes. La Resolución que ordena la apertura de la licitación pública, que es un acto administrativo, constituye con el pliego de condiciones, que es otro acto administrativo, una unidad jurídica comprensiva del proceso licitatorio en todos sus alcances y diversidades. Dicha unidad se rompe cuando al pliego se le introducen adiciones o limitaciones que no existen en la ley. El pliego tiene que estar en su integridad sujeto y en armonía con la ley y así quede ajustado a ésta el contrato.

2.– La ley 14 del 29 de enero de 1991 "Estatuto sobre Televisión", en su artículo 38, parágrafo, dispone:

"... **Concesionario.** Inravisión dará en concesión la programación de las cadenas distintas del Canal de Interés Público a concesionarios, sin que a ninguno de ellos se les pueda adjudicar más del (2.5%) ni menos del siete y medio por ciento (7.5%) del total de horas dadas en concesión en la respectiva cadena. Quien sea concesionario en una cadena no podrá serlo en otra, ni directamente ni por interpuesta persona.

PARAGRAFO.– Las empresas concesionarias de espacios para la programación de noticieros no podrán serlo de espacios para otra clase de programas, excepto *informativos y de opinión,* y no les será aplicado el porcentaje mínimo señalado en este artículo".

El *pliego de condiciones,* capítulo VI A, establece:

A. CRITERIOS DE EVALUACION Y ADJUDICACION.

... Los espacios para programas de carácter informativo, modalidad opinión, se adjudicarán a los proponentes distintos de *informativo noticiero.*

A su vez, los de mejor clasificación según el horario, a quienes tengan menor número de espacios, siempre que tengan derecho a programas de opinión...".

Capítulo V. Literal F.

"El mismo proponente no podrá presentar propuestas para licitar informativo noticiero y para el resto de los caracteres de la programación.

3.– Como se observa, la prohibición que contiene el pliego de condiciones contraría de manera ostensible y categórica la Ley 14 de 1991, artículo 38, parágrafo. Las restricciones a los proponentes para espacios de Informativos Noticieros, de no poder participar en Espacios de Opinión son claramente contrarios a la citada ley.

Fue solicitada aclaración al Consejo Nacional de Televisión, para qué especificara a cuál de las cuatro normas deberían ajustarse: al texto de la ley 14, a las disposiciones del Decreto 916, a las del Decreto 1266, o al texto del pliego de licitaciones? El Consejo contestó... "Las cuatro normas se integran, completamente e interpretan armónicamente y se ajusta cada una a la legislación superior a que están subordinadas".

En conclusión, no se aclaró la contradicción que aparece con evidencia y el pliego de condiciones no se subordinó a la ley 14 de 1991.

4.– De otra parte, el Decreto 1266 de mayo 17 de 1991, reglamentario de la ley 14 de 1991, en su artículo 6o. preceptúa:

"... De conformidad con el artículo 3o. de la ley 14 de 1991, al asignar los espacios para programas de carácter informativo, modalidad de opinión, el Consejo Nacional de Televisión *procurará adjudicarlos a proponentes distintos de informativo noticiero.* A su vez los de mejor clasificación según el horario a quienes tengan menor número de espacios, siempre que tengan derecho a programas informativos de opinión".

Podría decirse que el aparte analizado del Pliego de Condiciones está ajustado a dicho decreto, pero como éste es claramente restrictivo del artículo 38, parágrafo, de la Ley 14 de 1991, resulta notoriamente contrario a la ley reglamentada, que es prevalente, con la consecuencia de ser inaplicable según la jerarquía de la normatividad jurídica.

Así las cosas, como el contrato es consecuencia del procedimiento de la licitación, debe adjuntarse al pliego de condiciones, y al aparecer limitaciones que no existen en la ley, mal podría declararse legal un acto administrativo que la contraría de manera manifiesta y ostensible. Existe una ilegal limita-

ción para los proponentes de Noticieros en el sentido de impedirles participar en espacios de opinión, y ello, dispuesto en el pliego de condiciones produce el efecto de que los contratos de la licitación no estén ajustados a la ley.

Jaime Betancur Cuartas.

SECCION

PRIMERA

ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/SUSTRACCION DE MATERIA

Haciéndose consistir el restablecimiento del derecho, en forma exclusiva, en la autorización que se impartiere para que el actor ingrese nuevamente al país, y habiéndose producido su muerte, resultaría no sólo jurídica sino materialmente imposible que tal restablecimiento, que por tener el carácter de personal e intuitu personae, pudiere concretarse en la realidad. También es evidente que el citado restablecimiento no tiene un contenido patrimonial, de tal forma que sus efectos no podrían, por su propia naturaleza, hacerse extensivos a sus causahabientes. Tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, la tesis de la sustracción de materia, sostenida por la Sala Plena de la Corporación, no puede aplicarse con tal rigorismo, dado que, en casos como el que se analiza, la posible nulidad y restablecimiento del derecho presentan un carácter tan personal y exclusivo en relación con el actor, que la desaparición de este último conlleva necesariamente a una sustracción de materia frente al objetivo del proceso, que no amerita un fallo de fondo.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., cuatro (4) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 632. Actor: Mauricio Litman Celen.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurado

por el extranjero Mauricio Litman Celen, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del C.C.A., contra la Resolución No. 2852 de 25 de marzo de 1987, proferida por la Jefatura de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad, a fin de obtener la nulidad y el restablecimiento del derecho violado con dicho acto, el cual se traduce en "... permitir el reingreso del ciudadano MAURICIO LITMAN CELEN, al Territorio Nacional".

I.– ANTECEDENTES

a.– El acto acusado

Por medio del acto acusado, el Departamento Administrativo de Seguridad –D.A.S.–, a través de la Jefatura de la División de Extranjería, adoptó la decisión de deportar del Territorio Nacional al señor Mauricio Litman Celen (fls. 74 y 75).

b.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por los conceptos que de su violación expone en el correspondiente acápite de la demanda (fls. 52 a 54).

1.– Constitución Política: Artículos 26, 27 y 28.

2.– Decreto Ley 01 de 1984: Artículos 35 y 36.

3.– Código de Régimen Político y Municipal: Artículo 310.

4.– Ley 58 de 1982: Artículo 5o.

c.– Razones de la defensa.

En su contestación de la demanda, la parte demandada expone las razones que le asisten en defensa de la legalidad del acto acusado y solicita se denieguen las súplicas de la demanda (fls. 87 a 92).

d.– La actuación surtida.

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

Por auto de 27 de noviembre de 1987 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 78 y 79).

Mediante providencia visible a folio 95 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes.

Dentro del término para alegar de conclusión, ninguna de las partes hizo uso de este dereecho.

Luego de surtido el traslado al Agente del Ministerio Público y de conformidad con el artículo 169 del C.C.A., por autos visibles a folios 162, 163 y 173 se ordenó oficiar a los Juzgados Primero Superior del Circuito de Cali, 11 y 27 de Instrucción Criminal radicado en la misma ciudad y a la Dirección Nacional de Instrucción Criminal para que informasen del estado de los procesos en contra del señor Mauricio Litman Celen.

A folio 174 se encuentra el oficio No. 0242 de febrero 18 de 1991, suscrito por la Juez Once de Instrucción Criminal radicada en Cali, en el cual se informa sobre el estado de las investigaciones adelantadas por ese Despacho en contra del señor Mauricio Litman Celen.

II.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera ajustado a derecho el acto acusado, por las razones que expresa a folios 155 a 160.

III.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como se expresó al comienzo de esta providencia, la parte actora solicita que como consecuencia de la nulidad del acto acusado, y a título de restablecimiento del derecho, se autorice el reingreso al territorio nacional del señor Mauricio Litman Celen.

Igualmente, como se dejó consignado en el acápite "La actuación surtida", el Juzgado Once de Instrucción Criminal, radicado en Cali, suministró la siguiente información en el Oficio No. 0242 de 18 de febrero de 1991:

> "Referente a su oficio No. 010 de enero 14 del presente año, comedidamente me permito informarle que este Despacho adelantó dos investigaciones contra el señor MAURICIO LITMAN CELEN bajo las Partidas Nos. 497 y 586. Dentro del proceso No. 497 donde es denunciante MAURICIO VASQUEZ ZAWASKI, mediante interlocutorio No. 006 del Ex-Magistrado DANIEL SINISTERRA con fecha enero 27 de 1989 se declara extinguida la acción penal por la muerte del Indagado MAURICIO LITMAN CELEN y se archiva el proceso continuando reapertura de Investigación contra el otro sindicado señor JORGE HUMBERTO CASTAÑO.

"En el Proceso No. 586, mediante Interlocutorio No. 006 de diciembre 20 de 1989 se declara extinguida la acción penal por muerte del Indagado y en consecuencia se ordena el Cese de todo procedimiento a seguir a favor de MAURICIO LITMAN CELEN conforme los artículos 76 del Código Penal y 34 del C. de P. Penal. En enero 10 de 1990 se archiva el proceso".

El anterior oficio demuestra que se produjo la muerte del actor en este proceso por cuanto reviste el carácter de documento público al tenor de lo dispuesto por el artículo 251 del C. de P.C. y tiene el alcance probatorio que le otorga el artículo 264 ibídem.

El artículo 85 del C.C.A., que consagra la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, contempla la facultad que tiene toda persona que se considere lesionada en un derecho amparado por norma jurídica, para pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y que se le restablezca en su derecho. De acuerdo con esta norma el accionante tiene la facultad de solicitar exclusivamente la nulidad del acto y abstenerse de demandar el restablecimiento del derecho, por considerar que la sola decisión anulatoria acarrea, automáticamente, dicho restablecimiento. Pero, aparte de lo anterior, el accionante tiene también la facultad de solicitar la nulidad del acto y, parejamente con ella, y como consecuencia de la misma, pedir el restablecimiento de los derechos por él conculcados.

En el caso *sub judice* se tiene que frente a las dos alternativas que plantea el artículo 85 del C.C.A., la parte actora optó por la segunda que se dejó reseñada en el párrafo que antecede. En consecuencia, ha de entenderse que la petición de nulidad del acto y el restablecimiento del derecho, en la forma que ha sido solicitado en la demanda, guardan una absoluta dependencia y se encuentran de tal forma indisolublemente ligados, que frente al hecho de la muerte de la parte actora, de que da cuenta el Juzgado Once de Instrucción Criminal radicado en Cali, la decisión anulatoria o desestimatoria de las pretensiones de la demanda resultaría insubstancial e inocua.

En efecto, haciéndose consistir el restablecimiento del derecho, en forma exclusiva, en la autorización que se impartiere para que el señor Mauricio Litman Celen ingrese nuevamente al país, y habiéndose producido su muerte, resultaría no sólo jurídica sino materialmente imposible que tal restablecimiento, por tener el carácter de personal e *intuitu personae*, pudiere concretarse en la realidad. También es evidente que el citado restablecimiento no tiene un contenido patrimonial, de tal forma que sus efectos no podrían, por su propia naturaleza, hacerse extensivos a sus causahabientes.

Además de lo anterior, la Sala considera que si bien la jurisprudencia de la Corporación ha establecido que la sustracción de materia no conlleva pronunciamiento inhibitorio, esta posición se refiere fundamentalmente a

las acciones públicas de nulidad, cuyo fin primordial es el mantenimiento del orden jurídico en abstracto y dado el carácter retroactivo de las sentencias de nulidad y la posible incidencia que dicha nulidad pueda tener en relación con situaciones individuales creadas bajo la vigencia del acto anulado (Véase sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 14 de enero de 1991. Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla. Actor: Robert Bruce Raisbeck. Expediente S–157.

Pero en tratándose de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, cuya finalidad fundamental es la defensa del interés individual, la tesis arriba expuesta no puede aplicarse con tal rigorismo, dado que, en casos como el que se analiza, como ya quedó establecido, la posible nulidad y restablecimiento del derecho presentan un carácter tan personal y exclusivo en relación con el actor, que la desaparición de este último conlleva, necesariamente, una sustracción de materia frente al objetivo del proceso, que no amerita un fallo de fondo.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala estima que en el presente caso se impone dictar un fallo inhibitorio.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

Primero.– Declárase inhibida la Corporación para fallar de fondo este proceso, con fundamento en las consideraciones expresadas en la parte motiva.

Segundo.– En firme esta providencia, 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 tres de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

MONOPOLIO DE LICORES/INDEMNIZACION PREVIA/ORDENANZA DE FACULTADES

Por mandato legal las Asambleas Departamentales regularán el monopolio constituido por la producción, introducción y venta de licores destilados y la misma Duma autoriza al Gobernador para el ejercicio de esta función. Tal regulación debe hacerse de conformidad con la Constitución y la ley. Dentro de tal regulación debe incluirse o contemplarse necesariamente la indemnización previa y plena respecto de las personas que en virtud del monopolio puedan verse privadas de una actividad lícita. La indemnización debe preverse y regularse en la ordenanza que establezca o autorice el monopolio.

CONFIRMA LA NULIDAD de la Ordenanza No. 12 de 1988 (noviembre 30) y del Decreto No. 154 de 1989 (abril 19), expedidos por la Asamblea Departamental y el Gobernador del Departamento del Caquetá, respectivamente.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1622. Actora: Consuelo Chavarro Garzón.— Asuntos Departamentales.

Mediante apoderado judicial, el Departamento del Caquetá ha interpuesto, ante esta Corporación, recurso de apelación contra la sentencia del

18 de septiembre de 1990, mediante la cual el Tribunal Administrativo de ese Departamento declaró la nulidad de la Ordenanza No. 12 del 30 de noviembre de 1988 y del Decreto No. 154 del 19 de abril de 1989, emitidos, a su turno, por la Asamblea Departamental y por el Gobernador.

LO DEMANDADO.

La accionante solicita la nulidad de los siguientes actos:

a.– La Ordenanza No. 012 del 30 de noviembre de 1988 de la Asamblea Departamental del Caquetá, por medio de la cual se faculta *pro-tempore* al señor Gobernador para regular lo atinente a la producción, introducción y distribución de los licores destilados nacionales y extranjeros.

b.– El Decreto No. 154 del 19 de abril de 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Caquetá, por el cual se ejercen las facultades otorgadas por la Ordenanza No. 12 del 30 de noviembre de 1988, para regular lo atinente a la producción, introducción y venta de licores destilados nacionales y extranjeros.

HECHOS FUNDAMENTALES DE LA ACCION

Pueden sintetizarse así:

a) Dentro del régimen de la Ley 4a. de 1913, el Caquetá, por no tener la categoría de departamento, no tenía establecido el privilegio rentístico del Monopolio, por lo que allí, los licores y los vinos se introducían, distribuían y se vendían sujetos al pago del impuesto de consumo.

b) Una vez creado el Departamento del Caquetá, la Asamblea decidió establecer el monopolio mediante la Ordenanza No. 8 del 21 de noviembre de 1985, la que fue, primero suspendida provisionalmente y luego anulada por el Tribunal Administrativo de la mencionada entidad territorial en virtud de sentencia fechada el 29 de octubre de 1988, ejecutoriada el 12 de noviembre de ese mismo año.

c) Ante la nulidad precitada el departamento continuó percibiendo los impuestos de consumo, pero a su vez la Asamblea dictó la Ordenanza No. 12 del 30 de noviembre de 1988, por la que facultó al señor Gobernador por el término de noventa (90) días para regular lo atinente a la producción, introducción y distribución de licores destilados nacionales y extranjeros en el Departamento del Caquetá.

d) Sin que dentro de las facultades apareciera la de establecer y regular el monopolio de licores nacionales y extranjeros, como que en la Ordenanza

no figura la palabra *MONOPOLIO*, el Gobernador decidió establecerlo mediante el Decreto 154 del 19 de abril de 1989.

e) La Ordenanza No. 12 de 1988 fue publicada el 8 de febrero de 1889 y desde ese día empezó a regir.

f) El decreto 154 del 19 de abril de 1989, dice que empieza a regir a partir de la fecha de su expedición, sin embargo su vigencia hay que entenderla a partir de su publicación en la Gaceta Departamental, la que ocurrió el 20 de junio de 1989, cuando dicha Gaceta entró en circulación.

g) El Gobierno Nacional envió a los Gobernadores la circular No. 16 de agosto de 1989 en la que les informa que de conformidad con los artículos 61 de la Ley 14 de 1983 y 31 de la Constitución Política "las Ordenanzas que de (sic) dicten constituyendo monopolios sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, debe establecer en forma expresa la indemnización a que tienen derecho aquellas personas que se vean afectadas por el establecimiento de dichos monopolios".

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

En la demanda se citan como violadas las contenidas en los artículos 30, 31, 34, 43, 187 numerales 7 y 10, y 191 de la Constitución Nacional; 61, 62, 63, 65, 66 y 67 de la Ley 14 de 1983 y 1, 5 y 8 de la Ley 57 de 1985.

Al referirse al concepto de la violación dice la actora:

"Los actos demandados violan claras disposiciones superiores".

a) La Ordenanza es contraria al numeral 10 del artículo 187 C.N. que exige precisión en las autorizaciones que la Asamblea le confiere al Gobernador.

b) El Decreto 154 por su parte, decreta sin autorización expresa de la Asamblea, un monopolio; implanta ese privilegio sin disponer la indemnización plena y previa de quienes están ejerciendo las actividades monopolizadas y entra a regir el día de su expedición contradiciendo las reglas de publicidad de los actos administrativos contenidos en la Ley 57 de 1985.

LOS VICIOS DE LA ORDENANZA 12 del 30 DE NOVIEMBRE DE 1988.— Como quedó relatado en los hechos, la Ordenanza faculta al "Gobernador del Caquetá por el término de noventa (90) días para regular lo atinente a la producción, introducción y distribución de licores destilados nacionales y extranjeros en el Departamento del Caquetá". Es un desarrollo de la atribución 10 del artículo 187 de la Constitución Política de Colombia.

Pero ocurre que esta norma fundamental exige la precisión de las funciones que corresponde a las asambleas.

En síntesis, dice la actora que dentro de la normatividad ordenanzal no se habla de establecer un monopolio conforme lo permite el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 61 de la Ley 14 de 1983. Debe pues indicarse en ella (Ordenanza) los temas y elementos propios de regulación del monopolio o privilegio rentístico: a) La voluntad de optar por ese régimen del monopolio mediante la Ley 14 de 1983; b) El decreto de indemnización; c) Los aportes presupuestales para cancelar las indemnizaciones; d) El régimen contractual de la concesión del monopolio; e) Las demás condiciones contenidas en el decreto que implican una política reguladora del monopolio.

LOS VICIOS DEL DECRETO 154 DEL 19 DE ABRIL DE 1989.– Las razones jurídicas que sustentan la impugnación contra el Decreto 154 de 1989 se sintetizan así:

a) Aplica el monopolio de introducción y comercialización de licores sin estar expresamente autorizado para ello por la Asamblea Departamental.

b) Decreta el monopolio sin obedecer las normas de la Constitución y la Ley que ordenan la indemnización plena y previa de quienes se encuentran ejerciendo esas lícitas actividades y sin ordenar los aportes presupuestales destinados a estos fines. De tal manera la aplicación del monopolio es una expropiación sin indemnización y la derogación del derecho a la libre empresa e iniciativa privada en contradicción con las prescripciones fundamentales.

c) Establece un régimen contractual propio de la Ley.

d) Regula el monopolio de la producción de alcohol potable que la Ley no ha establecido.

e) Dispone en su artículo 8o. que rige a partir de su expedición en franca contradicción con la Ley 57 de 1985.

f) Fue expedido después del vencimiento del término de 90 días que le confirió la ordenanza impugnada.

LA PROVIDENCIA APELADA

En las consideraciones previas al fallo en el que declara la nulidad de los actos demandados, el Tribunal de la primera instancia, al analizar la normatividad que se señala como quebrantada, conceptúa:

"La Asamblea Departamental del Caquetá, con la expedición de la Ordenanza impugnada infringió la preceptiva Constitucional descrita en

el Art. 187 numeral 10 y 31 C.N.", y que "De su contenido tanto de la Ordenanza como lo expuso la actora, no hay precisión o determinación concreta y no tácita sobre el objeto de la autorización temporal al Ejecutivo Departamental para regular lo concerniente al MONOPOLIO tal lo prescribe la norma en comento" (la transcripción es fiel a la redacción original).

"Asímismo se observa que según la norma Constitucional (Art. 31 C. N.) ha debido la Asamblea, determinar en forma expresa la indemnización a quienes se privarán (sic) del ejercicio de esos derechos: indemnización que no aparece dentro de la Ordenanza toda vez que la indemnización es un gasto y los gastos solamente los fija la Asamblea Departamental (Art. 207 C.N.), y deben estar incluidos en el presupuesto de gastos (art. 206 C.N.).

"También la Ordenanza objeto de *litis* quebrantó las normas legales, pues de la simple lectura se observa:

"a) Que se apartó, o desconoció el Art. 61 C.R.D., en desarrollo del Art. 31 C.N., deben (sic) expresamente determinar si opta por el monopolio o por gravar esas industrias y actividades, esto es –impuesto de consumo–. La Ordenanza calla al respecto".

"b) Desconoció el espíritu de la Ley 14 de 1983, que en su Art. 63 así como el Decreto 1222/86 Art. 123 C.R.D. determina que en desarrollo del monopolio los departamentos podrán celebrar contratos de intercambio con personas de derecho público o de derecho privado y todo tipo de convenios que dentro de las normas de contratación, lo cual no se estableció en la Ordenanza aludida".

Al hacer el análisis de la otra norma demandada, el Decreto No. 154 de abril 19 de 1989, dice así la providencia recurrida:

"Referente al Decreto 154 de abril 19/89 expedido por el Ejecutivo Departamental no sólo infringió el Art. 31 C.N. al decretar el monopolio sin indemnización, sino además decretó en su artículo 5, el monopolio del alcohol potable sin existir normatividad jurídica que establezca el monopolio de alcohol potable. Pues la Ley 83 de 1925 en su Artículo 11 reza:

""Autorízase a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable. Estos productos no podrán tener un precio mayor de 30 centavos ($0.30) por litro".

"Entendiéndose por alcohol impotable el definido en la Ley 84/16 art. 1o., el cual dice: "Decláranse libres en el territorio de la República la

producción y el comercio del *alcohol desnaturalizado industrial o impotable,* por el cual se entiende:...".

"De la simple lectura se determina que no hay ley que crea monopolio de alcohol potable. Por consiguiente con la expedición del ya citado decreto se legisló al respecto invadiendo competencia del órgano legislativo del Estado.

"Violándose la normatividad legal Art. 61 y 63 de la Ley 14/83. Decreto 1222/86 Art. 121 y 123.

"Asimismo determina un régimen contractual sin estar previamente autorizado y pretermitiendo la Ley".

El Tribunal hace igualmente referencia a algunas irregularidades relativas a la publicación del decreto *sub-judice,* "conforme se expuso en el acápite de pruebas allegadas al proceso".

"La publicación fue extemporánea, así tenga fecha de expedición de abril 19/89, solamente la Gaceta Departamental correspondiente a marzo y abril del 89 se publicó el 20 de julio de 1989, que contando los 90 días conferido por la ordenanza, que rigió a partir del 8 de febrero, nos da el 3 de junio de 1989 (folios 43, 46 y 61), en consecuencia ya había precluido el término otorgado al ejecutivo departamental, y por ende extemporánea la publicación al tenor de la Ley 57 de 1985".

LA APELACION

El apoderado judicial del señor Gobernador del Departamento del Caquetá, en memorial presentado dentro de la oportunidad procesal, ha apelado la sentencia del Tribunal y se ha pronunciado sobre cada uno de los cuatro argumentos expuestos en la demanda contra los actos administrativos acusados, esto es, la extemporaneidad, la falsa motivación, el "monopolio" y la "no indemnización".

Sobre la extemporaneidad del Decreto 154 de 1989 expedido por el Gobernador del Caquetá, manifiesta su oposición con estas palabras:

"1.– La ordenanza número 12 del 30 de noviembre entró a regir a partir del día 8 de febrero de 1989, según certificación expedida por la Oficina de Información y Prensa, una vez hecha su publicación.

"2.– El Decreto 154 fue expedido el 19 de abril de 1989 y expresa en su artículo octavo "Este Decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

"El término concedido al señor Gobernador por la Honorable Asamblea para regular lo concerniente a la producción, introducción y distribución de licores fue de noventa (90) días.

"Si dicha Ordenanza empezó a regir el día de su publicación (febrero 8 de 1988) y el decreto fue expedido el 19 de abril de 1989 no se entiende por qué en las consideraciones previas al fallo los Honorables Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo conceptuaron acerca de la Extemporaneidad (sic) del Decreto, pues éste empezó a regir *"a partir de la fecha de su expedición"*. (el subrayado es mío).

"Por otra parte las facultades otorgadas al señor gobernador por la Honorable Asamblea se dieron para que se *profiriera* un decreto reglamentando la producción, introducción y distribución de licores y efectivamente tal procedimiento se llevó a cabo".

Aludiendo a la interpretación del Tribunal en el sentido de que la no inclusión del término "monopolio", fue suficiente para considerar que se habían violado tanto el artículo 31 de la Constitución Nacional como el 62 del Código de Régimen Departamental y la Ley 14 de 1983, entre otros, se remite el apelante a lo que al respecto manifiesta el Agente del Ministerio Público cuando en su concepto, previo a la sentencia, dice:

"Si bien la falta de consignar expresamente en la Ordenanza número 12 la palabra "monopolio", da lugar a interpretaciones como la que hace la actora en forma acuciosa, no por ello puede afirmarse que sea inconstitucional o ilegal, porque no se violó abiertamente el numeral 10o. del artículo 187 de la Constitución Nacional, pues la autorización sí precisa las funciones conferidas al señor Gobernador".

Finalmente, en cuanto al cargo de "no indemnización", el representante del Gobierno del Caquetá, manifiesta:

"La indemnización ordenada en el artículo 31 de la Constitución Nacional, no es presupuesto de legalidad del Acto Administrativo sino una obligación de resarcimiento a quienes tuvieren derecho. El que no se hubiera estipulado expresamente en el texto del Decreto 154 de 1989 la obligación de indemnizar a quien o quienes pudieran haberse perjudicado con el establecimiento del monopolio, no significa que el Departamento no hubiera asumido tal obligación.

"La indemnización se habría producido si hubiera habido perjudicados con la regulación del monopolio pero ni existe (sic) pruebas de la distribución por parte de los particulares ni de la privación del ejercicio de tal distribución".

Admitido que fue el recurso de apelación y corrido el traslado de ley a las partes para la presentación de los alegatos de conclusión, éstas se hicieron presentes en el proceso con sus respectivos memoriales a los cuales se hará la debida referencia dentro de esta providencia en las consideraciones previas a la decisión.

LA VISTA FISCAL

En las consideraciones aportadas por la señora Fiscal Primera ante el Consejo de Estado, en las que concluye que la sentencia apelada debe ser revocada, explica así su pedimento:

> "... sí podía la Asamblea del Departamento del Caquetá facultar al gobernador de dicho Departamento, por el término de noventa días, para "regular lo atinente a la Producción, Introducción y Distribución de licores destilados, Nacionales y Extranjeros..." en la forma como lo hizo, sin que quepa exigir mayor precisión, ya que por los estrictos cauces de la ley apenas le quedaba al funcionario la posibilidad de optar por una de las alternativas previstas es decir, por el monopolio o por el gravamen, en cada una de las actividades indicadas.
>
> "La autorización para que sea operante supone un desplazamiento de la facultad de una autoridad a otra y por ello, en aras de la precisión, no puede ser tan detallada que prácticamente se suplante al autorizado. (...).
>
> "Respecto de los monopolios de producción y venta del alcohol potable e impotable, el Decreto acusado no resuelve nada nuevo, Simplemente se remite, en el artículo quinto, al Código de Rentas del Departamento y normas posteriores.
>
> "De tal manera que, sustancialmente, los actos acusados se ajustan a las normas vigentes".

En lo que hace referencia a la sindicación que se hace a los actos acusados en cuanto no previeron la indemnización prescrita en el artículo 31 de la Constitución Nacional, la representante del Ministerio Público le da validez a los argumentos de la parte apelante.

Se refiere finalmente la señora Fiscal al argumento de la extemporaneidad del decreto para asegurar que "es forzoso concluir que fue proferido dentro del término de facultades", concluyendo:

> "La circunstancia de que la publicación del mismo haya sido posterior sólo incide en la fecha de iniciación de su vigencia, que de acuerdo con los artículos 8 de la Ley 57 de 1985 y 333 del Código de Régimen De-

partamental es después de la fecha de su publicación, pero no le resta validez al acto administrativo emitido oportunamente".

CONSIDERA LA SALA:

Bajo el título "EL CONCEPTO DE LA VIOLACION", se expone en la demanda (folio 11) el siguiente exordio:

"Los actos demandados violan claras disposiciones superiores:

"1) La ordenanza es contraria al numeral 10o. del artículo 189 (sic) de la Constitución que exige *precisión* en las autorizaciones que la Asamblea le confiera al Gobernador. 2) El Decreto 154, por su parte, decreta sin autorización expresa de la Asamblea, un monopolio; implanta ese privilegio sin disponer la indemnización plena y previa de quienes estén ejerciendo las actividades monopolizadas y entra a regir el día de su expedición contradiciendo las reglas de publicidad de los actos administrativos contenidas en la Ley 57 de 1989 (sic)"'

Dada la *imprecisión* de las normas citadas por la actora, se hace necesario aclarar, por comparación referencial, que parece hacerse relación más bien al artículo 187 de la Carta (vigente en esa época) y a la Ley 57 de 1985.

Dos son los actos administrativos cuya nulidad solicita el actor:

a) La Ordenanza número 012 de 1988.

La Asamblea Departamental del Caquetá emitió, el 30 de noviembre de 1988 una ordenanza con un fin exclusivo: Facultar al Gobernador para regular lo atinente a la Producción, Introducción y Distribución de Licores destilados Nacionales y Extranjeros en el Departamento del Caquetá.

A fin de resaltar con mayor precisión el objetivo de la disposición del ente departamental, se transcribe el texto en su integridad:

"LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL CAQUETA, en uso de sus facultades legales, ORDENA:

"ARTICULO PRIMERO.– Facúltese (sic) al señor Gobernador del Caquetá por el término de noventa (90) días para regular lo atinente a la Producción, Introducción y Distribución de Licores destilados Nacionales y Extranjeros en el Departamento del Caquetá.

"ARTICULO SEGUNDO.– La presente Ordenanza rige a partir de la fecha de su publicación.

"CUMPLASE.

"Dada en el salón de sesiones...".

Por su parte, la Ley 14 de 1983 le había señalado a las Asambleas Departamentales la facultad de la que se está haciendo uso en la disposición transcrita. Ello se infiere del texto contenido en el inciso primero del artículo 61, Capítulo VI:

> "La producción, introducción y venta de licores destilados constituyen monopolios de los departamentos como arbitrio rentístico en los términos del artículo 31 de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, las Asambleas Departamentales regularán el monopolio o gravarán esas industrias y actividades, si el monopolio no conviene, conforme a lo dispuesto en esta ley".

Y, el artículo 187 de la Constitución de 1886, vigente al momento de producirse el acto cuestionado, al contemplar lo que corresponde a las Asambleas, por medio de Ordenanzas, determinaba en el numeral 10o.:

> "Autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes departamentales y ejercer, *pro tempore,* precisas funciones de las que corresponden a las asambleas".

Si la Constitución facultaba a las Asambleas Departamentales para autorizar temporalmente al Gobernador a fin de que ejerciera algunas funciones que a ellas correspondían, y si una de esas funciones es, según el artículo 61 de la Ley 14 de 1983, la regulación de las "industrias y actividades" que se refieren a la producción, introducción y venta de licores destilados, la determinación de la Asamblea del Caquetá, cuestionada en la demanda, por este aspecto, no tendría vicios de ilegalidad.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983 las Asambleas Departamentales *regularán* el monopolio constituido por la producción, introducción y venta de licores destilados; y que la misma Duma autoriza al Gobernador para el ejercicio de esta función, concretamente para *regular* lo atinente a dichas actividades en el Departamento del Caquetá (las subrayas no son del texto).

Así las cosas, tal regulación debe hacerse, de conformidad con la Constitución y con la Legislación porque así lo ordena aquélla en su artículo 31 y ésta en el artículo 61 de la Ley 14 de 1983.

Dentro de tal regulación debe entonces incluirse o contemplarse necesariamente la indemnización previa y plena respecto de las personas que en virtud del monopolio puedan verse privadas de una actividad lícita.

Dice, en este sentido clara y categóricamente el artículo 31 de la Constitución de 1886:

"Ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita".

Ahora, la circunstancia de tener que indemnizar previa y plenamente, conlleva la necesidad de regular aspectos relativos a la manera de hacerla efectiva y oportuna, tales como los aportes presupuestales para cancelar las indemnizaciones a que haya lugar, su disponibilidad y el procesamiento para alcanzar su pago.

Como quiera que ni en la Ordenanza 12 de 1988, ni en el Decreto 154 de 1989, actos acusados mediante la presente acción, se previó la indemnización, ni los mecanismos para hacerla efectiva plenamente, éstos, tal como lo consideró el *a-quo*, resultan violatorios de los artículos 31 de la Constitución que nos regía y 61 de la Ley 14 de 1983.

Ahora, la indemnización, según criterio de la Sala, debe preverse y regularse en la Ordenanza que establezca o autorice el monopolio, ya que si se deja tal circunstancia a cargo del Ejecutivo se tendría la imposibilidad, o por lo menos, una gran dificultad para hacerla efectiva como que tal indemnización supone un gasto y éstos necesariamente tienen que ser decretados por la Asamblea y figurar en el presupuesto departamental.

Al efecto expresa el artículo 207 de la Constitución Nacional anterior:

"No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o las municipales, ni transferirse ningún crédito a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto".

A las conclusiones anteriores llega la Sala después de considerar, de acuerdo con el texto del decreto impugnado (artículos 2, 3 y 8) que el Gobernador del Caquetá, desde el momento en que lo expidió le está dando aplicación o mejor, está haciendo efectivo el monopolio.

Dice en lo pertinente el Decreto:

"ARTICULO SEGUNDO: La producción de licores destilados en el territorio departamental corresponde exclusivamente al Departamento a través de su empresa de Licores del Caquetá.

"ARTICULO TERCERO: De conformidad con lo dispuesto por el Decreto 1222 de 1986, las personas de derecho público o de derecho pri-

vado que a partir de la vigencia de este Decreto pretendan introducir y comercializar licores destilados en el Departamento, celebrarán con éste el respectivo convenio o contrato de concesión.

"..... .

"ARTICULO OCTAVO: Este decreto rige a partir de la fecha de su expedición".

Este último artículo, dicho sea de paso, es ilegal, por cuanto contraría lo dispuesto en el artículo 8o. de la Ley 57 de 1985, según el cual los Decretos del Gobernador sólo regirán después de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial. Esta circunstancia, aunque no es suficiente por sí sola, para invalidar la totalidad del acto, ni para considerarlo expedido extemporáneamente, como erróneamente lo cree la parte actora, incide sí, y de qué manera, en su vigencia, la cual precisamente empieza a partir de dicha publicación.

De los ordenamientos del Decreto acusado que se han transcrito se infiere que el momento de la adopción del monopolio y el de su aplicación se confunden en uno solo, de tal manera que no hay lugar para distinguir entre su establecimiento que desde luego corresponde a ley y su puesta en práctica que depende, en este caso, de la administración departamental. He aquí la necesidad de haber previsto, de conformidad con la Constitución y la Ley, la previa indemnización.

La creación de un monopolio cuando verse sobre actividades industriales y comerciales que puedan estar ejerciendo los particulares, si bien es cierto, no puede identificarse con una expropiación, si guarda íntima relación con los principios consagrados en la Carta Política en favor del derecho de propiedad. Esto hace que si bien es cierto la Ley 14 de 1983 y el Decreto 1222 de 1986 establecen el monopolio sobre la producción, destilación y venta de licores, lo hacen en LOS TERMINOS DEL ARTICULO 31 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. Quiere decir lo anterior que si la Asamblea, o en este caso el Gobernador, optan por constituir y aplicar el monopolio, deben indemnizar previamente a quienes tengan establecidos legítimamente industrias o comercios de licores destilados, nacionales o extranjeros.

La indemnización que origina un monopolio, además que a la reparación de un daño, responde al derecho que la Constitución Nacional en su artículo 31 garantiza a toda persona para explotar en forma lícita una industria, una empresa o cualquiera actividad económica que le produzca bienes o servicios y tiende a restablecer el equilibrio si en un momento dado dicho derecho es menoscabado o suspendido intempestivamente por la creación de un arbitrio fiscal.

Y es de suponer que en el caso concreto del Caquetá existieron o existen particulares dedicados a introducir y vender licores nacionales y extranjeros si en cuenta se tiene que el régimen en dicha región, antes de haber sido erigida en departamento, no tenía establecido el monopolio, pues todavía no se habían dictado las normas que se lo permitieran y entonces los licores se distribuían y vendían libremente, sujetos, desde luego al pago del impuesto de consumo. Este régimen continuó hasta la expedición de la ordenanza que nos ocupa, ya que una anterior, la número 8 del 21 de noviembre de 1985, expedida cuando ya se había creado el Departamento del Caquetá, fue primero suspendida provisionalmente y luego declarada nula por el Tribunal Administrativo de dicha sección del país.

Configurada como se encuentra la violación de los artículos 31 de la Constitución Nacional y 61 de la Ley 14 de 1983, no puede menos la Sala que declarar ajustados a derecho los razonamientos del Tribunal de instancia respecto a estos precisos puntos, sin que encuentre necesario hacer referencia otros cuestionamientos que por su poca relevancia jurídica en nada influyen para la decisión que aquí se adopta.

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, y en desacuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Caquetá, con fecha 18 de septiembre de 1990, dentro del proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de octubre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES–Facultades/**PERMISO DE FUNCIONAMIENTO/SOCIEDADES MERCANTILES**–Vigilancia

En las sociedades sometidas al control del Estado, la inspección y vigilancia a cargo de la Superintendencia comprende no solamente el funcionamiento, sino también su formación, hasta el punto de considerarse que son regulares tales sociedades cuando de un lado cuentan con el permiso de funcionamiento, y de otro, se han constituido con la plenitud de las formalidades prescritas en la ley. Una sociedad es irregular cuando, aunque esté constituida por escritura pública registrada, actúa sin permiso de funcionamiento, a pesar de estar obligada a obtenerlo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No.1576. Actor: Gavassa y Cía. Ltda.– Autoridades Nacionales.

Mediante la actuación de un apoderado especial, la sociedad "Gavassa y Cía. Ltda.", domiciliada en Bucaramanga, demanda ante esta Corporación, en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la nulidad de la Resolución BU–SL–0040 de 21 de marzo de 1990, originaria de la Superintenencia de Sociedades, por medio de la cual se concede "un último permiso provisional de funcionamiento" a dicha sociedad.

Como consecuencia de la nulidad solicitada y a manera de restablecimiento del derecho pide el actor se declare que GAVASSA Y CIA. LTDA.,

por haberse constituido inicial y regularmente como anónima y haber recibido de la Superintendencia de Sociedades el permiso exigido por el artículo 9o. de la Ley 58 de 1931, no tiene obligación de repetir nuevamente o renovar la misma calificación de legalidad que hizo para que se le otorgara dicho permiso de funcionamiento.

Los HECHOS de la demanda se sintetizan así:

1o.— Por medio de la escritura 880 del 1o. de mayo de 1947 de la Notaría Primera de Bucaramanga se constituyó la sociedad "Gavassa y Cía. S.A. la cual, como sociedad anónima, estaba sometida al control permanente de la Superintendencia de Sociedades y debió obtener "para empezar a funcionar, permiso especial del Superintendente", como estaba prescrito en el artículo 9o. de la Ley 58 de 1931, permiso especial que, como estaba previsto en el artículo 15 del decreto 2521 de 1950, sólamente podía ser otorgado cuando se comprobara ante el Superintendente que se habían cumplido "Todas las formalidades necesarias para la constitución regular de la sociedad";

2o.— Por medio de la escritura número 384 de 1954 de la misma Notaría, previo permiso de la Superintendencia de Sociedades, Gavassa y Cía. S.A. se transformó en sociedad de responsabilidad limitada y salió del control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades;

3o.— El Jefe de la Sección de la Superintendencia de Sociedades en Bucaramanga informó al Gerente de la sociedad, por medio de oficio fechado el 4 de abril de 1984, que con base en el literal c) del artículo 267 del Código de Comercio, la Superintendencia había sometido a su control y vigilancia permanente a la sociedad y que debía solicitar autorización de ese despacho para que la misma continuara ejerciendo su objeto social, para cuyo efecto debía presentar los documentos que allí se le indicaban.

4o.— La Superintendencia, al acusar recibo de los documentos, le comunica a Gavassa y Cía. Ltda. que "no es procedente acceder a la solicitud de autorización para continuar ejerciendo el objeto social, porque la Sociedad no ha efectuado las reformas a sus estatutos para sujetarlos al Código de Comercio expedido por el Decreto 410 de 1971".

5o.— Para dar cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia la sociedad preparó un proyecto de reforma para someterlo a la consideración tanto de la Superintendencia como de la Asamblea de socios. Esta última aprobó la reforma estatutaria, menos ocho artículos que fueron negados por un grupo minoritario de socios.

6o.— La Superintendencia de Sociedades autorizó elevar a escritura pública la reforma parcial aprobada por la Asamblea de Socios en reunión

extraordinaria del 8 de junio de 1984, acto que se efectuó por medio de la escritura número 864 del 7 de marzo de 1985 de la Notaría Primera de Bucaramanga.

7o.– Cumpliendo instrucciones y órdenes de la Superintendencia, en todas las asambleas ordinarias se ha sometido a la aprobación de las mismas los artículos que, aprobados por la Superintendencia, habían sido negados en la asamblea del 8 de junio de 1984, continuando la negativa de los socios minoritarios.

8o.– El representante legal de la sociedad solicitó a la Superintendencia de Sociedades el permiso de funcionamiento cuando se le comunicó que había quedado nuevamente bajo su control, exponiéndole, con respaldo en el concepto de un profesional, "que no era necesario un nuevo permiso, ya que la sociedad se había constituido como anónima y que la Superintendencia la había declarado legalmente constituida".

9o.– La Superintendencia insiste en que es necesario regularizar los estatutos con la aprobación de los artículos mencionados y otorgarle un nuevo permiso de funcionamiento lo que no ha sido posible. Después de doce (12) permisos provisionales desde enero de 1985 se otorgó el demandado, esto es, el conferido por la Resolución BU–SL–0040 de 21 de marzo de 1990, en el cual se expresa que es el último que se concede, "quedando la sociedad, por lo mismo, expuesta a que la Superintendencia ordene su disolución y liquidación, no obstante ser una sociedad próspera, bien administrada y sin dificultades económicas, que genera más de 150 empleos directos y muchos otros indirectos y de la cual derivan su subsistencia muchas familias, entre otras las de 15 pensionados, y que contribuye al fisco nacional con cuantiosos impuestos".

10o.– Al concedérseles un último permiso de funcionamiento y registrarse en la Cámara de Comercio, este hecho sin precedentes, causa gravísimos perjuicios futuros a la sociedad, pues queda virtualmente excluida de toda posibilidad de crédito bancario y señalada ante el comercio y la industria como persona de alto riesgo.

DE LAS DISPOSICIONES VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor como violadas las siguientes normas superiores: Los artículos 116, 268, 271, 276 y 500 del Código de Comercio y los artículos 30 y 32 del Código Civil.

Manifiesta el actor que en el artículo 268 del Código de Comercio, el permiso de funcionamiento se subordina a la legalidad de la constitución de la sociedad que, en el caso de Gavassa y Cía. S.A., ya fue calificada y decla-

rada por la Superintendencia de Sociedades "en una providencia que quedó en firme y que hoy no se podría alterar ni siquiera por la vía de una revocación directa, sin la aceptación de la sociedad favorecida por esa situación jurídica concreta ya creada. Lo cual quiere decir que el control al cual está hoy sometida la sociedad es un control sobre el mero funcionamiento, que puede y debe ser ejercido por los medios indicados en el artículo 267 del Código de Comercio y demás disposiciones legales pertinentes". Dice además que al haberse constituido la sociedad legalmente, el permiso de funcionamiento no puede ser simplemente temporal y que su transformación en sociedad de responsabilidad limitada no alteró su situación jurídica y sigue siendo amparada por el artículo 120 del Código de Comercio.

Termina el actor la sustentación de su concepto de violación afirmando que "no es legal suspender el funcionamiento normal de una sociedad, ni se cumple el objetivo de control y vigilancia que ejerce la Superintendencia, por deficiencias en sus estatutos, surgidas con posterioridad a su constitución, pues tales deficiencias pueden suplirse con la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio".

De las siete normas superiores que el actor cita como violadas, hace referencia en su sustentación sólamente a una de ellas: el artículo 268 del Código de Comercio.

INTERVENCION DE LA PARTE DEMANDADA

La apoderada judicial del señor Superintendente de Sociedades, al descorrer el traslado de la demanda se refiere a cada uno de los hechos en ella enunciados y al exponer las razones de la defensa, manifiesta:

> "Sostiene el actor que el permiso de funcionamiento que otorga la Superintendencia de Sociedades se subordina a la legalidad del acto de constitución de una compañía, lo cual es válido a la luz de lo expuesto por el artículo 268 del Código de Comercio. No obstante, y como quiera que al tenor del artículo 30 del Código Civil "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía", debe analizarse el citado artículo 268 en armonía con el 270 de la Obra Mercantil (sic) que en su insico 2o. y en perfecta concordancia con lo dispuesto en aquél, señala que si el acto constitutivo no se ciñe en un todo a las prescripciones legales, o se ha omitido algún requisito subsanable, se concederá permiso provisional de funcionamiento.
>
> "Ahora bien, si en el segundo inciso se hace referencia al permiso provisional y en el primer inciso no se especifica la clase de permiso que concederá cuando se cumplan los presupuestos señalados en él, debe

forzosamente concluirse que se refiere al que se concede con carácter definitivo.

Otras consideraciones hace la representante del ente estatal a las cuales se hará referencia en los planteamientos de esta Sala, previos a la decisión que por medio de esta providencia se tome sobre el caso *sub-lite.* En forma similar se procederá con las alegaciones conclusivas presentadas oportunamente por las partes.

LA POSICION DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Primera ante el Consejo de Estado, después de estudiar los hechos fundamentales de la demanda y las normas de derecho correspondientes, llega a la conclusión de que "Los imperativos legales llevan entonces a la denegación de las súplicas de la demanda", estableciendo previamente que no se ve cómo pueda adquirirse el derecho a sustraerse a los controles legales, estando en ellos implicado el interés social.

CONSIDERACIONES:

La sociedad GAVASSA Y COMPAÑIA fue constituida como anónima por escritura pública 880 del 1o. de mayo de 1947 otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bucaramanga.

Por Resolución No. 343 de mayo 23 de 1947 la llamada entonces Superintendencia de Sociedades Anónimas le concedió permiso definitivo para ejercer su objeto social, al tenor de lo dispuesto por el artículo 9o. de la Ley 58 de 1931.

La precitada norma disponía:

"Para empezar a funcionar una Sociedad Anónima se requiere permiso especial del Superintendente, el cual solo será concedido cuando se compruebe que se han cumplido todas las formalidades que las leyes exigen. Asímismo deberá probarse ante el Superintendente que se ha pagado el porcentaje del capital suscrito que fije la ley".

La misma Superintendencia mediante Resolución No. 23 del 18 de enero de 1954 autorizó a GAVASSA Y CIA. para elevar a escritura pública la reforma estatutaria consistente en su transformación en sociedad de responsabilidad limitada, según lo resuelto por la Asamblea General de Accionistas, en sus sesiones del 27 y 31 de diciembre de 1953.

Por medio de la escritura No. 384 de 1954 de la Notaría Primera de Bucaramanga se protocolizó la transformación en sociedad de responsabilidad limitada y entonces salió del control y vigilancia de la Superintendencia.

Un grupo de socios en oficio del 13 de marzo de 1984, con fundamento en el artículo 267 del Código de Comercio solicitó a la Superintendencia de Sociedades "someter al control y vigilancia a la sociedad GAVASSA Y COMPAÑIA LIMITADA" (folio 270).

La Superintendencia entonces en folio 238 del 4 de abril de 1984 dirigido al representante legal de la Compañía le informó que la había sometido a su control y vigilancia permanente, con base en lo dispuesto en el literal c), atribución 1a. del artículo 267 del Código de Comercio, y que en consecuencia debía solicitar autorización de ese despacho para continuar ejerciendo su objeto social, para lo cual debía presentar por duplicado los siguientes documentos:

"a) Copias auténticas de las escrituras de constitución y de reformas, con la constancia de su inscripción en el registro mercantil.

b) Certificación suscrita por el revisor fiscal de la Compañía en la cual indique la forma como está constituido el capital social y la cantidad del mismo.

c) Certificación de constitución, existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio del domicilio social".

La disposición del Código de Comercio en la que se fundamentó la Superintendencia para tomar la determinación anterior, dice:

"Art. 267.— Además de las atribuciones conferidas en otras disposiciones de este Código y en leyes especiales, el Superintendente de Sociedades tendrá las siguientes:

"1a.— Ejercer la inspección y vigilancia:
a) .....
b) .....
c) Sobre cualquier compañía mercantil cuando lo solicite un número plural de asociados que posea el veinte por ciento o más de su capital social. En este caso la inspección y vigilancia cesará cuando lo pida un número plural de asociados que representen más del 80% del capital social...".

En razón de haber presentado los documentos exigidos y acreditada la constitución regular del ente societario, salvo en cuanto a las observaciones consignadas en el oficio BU—SL/0056, la Superintendencia, previa solicitud del representante legal y mediante Resolución BU—SL—0008 del 15 de enero de 1985, le concedió a la sociedad permiso provisional de funcionamiento por el término de tres meses, previniéndola de la obligación de acreditar la inscripción en el registro mercantil de los libros de contabilidad, re-

gistro de socios y de actas de la junta general, y el cumplimiento de los requisitos necesarios para la obtención del permiso definitivo de funcionamiento.

La administración, en virtud de solicitud del representante legal prosiguió concediendo a la Compañía sucesivos permisos provisionales de funcionamiento cada uno por el término de tres meses, según resoluciones 0066 de julio 15 de 1985; 0015 de enero 13 de 1986; 0070 de junio 14 de 1986, etc. hasta proferir la 0040 del 21 de marzo de 1990 por la cual se le concedió el último permiso provisional y que es la acusada mediante la presente acción.

Según consta en el Acta No. 63 correspondiente a la reunión de la Junta General de Socios celebrada el 8 de junio de 1984 (folio 55), la empresa, dentro del orden del día contempló la reforma de sus estatutos, los cuales efectivamente fueron reformados, excepción hecha de los artículos 12, 13, 14, 18, 21, 22, 23 y 24 que fueron improbados así: 66.66% a favor y 33.34% en contra. Estos artículos dicen relación con la dirección y administración de la sociedad; integración y reuniones y funciones de la Junta General de socios; quorum de las sesiones; atribución del Gerente, nombramiento y funciones del Secretario.

Los artículos que aquí se han mencionado también aparecen improbados en la Escritura Pública No. 864 del 7 de marzo de 1985 mediante la cual se protocolizó la reforma estatutaria.

La Superintendencia consideró necesario, y así se lo hizo conocer a la Compañía en oficio del 15 de enero de 1985 (folio 102) un pronunciamiento sobre los artículos del proyecto de reforma total de estatutos que no habían sido aprobados, pues quedaba un vacío en tales estatutos, ya que ni en los artículos aprobados ni en los contenidos en la escritura 384 de 1954 se reglamentaba lo concerniente a la forma de administrar los negocios sociales, con indicación de las atribuciones y facultades de los administradores; a la época y la forma de convocar y constituir la Asamblea o la Junta de Socios en sesiones ordinarias o extraordinarias, etc. aspectos estos que deben expresarse, según lo ordena el artículo 110 numerales 6 y 7 del Código de Comercio.

La sociedad no logró la aprobación de la totalidad de los estatutos, pues a pesar de la reiterada inclusión en el orden del día de varias asambleas, los artículos en mención fueron sistemáticamente improbados, según actas 64 del 28 de septiembre de 1984; 65 de marzo 28 de 1985; 66 de marzo 15 de 1986; 67 de marzo 28 de 1987; 68 de marzo 26 de 1988 y 70 del 18 de marzo de 1989. En esta última oportunidad los socios Alvaro Ordoñez, Rafael y Ramón Enrique Gavassa V. "proponen que se haga un anteproyecto reorganizado de acuerdo a la ley, se le envíe a los socios para su estudio y se cite a Asamblea Extraordinaria para su aprobación...". Dicha propuesta fue apro-

bada por unanimidad y se acordó citar a Asamblea, para el día 28 de abril/90 con el fin de estudiar y aprobar la reforma de estatutos (folio 161).

Conocida la historia de la sociedad demandante dentro del proceso y con miras a estructurar la decisión de fondo procede la Sala a observar lo siguiente:

El argumento central y esencial de la parte actora se fundamenta en que habiendo obtenido permiso del funcionamiento conforme a lo establecido en el artículo 9o. de la Ley 58 de 1931, después de haber sido reconocida legal y regularmente constituida como sociedad anónima, se operó en su favor una situación jurídica particular y concreta que no puede ser modificada so pretexto de una legislación posterior, así se haya transformado en una sociedad de responsabilidad limitada, ya que esta última circunstancia no altera su situación jurídica ni produce solución de continuidad en su existencia, ni en sus actividades, ni en su patrimonio. Apoya sus puntos de vista en el artículo 120 del Código de Comercio, para concluir que por tales razones no le es aplicable el artículo 268 ibídem, pues de acuerdo a la interpretación limitativa y de aplicación restrictiva a los casos expresa y claramente previstos en tal disposición, "una sociedad que estuvo inicialmente sometida al control de la Superintendencia y que obtuvo entonces el permiso de funcionamiento establecido en el artículo 268 del Código de Comercio, como en el caso de Gavassa y Cía. Ltda. no está obligada a obtener de nuevo dicho permiso, que, como se dijo antes, no tiene otro objeto que calificar la legalidad de la constitución".

Recordemos que conforme a lo establecido en el numeral 15 del artículo 120 de la Constitución Nacional de 1886, corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa, "ejercer la inspección necesaria sobre los demás establecimientos de crédito y las sociedades mercantiles, conforme a las leyes".

La precitada función la cumple el Ejecutivo a través de la Superintendencia de Sociedades, a la que, de acuerdo con el artículo 266 del Código de Comercio, corresponde la inspección y vigilancia de las sociedades comerciales no sometidas al control de la Superintendencia Bancaria, "con el fin de que en su formación y funcionamiento se ajusten a las leyes y decretos y de que se cumplan normalmente sus propios estatutos, según lo previsto en este Código o en leyes posteriores...".

Tal como se deduce de la norma antes citada, en las sociedades sometidas al control del Estado –y la demandante lo es–, la inspección y vigilancia a cargo de la Superintendencia comprende no solamente el funcionamiento, sino también su formación, hasta el punto de considerarse que son regulares tales sociedades cuando de un lado cuentan con el permiso de funcionamien-

to, y de otro, se han constituido con la plenitud de las formalidades prescritas en la ley.

A contrario *sensu*, y al tenor del artículo 500 del Código de Comercio, una sociedad es irregular cuando, aunque esté constituida por escritura pública registrada, actúa sin permiso de funcionamiento, a pesar de estar obligada a obtenerlo. Este permiso si bien, es solamente un requisito de orden administrativo que no afecta la Constitución, ni priva a la sociedad de su personería y capacidad, su omisión acarrea graves consecuencias en cuanto a la responsabilidad de los asociados y respecto a su existencia, pues la Superintendencia puede ordenar, de oficio o a petición de interesado su disolución y liquidación.

En este orden de ideas, el artículo 268 del Código de Comercio expresa:

> "Las sociedades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia no podrán ejercer su objeto sin un permiso de funcionamiento de la misma Superintendencia, que solamente se otorgará cuando su constitución se ajuste a las leyes. Tratándose de sociedades no sometidas inicialmente a dicha vigilancia, deberán obtener también el permiso una vez queden bajo vigilancia".

Contrariamente a lo afirmado por la parte actora, considera la Sala que a la empresa Gavassa y Cía. Ltda. le es aplicable la disposición precitada, si en cuenta se tiene: a) Que es una sociedad sometida a la vigilancia de la Superintendencia; b) Que no estuvo sometida inicialmente a dicha vigilancia, concretamente desde 1954 cuando dejó de ser anónima, por haberse transformado en sociedad de responsabilidad limitada y escapó al control; c) Que volvió a quedar bajo vigilancia en 1984 cuando a solicitud de un grupo de socios, la Superintendencia la sometió a su control en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del Código de Comercio.

Además, hay que tener en cuenta que la actora, de sociedad anónima se transformó en una de responsabilidad limitada, y que si bien es cierto "la transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades, ni en su patrimonio" (art. 167 C. Co.), el artículo 171 ibídem condiciona la validez misma del acto de transformación al cumplimiento por parte de la sociedad de los requisitos especiales exigidos por la ley para la nueva forma social adoptada, pues si no fuera así, la transformación podría ser utilizada como medio indebido para eludir el cumplimiento de exigencias legales propias del nuevo contrato social.

Y entonces, si se armoniza el artículo 268 del C. de Co. con el 270 inciso 2o. del mismo estatuto, puede concluirse que el permiso de funcionamien-

to depende, como acertadamente lo anota la señora Fiscal ante el Consejo de Estado, "entre otras exigencias, de que sus estatutos se conformen a las prescripciones legales y cumplan los requisitos indicados por la ley en relación con la forma de compañía adoptada".

El inciso 2o. del artículo 270 del Código de Comercio, establece:

"Si el acto constitutivo no se ciñe en un todo a las prescripciones legales o se ha omitido algún requisito subsanable, el superintendente concederá permiso provisional de funcionamiento mientras se corrigen las irregularidades o deficiencias que anote".

Se deduce del texto, que una vez corregidas las irregularidades o deficiencias la Superintendencia debe otorgar el permiso de funcionamiento (definitivo, por lógica), de que tratan los ordenamientos de los artículos 270 inciso 1o. y 268 del Código de la materia.

Porque la sociedad demandante no ha adecuado los estatutos a la nueva forma de sociedad adoptada (responsabilidad limitada), ya que no ha puesto dentro de su constitución y funcionamiento reglamentación acerca de la administración (art. 110 numerales 6 y 7 del C. de Co.), es por lo que, por este otro aspecto, una vez subsanada la falta, debe obtener un nuevo permiso de funcionamiento en los términos del art. 268.

No huelga anotar a este respecto que mediante el artículo 2036 del Decreto 410 de 1971 se concedió a las sociedades mercantiles un plazo de dos años, contados desde el 1o. de enero de 1972, para amoldar sus estatutos a las normas de este Código.

Si los estatutos de la sociedad actora no se han amoldado a las disposiciones del Decreto 410 de 1971, concretamente al artículo 110, no le es dable a la Superintendencia otorgar el permiso definitivo, como se pretende, a manera de restablecimiento del derecho en la presente acción.

El otro fundamento de la demanda lo hace descansar la accionante en el artículo 120 del C. de Co. Este reza:

"Las Sociedades válidamente constituidas, los derechos adquiridos y las obligaciones contraídas por tales sociedades bajo el imperio de una ley, subsistirán bajo el imperio de la ley posterior; pero la administración social y las relaciones derivadas del contrato, tanto entre los socios como respecto de terceros, se sujetarán a la ley nueva".

A la luz de esta norma considera la sociedad como un derecho adquirido el permiso de funcionamiento que le fue otorgado cuando en su calidad de Anónima estuvo inicialmente sujeta al control de la Superintendencia.

Al respecto procede considerar que el permiso expedido al tenor del artículo 9o. de la Ley 58 de 1931 tuvo aplicación mientras la sociedad fue anónima y en calidad de tal estuvo sometida al control y vigilancia de la Superintendencia de Sociedades Anónimas, de tal manera que dicho permiso le permitía a dicha Compañía desarrollar su objeto aún después de la expedición del Decreto No. 410 de 1971. Pero la situación anterior cambió al transformarse la sociedad y al quedar por fuera del control, y luego, otra vez dentro de él, de tal forma que desaparecieron los fundamentos que originaron el permiso inicialmente concedido el cual, frente a las nuevas circunstancias viene a estar sujeto no sólo a la legalidad de la constitución de la sociedad, sino también al cumplimiento de todas las prescripciones legales y a la adecuación de sus estatutos al Código vigente.

La Superintendencia de Sociedades Anónimas inicialmente concedió el permiso de funcionamiento, porque consideró que la persona jurídica Gavassa y Cía. S.A., había cumplido determinados requisitos legales establecidos como condición previa para que sociedades de ese tipo, hallándose bajo control oficial pudieran ejercer su objeto social, pero desaparecidas las condiciones que le sirvieron de base, el permiso perdió su vigencia, máxime cuando en razón a las nuevas circunstancias entraron en juego otras exigencias a las que por virtud de la ley debe someterse el ente societario.

Para finalizar, y a manera de conclusión puede afirmarse que establecida la necesidad de un nuevo permiso de funcionamiento para la sociedad y configurada la facultad de la Superintendencia de Sociedades para exigirle a la actora la adecuación de sus estatutos a la nueva forma de sociedad adoptada y de acuerdo con el Código de Comercio vigente, la demanda no tiene vocación de prosperidad.

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

FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

La providencia anterior la discutió y aprobó la Sala en reunión celebrada el día 11 de octubre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL/APROPIACION PRESUPUESTAL/ SUSPENSION PROVISIONAL— Improcedencia

Lo que hizo el ejecutivo departamental no fue efectuar traslaciones de apropiaciones entre artículos de un mismo capítulo o entre artículos de distintos capítulos de una misma Secretaría o Unidad Administrativa, sino "abrir apropiaciones nuevas, con recursos provenientes de contracréditos a las apropiaciones". Empero, en el sub lite, se tiene que concediéndose la facultad o competencia al ejecutivo departamental para abrir "apropiaciones nuevas", no se encuentra quebrantamiento de la norma superior por la simple confrontación entre ella y los actos acusados.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los Decretos 508 y 514 de abril 5 y 8 de 1981, dictados por el Gobernador del Huila, decretada por el Tribunal Administrativo del mismo Departamento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1788. Actor: Gregorio Alvarez Bustamante. Recurso de apelación contra la providencia de mayo 3 de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila.

El ciudadano EDUARDO TRUJILLO FALLA, parte impugnadora dentro del proceso de la referencia, interpuso recurso de apelación para ante esta Corporación contra el numeral 4o. de la providencia dictada por el Tri-

bunal Administrativo del Huila con fecha 3 de mayo del presente año, que decretó la suspensión provisional de los decretos 508 y 514 de abril 5 y 8 de 1991, dictados por el señor Gobernador del indicado Departamento, por medio de los cuales se decretaron contracréditos y créditos en el Presupuesto de Gastos de 1991 de dicha Sección territorial.

I.– FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA

Considera el *a-quo* que al confrontar el artículo 94 del Decreto 2407 de 1981, citado por los decretos demandados como fuente legal de donde se derivan las atribuciones allí consignadas, con las normas contenidas en los decretos demandados, se ve *prima facie* la violación de la norma superior, porque se hizo una operación diferente a la allí consignada, ya que en lugar de traslaciones, se abren créditos y contracréditos, lo que impone el decreto de suspensión provisional. Este es, en síntesis, el fundamento de la decisión recurrida.

II.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACION

Al interponer el recurso de apelación, la parte impugnante de la acción, lo fundamenta en las siguientes consideraciones:

a) El decreto 2407 de 1981, por el cual se expiden las normas sobre elaboración, presentación y ejecución de los Presupuestos Departamentales, en su artículo 94, faculta al Gobierno Departamental para efectuar traslaciones, en el evento de que no estuviere reunida la Asamblea Departamental, siempre y cuando se cumpla con los requisitos exigidos por la misma norma.

Entre estos requisitos, se encuentra el que las traslaciones también llamadas contracréditos "sólo pueden hacerse por el Gobierno para completar partidas insuficientes en el presupuesto".

Pero el objeto de los actos acusados no era realizar esa clase de traslaciones, sino que por la vía del crédito adicional, abrir apropiaciones nuevas, "con recursos provenientes de contracréditos a las apropiaciones", como expresamente lo autoriza el inciso final del artículo 94 del decreto 2407 de 1981.

Es decir, que como se observa en los decretos demandados, éstos están destinados a abrir apropiaciones nuevas, que no existían en el Presupuesto Departamental aprobado mediante Ordenanza de 1990, y si se realizan contracréditos, es precisamente para ejercer la facultad que por la vía del crédito adicional, faculta el Estatuto Presupuestal al Ejecutivo.

Por lo que es claro que el gobierno departamental sí estaba facultado para expedir los actos acusados, y que, por lo demás, se cumplían los requisitos para ejercer la competencia, o sea, que la Asamblea estuviere en receso y que correspondiera a la apertura de apropiaciones nuevas.

b) Ahora bien, como lo establece el artículo 31 del decreto 2304 de 1989, para que proceda la suspensión provisional es necesario que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la acción, deducible de la confrontación del acto acusado con las normas superiores o de documentos públicos aducidos a la solicitud, y si, como se ha visto, el gobierno Departamental hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 94 del decreto 2407 de 1981, y además con la demanda no se allegaron documentos públicos para demostrar que no se cumplió con los requisitos de ley para ejercer dicha facultad, como serían el relativo a que la Asamblea Departamental no estuviera en período de sesiones o el que se estuvieren abriendo partidas nuevas de rubros inexistentes en la Ordenanza 08 de 1990, por la cual se aprobó el Presupuesto Departamental, o en el respectivo decreto de liquidación, es lógico concluir que no se reúnen los presupuestos necesarios para que se decrete la medida precautelativa.

Por esas consideraciones, solicita la revocatoria de la decisión apelada.

III.– LA DECISION

Para decidir, **se considera:**

1.– Establece el artículo 94 del decreto reglamentario 2407 de 1981, que cuando no esté reunida la Asamblea, el Gobierno podrá efectuar traslaciones de apropiaciones entre artículos de un mismo capítulo o entre artículos de distintos capítulos de una misma Secretaría o Unidad Administrativa, previa certificación del Contralor Departamental de que la apropiación que se va a transferir está libre de afectaciones, y, que las traslaciones sólo pueden hacerse por el Gobierno para completar partidas insuficientes en el presupuesto. Que, además, cuando "se trate de abrir apropiaciones nuevas, con recursos provenientes de contracréditos a las apropiaciones, el expediente se tramitará por la vía del crédito adicional, sujeto al cumplimiento de los requisitos consignados en el presente estatuto" (parte *in fine* del inciso segundo del artículo precitado).

2.– Para la Sala es claro que lo que hizo el ejecutivo departamental no fue efectuar traslaciones de apropiaciones entre artículos de un mismo capítulo o entre artículos de distintos capítulos de una misma Secretaría o Unidad Administrativa, sino "abrir apropiaciones nuevas, con recursos provenientes de contracréditos a las apropiaciones", como expresamente lo dice el título de los decretos acusados. Por tanto, es correcta la apreciación del *a-quo* sobre lo que realmente hizo el gobernador del departamento del Huila

mediante los actos demandados y suspendidos provisionalmente por la decisión recurrida.

3.– Empero, como bien lo observa el apelante, para que proceda la medida precautelativa es menester: a) que el quebrantamiento ostensible de la norma superior de derecho invocada en la demanda o en el escrito separado, aparezca de la simple confrontación entre acto acusado y norma invocada como violada; b) o que surja ese quebrantamiento de documentos públicos aducidos en la solicitud; y, en el caso *sub lite*, se tiene que concediéndose la facultad o competencia al ejecutivo departamental para abrir "apropiaciones nuevas" –que fue lo que hizo–, no se encuentra quebrantamiento de la norma superior por simple confrontación entre ella y los actos acusados, y que para lo segundo, es decir, para deducir el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, de documentos públicos, era indispensable que la parte actora los aportara en orden a establecer hechos como los siguientes: I.- Que no se tramitó expediente, o II.- que habiéndose tramitado no se dió cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 80 a 89 del decreto 2407 de 1981, por ejemplo, que el crédito adicional abierto por el Gobierno durante el receso de la Asamblea, excediera el tope del 25% del monto total de la Ordenanza de apropiaciones aprobada inicialmente para el respectivo año; que no se hubieren observado las bases de la apertura para salvaguardar el equilibrio presupuestal; que no se hubiere obtenido de la Contraloría Departamental el certificado de disponibilidad que ampare la apertura; etc., cosa que no hizo, limitándose a afirmar que en el caso presente no se tramitó la actuación por la vía del crédito adicional, porque simple y llanamente lo que hizo el ejecutivo departamental fue reproducir los ordenamientos de la Ordenanza aprobatoria del presupuesto, suspendidos posteriormente por el Tribunal Administrativo del Huila, y como medio para eludir la orden de suspensión provisional.

Entonces, se tiene, que la suspensión provisional no procedía, y por ello habrá de revocarse la determinación del *a-quo*, porque el quebrantamiento de la norma contenida en el art. 94 del decreto 2407 de 1981, ni surge de la simple confrontación entre ella y los decretos acusados, ni de pruebas-documentos públicos aportados al proceso ya que esto no aconteció, limitándose el accionante a afirmar sin probar.

Finalmente, en lo que atañe al quebrantamiento del art. 158 del C.C.A., que prohibe reproducir actos anulados o suspendidos por los jueces de lo contencioso administrativo, mientras no desaparezcan las causas que determinaron la medida, en razón de estarse reproduciendo por medio de los decretos acusados, disposiciones contenidas en la Ordenanza expedida por la Asamblea del Huila, por la cual se expidió el presupuesto de rentas, recursos de capital y apropiaciones para el año de 1981, la Sala observa que, de un lado, la eventual reproducción de normas suspendidas no la está haciendo la misma autoridad que las dictó, y de otro, que la medida precautelativa toma-

da por el Tribunal Administrativo del Huila fue revocada por esta Sección mediante proveído del 13 de junio del presente año, ponente Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, actor la misma persona que promovió la presente acción, expediente No. 1733.

No obstante lo anterior, la Sala no quiere dejar de observar que el decreto 2407 de 1981, "por el cual se expiden normas sobre elaboración, presentación y ejecución de presupuestos departamentales", fue dictado "en desarrollo del artículo 8o. del Decreto Extraordinario 294 de 1973", que hoy se encuentra expresamente derogado por el artículo 95 de la ley 38 de 1989 —nuevo Estatuto Orgánico del Presupuesto General de la Nación—, correspondiendo, entonces, al juez administrativo determinar en la sentencia que ponga término a la presente acción —pues esta no es la oportunidad para ello— si en virtud de la derogatoria mencionada desapareció igualmente del ordenamiento jurídico el decreto 2407 de 1981, o, por el contrario, ello no ha acontecido por tratarse de un reglamento con vida jurídica propia, independiente de la vigencia de la norma superior de derecho que autorizó al ejecutivo para expedirlo, es decir, la que facultó expresamente al Gobierno para expedir ese reglamento.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, RESUELVE: REVOCAR el numeral 4o. de la providencia dictada dentro del proceso de la referencia por el Tribunal Administrativo del Huila, fechada el día 3 de mayo de 1991, por la cual se decretó la suspensión provisional de los decretos acusados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Juan Manuel Gutiérrez L.,* Conjuez.

POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites/**EXPROPIACION/RECURSO DE REPOSICION**

Mientras en la norma reglamentada se declaró que "Contra el auto admisorio de la demanda o contra el que la inadmite o rechace procederá únicamente el recurso de reposición", en la disposición reglamentaria acusada, se establece la procedencia del mismo recurso de reposición contra esas providencias de trámite del proceso de expropiación agraria dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pero de manera limitada o restringida, lo que constituye un ejercicio antijurídico de la potestad reglamentaria por parte del Ejecutivo.

DECLARA LA NULIDAD del inciso segundo del artículo 44 del Decreto Reglamentario 2107/88, en cuanto por dicha norma se establece que "la reposición contra el auto que admite la demanda únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1, 4, 5 y 7 del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia Expediente No. 1312. Actor: Bernardo Carreño Varela.– Acción de nulidad en relación con el parágrafo 1o. del artículo 3o. y el artículo 44 del decreto reglamentario 2107 de 1988, expedido por el Gobierno Nacional.

El ciudadano BERNARDO CARREÑO VARELA, en ejercicio de la acción consagrada en el art. 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación que,

previos los trámites propios del juicio ordinario, se declare la nulidad de las siguientes disposiciones del DECRETO REGLAMENTARIO 2107 de octubre 12 de 1988:

a) ARTICULO 3o., PARAGRAFO 1o., que dice: "... El carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas, de manera que el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad".

b) ARTICULO 44, inciso segundo, que expresa:... "La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1), 4), 5) y 7) del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil, y de prosperar el recurso, debe el Tribunal proceder en la forma indicada para los casos de rechazo o inadmisión de la demanda de que trata el artículo 42 de este Decreto".

I.– NORMAS QUEBRANTADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Invoca el actor como disposiciones constitucionales y legales quebrantadas con la expedición de las normas acusadas, las siguientes: art. 120-3 de la Constitución de 1886; artículo 58 de la ley 135 de 1961, tal como quedó modificado por el art. 24 de la Ley 30 de 1988, especialmente en sus numerales, 1, 2 y 3; el artículo 59 de la Ley 135 de 1961 tal como quedó modificado por el artículo 25 de la Ley 30 de 1988 y por el artículo 1o. del decreto 1127 del mismo año, en sus numerales 3, 4, 5, 13 y 19; el art. 348 del C. de P.C. (Dec. 1400 de 1970); y el art. 180 del C.C.A. (Dec. 001 de 1984).

Considera el demandante que el parágrafo 1o. del artículo 3o. del decreto acusado es inconstitucional por exceso en el ejercicio de la potestad o facultad reglamentaria por parte del Ejecutivo Nacional, por cuanto la norma reglamentada, o sea, la ley 30 de 1988, en su artículo 30, sustitutivo del artículo 58 de la ley 135 de 1961, sobre "Adopción de Programas regionales de Reforma Agraria y procedimientos de enajenación voluntaria", fijó un límite en el tiempo; un año, y la norma reglamentaria lo fija en condiciones aleatorias: la desaparición de unas circunstancias –que se modificarán cuando dejemos de ser un país subdesarrollado –o la terminación de la actividad burocrática– el Incora en 1988 tenía programas decretados en 1982, sin concluir–.

En cuanto al inciso segundo del artículo 44 del decreto acusado, el actor considera que también es inconstitucional por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria, por cuanto mientras la norma reglamentada, o sea, el art. 59 de la ley 135 de 1961, tal como quedó después de su reforma por el art. 25 de la ley 30 de 1988, primero, y luego por el art. 1o. del decreto 1197 del mismo año, establece que "contra el auto admisorio de la de-

manda o contra el que la inadmita o rechace procederá únicamente el recurso de reposición", no expresando nada sobre los motivos por los cuales se puede impugnar el auto que resuelve sobre la admisión de la demanda, la norma reglamentaria demandada establece, limitativamente, que "La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1), 4), 5) y 7) del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil...". Los artículos 180 del C.C.A. y 348 del C. de P.C., que regulan el recurso de reposición, a los cuales habría de recurrirse en caso de silencio en la ley especial, por otra parte, tampoco "ponen corta pisa al recurso".

II.- LA ACTUACION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Mediante proveído de 24 de noviembre de 1989, la Sección admitió la demanda y decretó la suspensión provisional de los efectos del inciso segundo del artículo 44 del "Decreto 001 de 1988..." (sic), negando tácitamente la del parágrafo 1o. del artículo 3o. del mismo Decreto.

Posteriormente, la Sección decidió el recurso de reposición interpuesto contra la precitada providencia, en el sentido de "no decretar la suspensión provisional del parágrafo 1o. del artículo 3o. del decreto 2107 de 1988" y de no "revocar el numeral 5, del auto de 24 de noviembre de 1988, en cuanto en él se ordena notificar al Gerente General del INCORA".

De las entidades públicas vinculadas a la actuación -Ministerios de Justicia y Agricultura e Instituto Colombiano de Reforma Agraria- sólo se hizo presente en el proceso el INCORA, establecimiento público que, mediante apoderado especial constituido al efecto, contestó la demanda y alegó de conclusión dentro del término concedido para ello.

El actor no utilizó ese término de traslado para alegar, y el Ministerio Público rindió su concepto con motivo del traslado que se le corrió.

III.- FUNDAMENTOS DE LA PARTE DEMANDADA

Para oponerse a las pretensiones de la demanda, la parte demandada -La Nación- por intermedio del apoderado especial del INCORA, se fundamentó, en cuanto hace relación a la primera de las normas acusadas, en las apreciaciones de la Sección que la llevaron a negar el decreto de suspensión provisional, agregando a ella otros argumentos para justificar la constitucionalidad de las normas sobre el aspecto de la anualidad de los "Programas Regionales de Reforma Agraria" que se adopten, y en cuanto atañe a la segunda de las disposiciones demandadas, en el principio de celeridad de los procesos de expropiación agraria, de carácter especial, que determinó que el legislador, en la materia controvertida, se apartara de las normas del C. de P.C. que regulan la expropiación de manera general.

IV.– EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Primera de la Corporación considera que debe anularse el inciso segundo del artículo 44 del decreto demandado y denegar la del parágrafo 1o. del artículo 3o. del mismo decreto, por cuanto, según su entender, son incontrovertibles las razones expuestas por la Sección para decretar la suspensión provisional de la primera de las normas y negar la misma suspensión en cuanto a la segunda de ellas.

V.– LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

1a.– *La petición de nulidad del parágrafo 1o. del artículo 3o. del decreto 2107 de 1988.*

Cuando se decidió sobre la petición de suspensión provisional de esta disposición, la Sección expresó:

"1.– Sostiene el demandante que el contenido del parágrafo 1 del artículo 3 del decreto 2107 de 1988, cuyo texto es como sigue: '... *El carácter anual de las actividades no limita la vigencia de los programas de manera que el Instituto conserva su capacidad de ejecución mientras no desaparezcan las circunstancias que dieron origen a cada programa o se cumplan en su totalidad...*', viola de manera clara y ostensible lo preceptuado en el artículo 24 de la ley 30 de 1988 que obliga al *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria* a adoptar anualmente programas tendientes al cumplimiento de sus finalidades. Indica la norma superior citada como infringida lo siguiente:

> "1.– *Adopción del programa y determinación de las zonas de reforma Agraria.* La Junta directiva del INCORA con base en lo dispuesto por los artículos 1o. y 54 de esta ley, determinará anualmente las zonas donde habrán de adelantarse programas de reforma agraria, señalando de manera general su objeto, la conveniencia social y económica del mismo, la naturaleza de los programas y proyectos regionales que habrán de adelantarse, las zonas geográficas y los municipios escogidos para ejecutarlo.
>
> "El Consejo Nacional de Política Económica y Social, COMPES, con base en la programación de actividades anuales que el INCORA someta a su consideración, indicará las acciones que, para su cumplida ejecución deben adelantar otros organismos y entes públicos, en materia de crédito, asistencia técnica, infraestructura física y de servicios públicos,

salud, educación, electrificación rural, saneamiento básico, comercialización de productos, seguridad alimentaria, y demás aspectos de desarrollo rural, que permitan el mejoramiento del nivel de vida y el desarrollo integral de la comunidad beneficiaria de los programas de reforma agraria. El Consejo Nacional de Política Económica y Social, COMPES, dispondrá lo necesario para que las entidades incluidas en el programa, tomen las medidas y hagan las apropiaciones y traslados presupuestales que sean del caso para el cumplimiento de lo aquí dispuesto, previo concepto del Departamento Nacional de Planeación.

"La ejecución de los programas y proyectos de apoyo a la reforma agraria, a cargo de otros entes públicos, será coordinada por el INCORA y podrá realizarse a través del Fondo de Desarrollo Rural Integrado, Fondo DRI, mediante los mecanismos y por los procedimientos establecidos por el Decreto 077 de 1987.

"Surtido ante el COMPES el procedimiento establecido por este artículo y determinadas por el INCORA las zonas de reforma agraria incluidas en el programa anual de actividades del Instituto, la Junta directiva, mediante resolución motivada, facultará al Gerente General para adquirir por negociación voluntaria o expropiación, las tierras o mejoras necesarias para el desarrollo del mismo.

"Parágrafo.– Excepcionalmente, la Junta Directiva del INCORA podrá, con el voto favorable del Ministerio de Agricultura, revisar o adicionar en cualquier tiempo la determinación anual de las zonas de reforma agraria o el programa anual de actividades del Instituto.

"2.– *Publicación.*– El programa anual de actividades del INCORA, junto con la determinación de las zonas de reforma agraria que en él se incorpora, se publicará en dos diarios de amplia circulación nacional dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su aprobación. A partir de su publicación, en caso de fraccionamiento o enajenación de los predios incluidos dentro de las zonas afectadas, los nuevos propietarios tomarán la actuación administrativa en el estado en que se encuentre y, el reconocimiento del derecho de exclusión, así como los pagos a cargo del Instituto, se harán con respecto a los nuevos adquirientes, en la proporción que corresponda a la parte o cuota del inmueble que hubieren adquirido...".

"Confunde el actor dos conceptos diferentes en materia de planeación. Los de *adopción de programas* que obedecen a la facultad de identificar necesidades prioritarias con que cuentan determinadas entidades públicas, como elementos indispensables de orden para desarrollar sus actividades, y que para el caso concreto del *Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA,* se caracteriza en la elaboración de *planes anuales o programa*

anual de actividades, con el concepto de *ejecución de programas,* figura que se caracteriza por constituir etapa posterior de carácter práctico, tendiente a lograr el cumplimiento de las políticas consagradas en los planes respectivos. Por obvias razones que trascienden el plano de lo eminentemente jurídico y se sitúan en el mundo de las realidades físicas, políticas, económicas, presupuestales o financieras, el tiempo de ejecución de un programa, puede o no coincidir con la vigencia del acto en el que fue adoptado.

"Esta situación es la que pretende regular el parágrafo impugnado. Que dicho sea, tiene su fuente indiscutible en el texto de la norma citada de la ley 30 de 1988, y antes de violarla, aclara un aspecto de suprema importancia para el desarrollo correcto y adecuado de los cometidos que está llamado a cumplir el INCORA".

Las anteriores razones, expuestas como fundamento de la decisión de no acceder al decreto de suspensión provisional solicitado por la parte actora, para la Sala conservan su valor y vigencia, pues no se han expuesto otras que la conduzcan a variarlas y que le permitieran llegar a una decisión diferente. Por esa razón, con fundamento en ellas, deberá negarse la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad del parágrafo 1o. del art. 3o. del decreto demandado.

2a.– *La solicitud de nulidad del inciso segundo del art. 44 del decreto acusado.*

También, en cuanto hace relación a esta norma demandada, la Sala encuentra que las razones que la llevaron a suspender provisionalmente el inciso segundo del art. 44 del decreto 2107 de 1988, conserva su valor y vigencia, lo que indefectiblemente la debe conducir a decretar, con fundamento en ellas, su anulación por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria y consiguiente quebrantamiento del art. 120-3 del ordenamiento constitucional vigente en el momento en que se expidió el acto acusado.

En efecto, mientras en la norma reglamentada, o sea, el art. 59 de la ley 135 de 1961, en la forma como quedó después de su modificación por el art. 25 de la ley 30 de 1988, se declaró que "Contra el auto admisorio de la demanda o contra el que la inadmite o rechace procederá únicamente el recurso de reposición", en la disposición reglamentaria acusada, como ya se vio, se establece la procedencia del mismo recurso de reposición contra esas providencias de trámite del proceso de expropiación agraria dictadas por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, pero de manera limitada o restringida, ya que expresamente se dice que "La reposición contra el auto que admita la demanda, *únicamente* puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1), 4), 5), y 7) del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil" (subrayado fuera de texto), lo que constituye ejercicio antijurídico de la potestad reglamentaria por parte del Ejecu-

tivo y desconocimiento del art. 120-3 de la Constitución de 1886, pues como lo ha dicho la Corporación de manera uniforme y reiterada: "si bien es cierto que el reglamento, es un acto por el cual se dan reglas de detalle para la aplicación de normas superiores, (leyes, ordenanzas, acuerdos), quien reglamenta no puede exceder, so pena de nulidad, la norma reglamentada" (sentencia de abril 12 de 1944, Anales, Tomo LII, núms. 335-340, pág. 84), ya que "La potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley" y no puede el gobierno 'ni ampliar ni restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la ley, porque ello no sería *reglamentar* sino *legislar.* El decreto reglamentario debe estar contenido, implícitamente, dentro de la ley reglamentada" (Sentencias de agosto 22 de 1944 y 16 de junio de 1949, anales Tomos LIII y LVII, núms. 341-346 y 362-366, págs. 66 y 225, respectivamente).

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 Fiscal y de acuerdo con él,

FALLA:

1o.– Declárase la nulidad del inciso segundo del artículo 44 del decreto reglamentario 2107 de 1988, en cuanto por dicha norma se establece que "La reposición contra el auto que admite la demanda, únicamente puede sustentarse en las circunstancias previstas por los numerales 1), 4), 5) y 7) del artículo 97 del Código de Procedimiento Civil...".

2o.– Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

3o.– Por no haberse utilizado la suma de dinero depositada para gastos judiciales, ordénase el pago al doctor Bernardo Carreño Varela, portador de la C. de C. No. 2328 de Bogotá, de la cantidad de cinco mil pesos ($5.000.oo) depositada en el Banco Popular, de la cual da cuenta el título de depósito J01008505 de 12 de diciembre de 1989. Ofíciese.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los Ministros de Justicia y Agricultura y al señor Gerente del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, INCORA, y archívese el expediente.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA/ANEXOS/NORMA LOCAL/SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia

Si se invocaba la violación de una norma jurídica de alcance no nacional, más concretamente, de carácter distrital, el demandante estaba en la obligación de aportarla como anexo de su demanda si pretendía que se adoptara la suspensión provisional respecto del acto acusado.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 22 y 24 del Decreto 0247/89 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Capital, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1784. Actor: Fernando A. Treebilcock Barvo.

Recurso de apelación contra el auto de 12 de octubre de 1989 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el apoderado especial del Distrito Especial de Bogotá contra el auto de 12 de octubre de 1989, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto decretó la suspensión provisional de los artículos 22, en lo tocante a su expresión "hasta por treinta (30) días" y 24 del Decreto No. 0247 de 19 de mayo de 1989 "Por el cual se reglamenta el funcionamiento del sistema de mercados móviles en el Distrito Especial de Bogotá", expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá.

I.– ANTECEDENTES

I.1.– El ciudadano y abogado FERNANDO A. TREEBILCOCK BARVO, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda tendiente a que se decretara la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 11, 13 numerales 3o. y 4o.; 20 numeral 11, 22, 23, 24 y 27 del Decreto 0247 de 19 de mayo de 1989.

I.2.– Mediante auto de 12 de octubre de 1989 se decretó la suspensión provisional de los artículos 22, en la expresión que dice: "hasta por treinta (30) días" y del 24 del Decreto acusado, proveído que fue apelado en tiempo oportuno por el señor apoderado del Distrito Especial de Bogotá.

II.– EL AUTO RECURRIDO

Para disponer la suspensión provisional de los artículos antes mencionados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca razonó de la siguiente manera:

II.1.– La acusación formulada contra el artículo 22 del Decreto número 0247 mencionado está llamada a prosperar parcialmente, ya que si bien no es exacto, como lo afirma el actor, que el régimen sancionatorio previsto en el Acuerdo reglamentado –se refiere al Acuerdo número 3 de 1977, anota la Sala– gire en torno a la imposición de multas, ya que también se prescribe la suspensión y hasta cancelación de la licencia o permiso otorgado para ejercer la actividad –artículo 10–, no es menos cierto que el artículo 22 acusado excede la norma reglamentada al establecer una suspensión de la licencia por un período superior al previsto por aquél. Prospera el cargo en cuanto a la primera parte del artículo 22, contenida en la expresión "hasta por treinta (30) días".

II.2.– La acusación formulada contra el artículo 24 debe prosperar por cuanto se prohibe una conducta: la cesión del permiso de vendedor, que el artículo 3o. del Acuerdo número 3 de 1977 permite sujetándolo a algunos requisitos y, de otra parte, prohibe conductas y sanciona la incursión en ellas cuando la norma reglamentada no contempla ni las unas ni las otras.

III.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado del Distrito Especial de Bogotá manifiesta su censura al auto apelado aduciendo, en esencia, lo siguiente:

1o.): Como la parte demandante señala como violadas normas de orden distrital, al acudir ante esta jurisdicción estaba en la obligación de dar cumplimiento al artículo 141 del C.C.A., que a la letra dice:

"Normas jurídicas de alcance no nacional. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticadas, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente".

No aparece por parte alguna del expediente que se haya dado cumplimiento a la citada norma, pues la parte actora ni aportó las normas distritales que alega fueron violadas por el Decreto demandado, ni solicitó al magistrado ponente que las allegara al proceso. No se entiende cómo el Tribunal suspendió provisionalmente parte del artículo 22 y en su integridad el artículo 24 del Decreto 0247 de 1989 aduciendo que violan ostensiblemente el Acuerdo 3 de 1977. En otras palabras, el estudio de las normas demandadas frente a las que posiblemente se están vulnerando no era factible, jurídico, ni procedente, sin obrar en el proceso el Acuerdo mencionado y el Acuerdo 36 de 1962 (Código de Policía de Bogotá), en razón de que la demanda adolece de ineptitud sustantiva por falta de uno de los presupuestos procesales, como es el exigido por el artículo 141 del C.C.A.

2o.): El artículo 22 del Decreto acusado no viola los artículos 9o. y 116 del Código Nacional de Policía, pues la sanción de suspensión hasta por treinta (30) días que consagra aquél concuerda con igual medida de castigo que establece el artículo 196 del Código Nacional de Policía.

3o.): El artículo 24 del Decreto 0247 de 1989 no vulnera el artículo 3o. del Acuerdo 03 de 1977 por cuanto lo que hace es transcribir la misma norma en su integridad. El artículo 24 del Decreto al igual que el 3o. del Acuerdo establece que la licencia otorgada al expendedor de mercado móvil es personal e intransferible, pues no se puede vender, ceder ni subarrendar, pues, de lo contrario, el Secretario de Gobierno está facultado para la exclusión del permiso otorgado a la asociación, cooperativa o empresa agropecuaria.

V.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para esta Sección le asiste plenamente la razón al recurrente cuando sostiene que la medida cautelar de suspensión provisional era improcedente decretarla en el presente asunto dado que si se invocaba la violación de una norma jurídica de alcance no nacional, más concretamente, de carácter distrital, como lo es el Acuerdo 03 de 1977 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá, el demandante estaba en la obligación de aportarla como anexo de su demanda si pretendía que se adoptara la medida respecto de los artículos del Decreto 0247 de 1989 por él acusados.

Debe la Sala poner de presente que a la luz de la preceptiva del artículo 188 del C. de P.C., existe en el Derecho Colombiano un principio general de derecho probatorio y es que excepcionalmente deben probarse las normas

jurídicas: las de alcance no nacional y las extranjeras. En consonancia con dicha regulación, el artículo 141 del C.C.A. señala como deber del demandante acompañar a su demanda el texto de las normas jurídicas de alcance no nacional debidamente autenticado o solicitar del ponente que lo obtenga –lo cual hará en este último caso en la etapa probatoria–. Debe destacarse también que si el actor fundamenta su solicitud de suspensión provisional en este tipo de normas, forzosamente debe acompañarlas con el libelo de la demanda, habida cuenta que el juez administrativo decide sobre tal solicitud en el auto que inicia el proceso: el admisorio de la demanda.

En lo tocante a la transgresión de los artículos 9o. y 116 del Código Nacional de Policía, la Sala advierte que el demandante la hizo descansar en que el Decreto acusado contenía normas de conducta no consideradas en el Acuerdo 03 de 1977, es decir, que está supeditada a que esta norma municipal obrara como prueba en el proceso.

La inexistencia en el expediente del expresado Acuerdo hace imposible que se pueda establecer por la Sala la violación flagrante que llevó al Tribunal a decretar la medida precautoria respecto de los artículos 22 y 24 del Decreto 0247 de 19 de mayo de 1989, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial –hoy Distrito Capital– y justifica que se revoque el proveído que así lo dispuso.

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

RESUELVE:

Se revoca el auto apelado, y, en su lugar, se dispone: denegar la suspensión provisional de los artículos 22 y 24 del Decreto 0247 de 19 de mayo de 1989, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá Distrito Capital.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

Cópiese, Notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 11 de octubre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL/PRODUCCION PRIMARIA/EXENCION TRIBUTARIA

El acto acusado está imponiendo un gravamen a un artículo alimenticio de primera necesidad, en abierta contradicción con la ley que prohíbe a los municipios imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de artículos alimenticios de primera necesidad. Igualmente se contraría la ley que prohíbe imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 1o. y su parágrafo 1o. del Acuerdo 8/85 (febrero 1o.) del Concejo Municipal de Cali.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre once (11) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1572. Actor: Alberto Montoya Montoya.— Recurso de apelación contra la sentencia de 3 de mayo de 1989, del Tribunal Administrativo del Valle.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la señora apoderada especial del municipio de Cali contra la sentencia de 3 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle, que declaró la nulidad del artículo 1o. y su parágrafo 1o. del Acuerdo número 08 de 1o. de febrero de 1985 "POR EL CUAL SE FIJA EL VALOR QUE SE COBRARA POR CONCEPTO DEL SERVICIO DEL CONTROL SANITARIO

DE ALIMENTOS QUE PRESTA LA SECRETARIA MUNICIPAL DE SALUD PUBLICA", expedido por el Concejo Municipal de Cali.

I.– ANTECEDENTES

I.1.– El ciudadano ALBERTO MONTOYA MONTOYA, 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 Valle, tendiente a obtener: a) la nulidad del artículo 1o. y su parágrafo 1o. del Acuerdo 08 de 1o. de febrero de 1985, expedido por el Concejo Municipal de Cali; y b) que se declare que quedan sin efectos los Decretos Reglamentarios dictados por el Alcalde Municipal de la misma ciudad.

I.2.– El artículo 1o. y su parágrafo 1o. acusados, son del siguiente tenor:

> "... ARTICULO PRIMERO.– La Secretaría de Salud Pública Municipal cobrará, por concepto de la prestación del servicio de control sanitario de alimentos la suma de un peso ($1.oo) por cada kilogramo de carne y derivados que se inspeccionen, y la suma de cincuenta centavos (0.50) por cada litro de alimento que se inspecciones (sic).
> Esta tarifa se incrementará de acuerdo al artículo 509 del Código Fiscal.
>
> PARAGRAFO PRIMERO: Los valores que se cobren de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se harán únicamente respecto a los alimentos que se vayan a consumir en el Municipio de Cali y sean inspeccionados por la autoridad sanitaria competente; en consecuencia, no se podrán cobrar dichos valores sobre los alimentos en tránsito...".

I.3.– Como normas violadas se invocaron los artículos 197 ordinal 2o. de la Constitución Nacional, 169 ordinal 2o. de la Ley 4 de 1913, 1o. de la Ley 20 de 1946, 1o. del Decreto 84 de 1964, 2o. del Decreto 887 de 1946, 2o. del Decreto Legislativo 102 de 1957 y 39 de la Ley 14 de 1983.

I.4.– Por auto de 31 de agosto de 1985 el Tribunal Administrativo del Valle admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del artículo y parágrafo acusados. Dicha decisión fue confirmada por auto de 5 de agosto de 1986 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, al decidir el recurso de apelación que había interpuesto la señora apoderada del municipio demandado.

I.5.– Mediante sentencia de 3 de mayo de 1989 el Tribunal Administrativo del Valle decretó la nulidad del artículo 1o. y de su parágrafo 1o. del Acuerdo 08 de 1o. de febrero de 1985 del Concejo Municipal de Cali y dejó sin efectos los Decretos Reglamentarios que se hubiesen dictado con funda-

mento en la norma anulada. Esta decisión fue oportunamente apelada por el municipio demandado.

II.– LA SENTENCIA RECURRIDA

Para acceder a las súplicas de la demanda el Tribunal de primer grado se fundamentó en la decisión de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación de 5 de agosto de 1986 que había confirmado el decreto de suspensión provisional del artículo 1o. y del parágrafo 1o. acusados.

En dicho proveído se sostuvo que al gravarse en el Acuerdo demandado el tránsito de un artículo alimenticio de primera necesidad como es la carne, se contrariaron abiertamente los artículos 1o. de la Ley 20 de 1946, 2o. del Decreto Legislativo 102 de 1957 y 39 de la Ley 14 de 1983, los cuales prohíben a los Departamentos y a los Municipios gravar la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad.

III.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para manifestar la discrepancia con la sentencia recurrida, la señora apoderada del municipio de Cali reprodujo los mismos argumentos que esgrimió en su alegato de conclusión en la primera instancia. Del escrito de sustentación del recurso se extrae, en esencia, lo siguiente:

1o.) Legalidad del Acuerdo 08 de 1985. Al expedir el mencionado Acuerdo el Concejo Municipal de Cali fijó los valores a cobrar por concepto de la prestación del servicio del control sanitario de alimentos, ajustándose totalmente a las normas que invocó, o sea: el artículo 197 numeral 2o. de la Constitución Nacional, que lo autoriza para votar de conformidad con la Constitución, la Ley y las Ordenanzas, las contribuciones y gastos locales; y la Ley 4 de 1913 que en su artículo 169 numeral 2o. lo faculta para imponer contribuciones para el servicio municipal dentro de los límites señalados por la Ley y las Ordenanzas y reglamentar su recaudo e inversión.

Los Decretos Extraordinarios Departamentales 410 Bis de 1982 (artículo 66) y 1416 Bis de 1983 (artículo 46) y antes la Ordenanza 9 E de 1980, autorizan a la entidad que preste el servicio de revisión sanitaria para determinar las sumas a cobrar por la prestación de dicho servicio. Fue con apoyo en estas normas que el Concejo Municipal expidió el Acuerdo 08 de 1985. Además, en el texto de la convención interadministrativa de integración de servicios entre el municipio de Cali y el Servicio Seccional de Salud del Valle, se enuncia, en su literal e), el producto de la venta de servicios como parte de los ingresos y rentas de la Unidad Regional de Salud de Cali. El Decreto 1469 de 1979, expedido por el señor Alcalde de Cali en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Concejo Municipal, en su ar-

tículo 53, al referirse a la Corporación de Programas Especiales de Salud, CORPES, en el parágrafo 1o. incluye, como parte del presupuesto de esa entidad municipal, el recaudo que genere el programa del control de carnes y alimentos que entren y se expendan en el municipio de Cali.

2o.) En el Acuerdo acusado el municipio de Cali no está gravando la producción primaria, agrícola y ganadera, sino que está cobrando el servicio prestado a las actividades de tercero o cuarto grado, industriales y comerciales que se ocupan por ejemplo, de la transformación en subproductos, para el caso de la carne, el expendio, distribución, transporte y comercialización de artículos alimenticios, pero como actividades industriales y comerciales en sí mismas. Muy diferente es que se tenga en cuenta, como base para el cobro del servicio de control sanitario la medida o peso del alimento, pero ello no quiere decir que se esté imponiendo un gravamen al mismo, por cuanto se cobra es a quien ejerce la actividad industrial o mercantil, no al consumidor, a quien se pretende proteger con dicho control.

El artículo 1o. del Acuerdo 08 de 1985 acusado no impone un gravamen al tránsito de productos alimenticios pues su parágrafo 1o. lo prohíbe expresamente cuando dice: "... Los valores que se cobren de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo, se harán únicamente respecto a los alimentos que se vayan a consumir en el municipio de Cali y sean inspeccionados por la autoridad sanitaria competente; en consecuencia, no se podrán cobrar dichos valores sobre los alimentos en tránsito".

Se desprende de dicha norma que el control sanitario se aplica y cobra en jurisdicción del municipio de Cali, en relación con alimentos que se transporten en la ciudad, es decir, cuyo destino es Cali y para ser consumidos en ella.

3o.) Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Conforme se manifestó en la contestación de la demanda, el artículo 4o. del Acuerdo número 19 de 15 de mayo de 1985 –que fue aportado por el actor a este proceso–, derogó expresamente el Acuerdo número 08 de 1o. de febrero de 1985. Tal derogatoria se produjo con anterioridad a la presentación de la demanda –28 de junio de 1985– y al auto que decretó la suspensión provisional del artículo y parágrafo acusados –31 de agosto de 1985–.

De lo anterior se deduce, que al momento de presentación de la demanda ya había perdido vigencia el Acuerdo número 08 de 1985 en virtud de derogatoria expresa hecha el 15 de mayo de 1985 por el Acuerdo número 19 ya mencionado. La pérdida de vigencia impedía que el Tribunal Administrativo del Valle se pronunciara sobre la nulidad impetrada, más bien ha debido declararse inhibido para fallar por sustracción de materia.

IV.– CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Tercero de la Corporación se muestra partidario que se revoque el fallo incurrido y en su lugar se disponga un pronunciamiento inhibitorio. Para ello sostiene que al haber sido derogado expresamente el acto acusado de 15 de mayo de 1985 por el artículo 4o. del Acuerdo número 19 del mismo año, esta jurisdicción no puede pronunciarse sobre la nulidad de los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas generales que no existan real y jurídicamente al momento de la presentación de la demanda.

V.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

V.1.– Sea lo primero advertir, que este proceso llegó a esta Sección después de tramitada la segunda instancia en virtud de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en su sesión de 4 de septiembre de 1990 autorizó que se enviara por la Sección Cuarta.

En orden a decidir sobre las censuras planteadas por la señora apoderada de la entidad pública recurrente, la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

Se impone, en primer lugar, el pronunciamiento sobre la excepción propuesta de ineptitud sustantiva de la demanda, que se hace consistir en que en razón de que el artículo 4o. del Acuerdo número 19 de 15 de mayo de 1985, del Concejo Municipal de Cali, derogó expresamente el Acuerdo número 08 de 1o. de febrero del mismo año, contentivo del artículo 1o. y su parágrafo 1o. acusados, el Tribunal *a-quo* debió inhibirse de decidir por sustracción de materia.

En relación con la teoría de la sustracción de materia cabe señalar que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 14 de enero de 1991, con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta Padilla, no le acogió, aduciendo lo siguiente:

> "... opina la Sala que la derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aún si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que sólo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además, se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la

anulación lo hace *ab-initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

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.

Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de esta última, o, a contrario *sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

Por ello la Sala opina que, aún a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del órden (sic) jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

Por las razones expresadas, y aún a pesar de que se considere que los artículos 1o. y 2o. del decreto 196 de 1986 hubiesen sido derogados por la ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusadas, entendiéndose que si properara (sic) esta última posibilidad, la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieron vigentes...". (Ref.: Expediente No. S–157 - Actor: ROBERT BRUCE RAISBECK).

Significa lo precedente, que habiendo sido incoada la acción de nulidad en el presente asunto contra un acto administrativo de carácter general, como lo es el Acuerdo número 08 de 1985, a pesar de su derogatoria expresa por el Acuerdo número 19 de 15 de mayo de 1985, debió el Tribunal, como en efecto lo hizo, pronunciarse sobre su legalidad o ilegalidad durante el tiempo de su vigencia –del 1o. de febrero al 15 de mayo de 1985–, pues la derogatoria sólo surte efectos hacia el futuro, permaneciendo incólumes los producidos anteriormente, los cuales sólo pueden ser enervados con la sentencia de nulidad, la cual, por su efecto retroactivo, afecta el acto desde su génesis o formación.

V.2.– Para decidir en relación con los dos primeros cargos formulados por la señora apoderada del municipio de Cali, la Sala considera que ellos no logran desvirtuar las razones de orden jurídico que llevaron, tanto al Tribunal *a-quo* como a la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, a decretar la suspensión provisional del artículo 1o. y de su parágrafo 1o. acusados.

En efecto, muy claro resulta que cuando el Acuerdo acusado determina en su artículo 1o. y su parágrafo 1o. una tarifa "... por concepto de la prestación del servicio de control sanitario de alimentos la suma de un peso (1.oo) por cada kilogramo de carne y derivados que se inspeccionen, y la suma de cincuenta centavos (0.50) por cada litro de alimentos que se inspeccionen (sic)...", y que con dicha tarifa sólo se gravan los alimentos que se vayan a consumir en el municipio de Cali y no los que estén en tránsito, con ello se está imponiendo un gravamen a un artículo alimenticio de primera necesidad, como lo es la carne, en abierta contradicción con el artículo 1o. de la Ley 20 de 1946 que prohíbe a los municipios imponer o cobrar gravámenes de cualquier clase o denominación a la producción y tránsito de los artículos alimenticios de primera necesidad, entre los cuales el artículo 20 del Decreto Legislativo 102 de 1957 señala la carne. Igualmente se contraría el artículo 39 de la Ley 14 de 1983 que prohíbe imponer gravámenes de ninguna clase o denominación a la producción primaria, agrícola, ganadera y avícola. Las violaciones anotadas conllevan la de los artículos 197 ordinal 2o. de la Constitución de 1886 y 169 ordinal 2o. de la Ley 4a. de 1913, que sujetan las facultades impositivas de los Concejos Municipales a que se ejerzan conforme a la Ley.

En cuanto toca a lo manifestado por la parte demandada que el artículo 1o. y su parágrafo 1o. *sub-judice* se conforman a los Decretos Departamentales 410 Bis de 1982, 1416 Bis de 1983 y a la Ordenanza 9E de 1980, ello lo que hace es poner de manifiesto que dichas normas departamentales desconocen también los preceptos constitucionales y legales antes enunciados.

Las consideraciones hechas, permiten concluir, que la decisión del Tribunal *a-quo* de decretar la nulidad del artículo 1o. y su parágrafo 1o., del Acuerdo número 08 de 1o. de febrero de 1985, expedido por el Concejo Municipal de Cali, estuvo ajustada a derecho, aunque debe advertirse que los efectos quedan circunscritos al tiempo de vigencia del referido Acuerdo.

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:

Se confirma la sentencia apelada.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 11 de octubre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION CAMBIARIA/CADUCIDAD

En materia de contravenciones al Estatuto de Control de Cambios, la norma aplicable a la prescripción de las acciones que de ella se derivan es el artículo 1o. de la Ley 33/75, que la establece en el término de cuatro años.

CONTRAVENCION CAMBIARIA/DIVISAS

Siendo de carácter restrictivo la interpretación de las normas sobre el Régimen de Cambios Internacionales, en razón de las regulaciones que tienen que ver con el orden público económico del país, es obvio que la posesión y negociación de divisas sólo se admite en los casos contemplados en la ley, y con el cumplimiento de los requisitos que allí se consagran. Consecuencialmente, si la persona, natural o jurídica, aunque se encuentre autorizada para su adquisición deja de cumplir con los requisitos que para su procedencia establecen las normas legales, incurre en violación no sólo de aquéllas que regulan su lícita actividad sino también de las que exigen el encuadramiento de la posesión de las divisas a las situaciones establecidas en el Estatuto Cambiario.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1465. Actor: Bernardo Londoño Gómez.— (Casa Central de Cambios).

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 14 de septiembre de 1989.

I.– ANTECEDENTES

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

El ciudadano Bernardo Londoño Gómez, 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 la Resolución No. 00137 de 21 de marzo de 1986, expedida por el Superintendente de Control de Cambios, mediante la cual se le impuso una multa como persona natural y como propietario de la Casa Central de Cambios, y el restablecimiento del derecho violado con dicho acto, el cual se traduce en ordenar a "la Nación (Tesorería General de la República), y/o a la Superintendencia de Control de Cambios" la devolución del valor de la multa pagada, con la respectiva corrección monetaria y sus intereses comerciales corrientes, desde la fecha en que fue cancelada.

b.– El acto acusado.

Mediante la Resolución No. 00137 de 21 de marzo de 1986, el Superintendente de Control de Cambios impuso al señor Bernardo Londoño Gómez como persona natural y como propietario de la Casa Central de Cambios "una multa a favor del Tesoro Nacional en cuantía de $18'047.411.64 equivalente al 80% de $22'559.264.55, monto de la infracción cambiaria comprobada, por violación a los artículos 4, 10, 28, 32 y 246 del Decreto-Ley 444 de 1967, 2o. de la Resolución 00118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios (modificada por la Resolución 344 de 1983) y a la Resolución 58 de 1976 de la Junta Monetaria (hoy 46 de 1983)". Igualmente, se señalaron las consecuencias en caso de no producirse el pago oportuno de la multa, o de no ejercitarse el recurso de reposición contra tal acto en el mismo término, y se denegó la solicitud de prescripción invocada, (fls. 25 a 32 Cdno. No. 1).

c.– Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 3 a 11 Cdno. No. 1):

1o.– El Jefe de la Seccional Bogotá de la Superintendencia de Control de Cambios por auto de fecha 22 de marzo de 1983 ordenó practicar una visita de carácter administrativo al señor Bernardo Londoño Gómez en la

carrera 6a. No. 14-40. La diligencia se llevó a cabo en esta misma fecha por los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios.

2o.– Por auto de 19 de mayo de 1983, el funcionario referido en el numeral anterior ordenó la ampliación de la visita administrativa realizada al señor Londoño Gómez, quien se opuso a la realización de esta diligencia.

3o.– En ausencia del señor Londoño Gómez, los funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios efectuaron una revisión al establecimiento de comercio, dispusieron la retención de las monedas extranjeras y documentos relacionados en el acta pertinente y determinaron continuar con la visita al día siguiente.

4o.– El 20 de mayo de 1983, en presencia del señor Londoño Gómez continuó la práctica de la diligencia, que culminó con una nueva retención de divisas y documentos por parte de los funcionarios comisionados.

5o.– A la petición del señor Bernardo Londoño Gómez sobre la devolución de una cantidad de dólares "amparados con la papeleta de la forma 386" del Banco de la República, la comisión visitadora respondió que sería resuelta en su oportunidad por la Superintendencia.

6o.– La Superintendencia de Control de Cambios abrió investigación contra el señor Londoño y la Casa Central de Cambios el día 23 de mayo de 1983, por posibles violaciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior.

7o.– El día 31 de enero de 1984 culminó la investigación, con la formulación de cargos al señor Bernardo Londoño Gómez, como persona natural "por violación a los artículos 28, 32 y 246 del Decreto Ley 444 de 1967 y de la resolución 56 de 1976 de la Junta Monetaria" y como propietario del establecimiento Comercial Casa Central de Cambios, "por violación a los artículos 4o. y 10o. del Decreto Ley 444 de 1967 y el artículo 2o. de la resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios".

8o.– En forma oportuna, por intermedio de apoderado, el señor Londoño Gómez contestó los cargos expresando en primer lugar que aunque había abierto sin autorización de la Oficina de Cambios del Banco de la República algunas cuentas en Bancos en el exterior, al enterarse de la necesidad de aquélla, en mayo de 1983 procedió a su cancelación.

En cuanto a los cargos formulados como propietario de la Casa Central de Cambios, argumentó que no se habían producido las violaciones imputadas, pues contaba con autorización de la Superintendencia de Control de Cambios para adquirir divisas de extranjeros no residentes, y porque no ha-

bían vencido los plazos para vender al Banco de la República las divisas a que se refieren las operaciones investigadas.

9o.– Ante la falta de pronunciamiento de la Superintendencia de Control de Cambios sobre los descargos rendidos, el 25 de septiembre de 1985 se solicitó se decretara la prescripción de la acción, con base en el inc. 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984, habida cuenta de que había transcurrido más de un (1) año desde el día 23 de mayo de 1983, fecha de apertura de la investigación.

10o.– Mediante la Resolución No. 00137 de 21 de marzo de 1986 la Superintendencia de Control de Cambios puso fin a la investigación, imponiendo al señor Bernardo Londoño Gómez una multa de $18'047.411.64, equivalente al 80% de la suma de $22'559.264.55, en que estimó el monto de la infracción cambiaria.

11o.– Contra la referida resolución procedía el recurso de reposición, el cual no se interpuso, "porque de antemano se sabe que no prospera y sí se demora largo tiempo en resolverse", y, en consecuencia, se efectuó la cancelación del valor de la multa impuesta.

12o.– "La vía gubernativa se encuentra agotada por no haberse interpuesto el recurso de reposición, encontrándose en firme la resolución sancionatoria".

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

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 11 a 21 Cdno. No. 1):

PRIMER CARGO: Violación del artículo 16 de la –hoy derogada– Constitución Política, por cuanto la multa impuesta por la Superintendencia de Control de Cambios atentó contra sus bienes y carece de justificación legal.

SEGUNDO CARGO: Violación de los artículos 23 de la Constitución y 223 y 224 del Código de Procedimiento Penal vigente en ese momento. De la primera norma citada, por cuanto en los autos en que se ordenó la práctica de las visitas administrativas no se precisaron aspectos como su objeto, hora y fecha, ni los funcionarios encargados de realizarlas. Al respecto anota que si bien el artículo 217–c del Decreto Ley 444 de 1967 –fundamento legal de los "autos de visita"– otorga unas facultades muy amplias a la Superintendencia de Control de Cambios, la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de 15 de diciembre de 1969 con ponencia del doctor Hernán Toro Agudelo "fijó el alcance de dicha norma de las funciones seña-

ladas a la Prefectura de Control de Cambios, hoy Superintendencia" (sic), y transcribe apartes del referido fallo. Además como la Superintendencia les da el valor de inspección judicial a las visitas administrativas efectuadas, se produce la violación de los artículos 223 y 224 del C. de P.P., que definen lo que significa esta prueba, e indican los requisitos que deben concurrir para que tenga valor probatorio.

TERCER CARGO: Violación del artículo 26 de la Constitución Nacional por falta de aplicación del artículo 16 de la Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios e indebida aplicación del artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967.

A través de la Resolución mencionada la Superintendencia de Control de Cambios reguló el recibo de divisas por parte de las personas naturales y jurídicas que se dediquen a su cambio por moneda nacional, para lo cual se debe solicitar y obtener la respectiva autorización de la entidad referida. Igualmente en ella se señalan las obligaciones de las Casas de Cambios o de sus propietarios en sus artículos 2o., 4o. y 11.

El señor Bernardo Londoño Gómez reunió los requisitos exigidos, por lo que la Superintendencia le expidió la credencial No. TN 1538, lo cual implicó su sometimiento al régimen previsto en la Resolución 118 de 1977, circunstancia que impide que pueda ser considerado como poseedor ilegal de divisas.

Por otra parte, el artículo 16 de la Resolución 118 establece que el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las Casas de Cambio o de sus propietarios acarreará como sanción la imposición de multas sucesivas hasta de $20.000.000.oo (sic) convertibles en arresto y no "multas hasta del 200% del monto de la operación comprobada", como lo establece el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967 que fue la norma aplicada por la Superintendencia en la sanción de multa impuesta al actor.

No obstante lo anterior, el actor acepta que la Resolución 118 de 1977 constituye un desarrollo normativo del Decreto 444 de 1967.

La violación del artículo 26 de la Constitución se produce porque la Superintendencia impuso "una pena no prevista para las personas que infrinjan las normas que las autoriza para recibir divisas" (sic).

Finalmente, en apoyo de sus argumentaciones cita las sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia de fechas 22 de julio de 1970 y 5 de noviembre de 1979.

CUARTO CARGO: Violación del inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984 por falta de aplicación y de los artículos 18 y 41 del Código

Penal, por cuanto en la Resolución que impuso la sanción al actor, pese a haber transcurrido más de un año desde la fecha de apertura de la investigación, no se decretó la prescripción de la acción.

Afirma el actor que el inciso 2o. del art. 9o. de la Ley 2a. de 1984, es aplicable a las contravenciones al régimen cambiario y de comercio exterior, por cuanto derogó la primera parte del artículo 1o. de la Ley 33 de 1975. En efecto, dispone la norma violada que cuando se trate de "contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley (se refiere a las de competencia de las autoridades de policía), la acción penal prescribirá en un (1) año y la sanción en dos (2)".

La Superintendencia en su afán de negar la aplicación de la norma citada afirmó en el acto acusado, que tales contravenciones son las que se tramitan en juicios de policía de carácter penal y no las de naturaleza administrativa como lo son las cambiarias, lo cual es equivocado, pues tal norma no hace ninguna diferenciación en cuanto a la clase de contravenciones a las que les es aplicable.

El Código Penal en su art. 18 divide los hechos punibles en delitos y contravenciones, excluyendo así cualquier otra categoría que pretenda establecerse, en la misma Ley 33 de 1975 se denomina contravenciones a las infracciones al régimen cambiario. Por su parte, de acuerdo con el art. 41 del Código Penal la multa es una de las penas que se generan como consecuencia de la comisión de los hechos delictuosos o contravencionales, de manera que cuando la Ley "establezca una multa para cualquier acción, está creando una contravención de naturaleza penal, sin importar la autoridad que la aplique, bien puede ser puramente administrativa, policiva o judicial".

e.– Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 63 a 76 y 93 a 112 Cdno. No. 1):

Excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa como presupuesto procesal de la acción.

Dentro del campo de competencia material que le ha sido asignada por el Decreto Ley 444 de 1967, la Superintendencia de Control de Cambios adelanta un procedimiento administrativo de características especiales, que se ha denominado administrativo – cambiario y que se encuentra regulado por los artículos 217 a 225 del Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior.

El estatuto referido en materia de agotamiento de la vía gubernativa establece en su art. 223 que contra las resoluciones que deciden las infraccio-

nes cambiarias sólo procede el recurso de reposición, y que surtido tal recurso se entiende agotada dicha vía.

Regulación en idéntico sentido contiene el Decreto 212 de 1977 en su artículo 3o.

El Decreto 01 de 1984, al precisar su campo de aplicación en el art. 1o. y en desarrollo del criterio de respeto a la especialidad señalado por la Ley 58 de 1982 expresamente establece que "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas...", e igualmente indica que en lo no previsto por tales leyes se aplicarán en forma supletiva las normas de la primera parte de dicho ordenamiento que fueren compatibles.

Por su parte, el artículo 50 del citado Decreto establece los recursos que por regla general proceden contra los actos que ponen fin a las actuaciones administrativas, puntualizando que las decisiones de los superintendentes no son susceptibles del recurso de apelación.

En el procedimiento administrativo cambiario, regido por normas especiales, "no le es dable al administrado el utilizar o no el recurso de reposición para agotar la vía gubernativa... Es por el contrario un imperativo legal el proponer la reposición... para que se entienda agotada dicha vía".

El actor incurre en inexactitud cuando afirma que se agotó la vía gubernativa por encontrarse en firme la resolución demandada al no haber interpuesto el recurso de reposición conforme al art. 62 del C.C.A., pues confunde la firmeza del acto administrativo con el agotamiento de la vía gubernativa. Pese a la prevención que se le hizo sobre el recurso que contra la resolución demandada procedía el actor hizo caso omiso de ello, por lo que no se produjo el agotamiento de la vía gubernativa y en consecuencia, surge la inexistencia de uno de los presupuestos procesales de la acción.

Refuerza esta defensa citando el auto de fecha 16 de mayo de 1986 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, dictado dentro del proceso No. 0342, actor: Caja Social de Ahorros y del cual fue ponente el Consejero Enrique Low Murtra.

EN CUANTO AL PRIMER Y TERCER CARGOS:

El ataque del actor se dirige contra la sanción impuesta por poseer y negociar con divisas por fuera del mercado de certificados de cambio o de capitales (arts. 4 y 10 D.L. 444 de 1967), así como por violación del art. 2o. de la Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios.

Es cierto que el actor tenía autorización para recibir divisas en ejercicio de su actividad como cambista, pero el material probatorio obrando en el ex-

pediente administrativo demostró que las divisas encontradas en la visita practicada no provenían del ejercicio de la actividad para la que había sido autorizado, ni fueron adquiridas a extranjeros no residentes, por lo que siendo ilegal el origen de las divisas, incurrió en posesión ilegal de divisas, violando el artículo 4o. del D.L. 444 de 1967.

De otra parte, si las divisas se adquirían por medio de la casa de cambio violando el art. 2o. de la resolución 118 de 1977 (modificada por la 344 de 1983), esa negociación también era ilegal, porque se efectuó por fuera del mercado de certificados de cambio y de capitales, contrariando igualmente el art. 10o. del D.L. 444 de 1967, no siendo aplicables los demás artículos de la citada resolución "precisamente por no haber sido legal ese recibo de divisas".

La regulación especial para las casas de cambio contenida en la Resolución 118 de 1977 no las sustrae de la aplicación de las sanciones establecidas por el D.L. 444 de 1967, pues aquélla constituye un desarrollo normativo de este último, de ahí que se impusiera al señor Londoño Gómez propietario de la Casa Central de Cambios "una multa graduada de conformidad con el artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967...".

De lo anterior se concluye que la Resolución 00137 de 21 de marzo de 1986 fue expedida en forma regular, con verdadera y real motivación tanto de hecho como de derecho, por lo que no hubo violación del artículo 16 de la Constitución Nacional.

Sobre este aspecto cita la sentencia de 13 de abril de 1984 de la Sección Primera del Consejo de Estado, de la cual fue ponente el Consejero Roberto Suárez Franco.

EN RELACION CON EL SEGUNDO CARGO:

La función de control y vigilancia ejercida por la Superintendencia de Control de Cambios le permite inspeccionar directamente a todos aquellos que realicen actividades sujetas a su control; inherente a tal función es la práctica de *"visitas periódicas"* las cuales se efectúan una vez abierta la investigación administrativa cambiaria y que tienen fundamento legal en los artículos 217 del D.L. 444 de 1967, 2, 8 literal a), 9 literal a), y 12 literal e) del Decreto 624 de 1974.

Conforme a lo anterior, es lógico que tales visitas se practiquen sin el conocimiento previo del investigado "a quien en el momento se le hace entrega del oficio por medio del cual se le comunica que se le practicará visita administrativa, y en el que se indica cuáles son los funcionarios encargados de hacerla...".

Tal procedimiento en el caso del señor Londoño Gómez se cumplió rigurosamente, lo cual se comprueba plenamente con el acta de esa visita administrativa. Sin embargo, no se sometió a las normas del Código de Procedimiento Penal "a las cuales sólo se remite la Superintendencia de Control de Cambios en el momento de hacer la respectiva valoración probatoria", conforme al art. 222 del D.L. 444 de 1967, por lo que al no ser aplicables los artículos 223 y 224 del C.P.P. su no aplicación no constituye violación alguna.

Además las visitas fueron ordenadas por funcionario competente, se determinó el sujeto y objeto de la diligencia y se indicaron los funcionarios que las practicaron, de tal manera que, no se produjo violación alguna del artículo 23 de la Constitución Política.

EN CUANTO AL CUARTO CARGO:

Las infracciones a la normatividad cambiaria constituyen contravenciones de naturaleza estrictamente administrativa, reguladas por el Decreto Ley 444 de 1967; su naturaleza es distinta a la de las contravenciones penales, aunque con los mismos efectos generales, esto es, la imposición de sanciones. Sin embargo, el decreto mencionado sólo se remite al procedimiento penal en lo referente a la valoración de la prueba.

No puede pretextarse la sanción derivada de la infracción al estatuto cambiario para darle un carácter penal que no tiene. Por lo mismo, no es procedente la aplicación de normas penales como el inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984, pues la prescripción en materia cambiaria se regula por normas especiales contenidas en la Ley 33 de 1975.

Aplicando al presente caso el término para el ejercicio de la acción por contravenciones al Régimen de Control de Cambios, si se dio apertura a la investigación el 23 de mayo de 1983, la competencia de la Superintendencia para adoptar una decisión de fondo existía hasta el 22 de mayo de 1987, de manera que la Resolución demandada fue proferida dentro del plazo prescrito por la Ley 33 de 1975. Al respecto, cita diversas jurisprudencias contenidas en fallos tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, al igual que en conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

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 12 de septiembre de 1986 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fl. 58 Cdno. No. 1).

Por auto de fecha 4 de diciembre de 1986 a fl. 81 ibídem, se decretaron las pruebas solicitadas.

Dentro del término para alegar de conclusión las dos partes hicieron uso de ese derecho (fls. 93 a 124 Cdno. No. 1).

Mediante auto de 11 de diciembre de 1987 (fl. 132 ibídem) se rechazó de plano el incidente de nulidad propuesto por la apoderada de la parte demandada; recurrido en súplica, fue confirmado en providencia de fecha 14 de abril de 1988 (fls. 141 a 143 Cdno. 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 las siguientes consideraciones principales (fls. 152 a 178 Cdno. No. 1):

En cuanto a la excepción formulada declaró su no prosperidad, pues estimó que sí hubo agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto ni el art. 223 del D.L. 444 de 1967 ni ninguna otra norma establece que contra actos como el demandado sea obligatorio interponer el recurso de resposición para efectuar tal agotamiento; condición que tampoco exige el C.C.A. Si bien el D.L. 444 de 1967 contiene un procedimiento especial, ello no obsta para que en desarrollo del art. 1o. del C.C.A. se apliquen las normas de la primera parte de ese código en los aspectos no previstos por aquéllas; esto ocurre en materia de obligatoriedad o discrecionalidad para la interposición del recurso de reposición, pues en ese punto el citado decreto "guarda silencio".

En relación con el fondo de la controversia, el *a-quo* consideró en primer lugar, que el inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984 reguló la prescripción de la acción de las contravenciones penales y, por tanto, "no resulta aplicable a las contravenciones al estatuto cambiario" de una parte por su naturaleza administrativa y de otra porque en el momento de expedición de la citada ley se encontraban reguladas por la norma especial contenida en el art. 1o. de la Ley 33 de 1975 que no podía ser modificada por aquélla. De manera que no se presenta la prescripción de la acción, de conformidad con la norma que rige la prescripción en materia cambiaria. A este respecto cita la sentencia de 15 de diciembre de 1969 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia de la Sección Tercera de esa Corporación de fecha 10 de agosto de 1989 correspondiente al proceso No. 85-D-2300.

Por otra parte estimó que los artículos 1o. y 2o. de la Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios, son normas permisi-

vas que facultan a las personas que cumplan determinados requisitos para realizar operaciones de cambio de divisas con extranjeros no residentes en el país; que además describen algunos de los casos excepcionales que posibilitan que personas naturales o jurídicas pueden adquirir divisas, pero que no contienen las obligaciones que deben cumplir con el fin de facilitar el control y la vigilancia de sus actividades. La sanción prevista en el art. 16 de la mencionada resolución se aplica en el evento de que las personas en ella autorizadas para recibir divisas desconozcan las obligaciones que les han sido señaladas en la misma.

"La infracción a las normas sobre posesión y negociación de divisas da lugar a la imposición de una sanción prevista para una falta grave al régimen de Control de Cambios y, por tanto, resulta aplicable el art. 221 del decreto 444 de 1967". Si en casos como el previsto en el art. 4o. de la Resolución 118 de 1977 hay lugar a aplicar la sanción prevista en el art. 221 del D.L. 444 de 1967, una falta más grave como es la posesión ilegal de divisas no puede ocasionar una sanción menor. "Luego si la misma Resolución reconoce que la sanción por la demora en el reintegro origina una sanción de conformidad con el artículo 221 del Decreto 444 de 1967, lo consecuente es que por la posesión y negociación ilegal de divisas –aunque no lo dijo expresamente– dé lugar igualmente a una sanción de acuerdo con esa norma". Consecuentemente con lo anterior, no se produjo la violación del art. 26 de la C.N.

Tampoco se violó el art. 23 de la Constitución Política, pues la Superintendencia de Control de Cambios obró de conformidad con el literal c) del art. 217 del decreto 444 de 1967 y el literal b) del art. 2o. del Decreto 624 de 1974 que regulan las diligencias que debe efectuar en ejercicio de las facultades de vigilancia y control en materia cambiaria. Dentro del procedimiento establecido en el D.L. 444 para las investigaciones realizadas por dicha entidad, no se establece como requisito el indicar el objeto de la diligencia, ya que se entiende que es el de verifidar el cumplimiento de las disposiciones del Régimen de Cambios, de manera que en la investigación efectuada la Superintendencia se ajustó a sus disposiciones.

De todo lo anterior surge como conclusión que no se produjo la violación del artículo 16 de la C.N., pues no se demoró que sin justificación se hubiere atentado contra los bienes del actor.

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:

1) Al momento de proferirse el acto acusado se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción, pues en materia de contravenciones

cambiarias la norma aplicable es el inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984 y no el artículo 1o. de la Ley 33 de 1975.

2) La Superintendencia de Control de Cambios desestimó "... el valor probatorio de los comprobantes expedidos a los extranjeros no residentes, con el argumento de que, en el momento en que esa oficina averiguó por su paradero, encontró, o que se hallaban unos fuera del país, o no estaban alojados en el sitio en que dijeron estarlo, o su entrada al territorio nacional no estaba registrada en las dependencias del DAS".

3) La sanción impuesta a la parte actora debió ser la establecida en el artículo 16 de la Resolución No. 118 de 1977 y no la que consagra el artículo 221 del Decreto 444 de 1987, en armonía con el artículo 4o. de la misma Resolución No. 118 de 1977.

IV.– LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, la parte demandada se opone a las pretensiones del recurrente esgrimiendo prácticamente los mismos argumentos que utilizó para oponerse a las pretensiones de la demanda, y que expresó en el trámite de la primera instancia, por lo que solicita se confirme íntegramente la sentencia recurrida (fls. 199 a 208 Cdno. No. 1).

V.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 210 a 215 Cdno. No. 1):

Tras una breve exposición sobre la naturaleza jurídica de los actos administrativos regulados por el D.L. 444 de 1967, estima que el inciso 2o. del artículo 9o. de la Ley 2a. de 1984, "se refiere expresamente en su texto a la *prescripción de la 'acción penal'* en las contravenciones" y no a las acciones de tipo administrativo, las cuales se encuentran reguladas por la Ley 33 de 1975.

La Resolución 118 de 1977 al reglamentar el recibo de divisas en las casas de cambio establece que sólo se podrán adquirir de extranjeros no residentes, previa comprobación de esa calidad. Sólo mediante la comprobación de la residencia pasajera en los sitios señalados por la actora "se podía probar su estadía en Colombia", lo cual no efectuó hasta el momento actual del proceso.

Por último conceptúa que si se constató en el proceso la violación de los artículos 4o., 10, 28, 32 y 246 del D.L. 444 de 1967, como también del artículo 2o. de la Resolución 118 de 1977 y además que teniendo en cuenta

la gravedad de la conducta sancionada, es "clara la remisión que de la falta a que se refiere el artículo 4o. de la Resolución 118 hace a que la sanción de ella deba ser conforme a lo señalado por el artículo 221 del Decreto 444 de 1967".

Por lo anterior, considera que no deben prosperar las pretensiones del apelante.

VI.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala procederá al análisis de las razones expuestas por el apelante en el mismo orden en que fueron planteadas:

1o.– La prescripción de la acción contravencional cambiaria.

Desde el año de 1978 hasta la fecha, constituye jurisprudencia invariable de esta Corporación el que en materia de contravenciones al Estatuto de Control de Cambios, la norma aplicable a la prescripción de las acciones que de ella se derivan es el artículo 1o. de la Ley 33 de 1975, que la establece en el término de cuatro años (Ver sentencia de la Sección Primera, Consejero Ponente doctor Humberto Mora Osejo. Actor: María Alcira Waldurraga Pinilla y otros. Expediente No. 2485. Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre 1978, Nos. 459-460. Págs. 159 a 162).

No cosa distinta a la expresada en el párrafo anterior puede deducirse, cuando el mismo encabezamiento de la citada Ley 33 determina que mediante ella "... se dictan normas sobre la prescripción de la acción y de la sanción en las contravenciones al Régimen de Cambios Internacionales y de Comercio Exterior".

De otra parte, la Sala no comparte, ni podría compartir, lo expresado por el actor, en el sentido de que a partir de la expedición de la Ley 2a. de 1984, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2o. de su artículo 9o., desaparecieron de nuestra legislación todos los regímenes contravencionales de carácter administrativo, en razón de que "este inciso no hace discriminación en cuanto a la clase de contravenciones a que ha de aplicarse, pues en sentido general habla de las contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley, sin especificar que su naturaleza sea de carácter penal o penal administrativo propiamente".

En efecto, para llegar a la conclusión del actor, habría que partir de la base errada de que con la expedición de la Ley 2a. de 1984 quedó derogada tácitamente toda la legislación anterior que en infinidad de diferentes materias consagra términos especiales de caducidad de las acciones contravencionales de naturaleza administrativa, y echar por tierra el sabio principio consagrado en la regla primera del artículo 45 de la Ley 57 de 1887, que expresa: "La

disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general".

Como consecuencia de lo expuesto, la Sala acoge lo expuesto por el Tribunal en la sentencia recurrida, cuando expresa:

"... no cabe duda en el sentido de que el inciso segundo del artículo 9o. de la ley 2a. de 1984 regula la prescripción de la acción y de la sanción de contravenciones de naturaleza penal, conforme a las siguientes consideraciones: 1a.– El texto de ese inciso es el siguiente: "Tratándose de contravenciones diferentes a las mencionadas en esta ley, la acción penal prescribirá en un (1) año y la sanción en dos (2)... De lo anterior se infiere que la contravención es de carácter penal, pues la norma habla expresamente de la prescripción de la acción penal; 2a.– En el primer inciso del artículo 9o. de la ley 2a. de 1984 se establece que las acciones de que trata el capítulo del cual hace parte la norma –el primero– prescribirán en el término de dos años contados a partir de la realización del hecho y que la pena prescribirá conforme a los términos establecidos en el Código Penal. Y ocurre que las acciones a que se alude ese capítulo son las correspondientes a las contravenciones previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971 y a los delitos de lesiones personales en los casos del artículo 332 del Código Penal, cuando la incapacidad no exceda de treinta (30) días y no produzca otras consecuencias y a los delitos contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no exceda de treinta mil pesos ($30.000). De manera que cuando el inciso segundo del artículo 9o. dice que tratándose de contravenciones diferentes a las mencionadas en esa ley la acción penal prescribirá en un año y la sanción en dos, quiere significar que se trata de las contravenciones de carácter penal distintas de las previstas en los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto número 522 de 1971; 3a.– El artículo 9o. de la mencionada ley se encuentra ubicado en el capítulo primero que trataba de la competencia de las autoridades de policía en materia penal y modificaba el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal para asignársela a los mismos, así como de las sanciones por los delitos y contravenciones señaladas en ese capítulo, y del procedimiento para investigar esos mismos hechos punibles, es decir que tiene aplicación para cuestiones de naturaleza netamente penal.

"En estas condiciones se llega a la conclusión de que el inciso segundo del artículo 9o. de la ley 2a. de 1984 reguló lo relativo a la prescripción de la acción de las contravenciones de carácter penal y, por tanto, no resultaba aplicable a las contravenciones al estatuto cambiario, pues, de una parte, estas son de naturaleza administrativa, y, de otra, con respecto a estas regía en el momento de la expedición de esa ley una norma especial –el artículo 1o. de la ley 33 de 1975–. El artículo 9o. de la ley 2a. de 1984 no tuvo la virtualidad de modificar el artículo 1o. de la

ley 33 de 1975, pues aquélla se refería a una materia diferente a la regulada por esta en forma especial. El inciso 2o. del artículo 9o. de la ley 2a. de 1984 sí fue aplicado a infracciones de naturaleza administrativa en los eventos en que no existía una norma especial que regulara ese aspecto, pues en ese caso se presentaba un vacío que se llenaba con esa norma, mas no cuando, como ocurre en este proceso, existía una disposición especial que regulaba ese punto.

"No se presenta, la prescripción de la acción, pues si bien es cierto que entre la fecha de la apertura de la investigación –23 de mayo de 1983– y la de la sanción –21 de marzo de 1986– transcurrió más de un año, ello no da lugar a la ocurrencia de ese fenómeno, pues para ello se requería, conformidad con el artículo 1o. de la ley 33 de 1975, trascurrieran más de cuatro años".

2o.– Desestimación por parte de la Superintendencia de Control de Cambios del valor probatorio de los comprobantes expedidos a extranjeros no residentes.

Frente a este motivo de inconformidad de la parte actora, la Sala considera que si bien en los "Hechos" de la demanda se transcriben aparte del escrito de descargos presentado ante la Superintendencia de Control de Cambios, en donde se hace referencia a esta circunstancia, no hay lugar a pronunciamiento alguno al respecto en esta sentencia, en razón de que este cargo no se formuló como tal en el escrito de demanda y, por tanto, no fue considerado por el Tribunal en la providencia apelada.

3o.– La norma aplicable como fundamento de la sanción impuesta.

De conformidad con el acto acusado, la Superintendencia de Control de Cambios fundamentó su decisión de sancionar a la parte actora con una multa equivalente al 80% de la infracción cambiaria, en virtud de la facultad que le otorga el artículo 221 del Decreto-Ley 444 de 1967.

También se deduce del acto acusado que la Superintendencia de Control de Cambios sancionó con la mencionada multa a la parte actora, en virtud de haber incurrido en dos clases de violaciones al Estatuto de Control de Cambios, a saber:

a) Por poseer cuentas corrientes en el exterior, sin la autorización de la Oficina de Cambios del Banco de la República, con lo cual se violó el artículo 32 del Decreto-Ley 444 de 1967 y los artículos 28 y 246 del mismo Decreto, en concordancia con la Resolución 58 de 1976 ("hoy 46 de 1983") de la Junta Monetaria (fls. 27 vto. y 28).

b) Por poseer y negociar con divisas por fuera del mercado de certificados de cambio o de capitales (artículos 4o. y 10o. del Decreto-Ley 444 de 1967), y por violación del artículo 2o. de la Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios.

Frente al primero de los cargos imputados en el acto acusado, la parte actora no sólo se abstiene de cuestionarlo en la demanda, sino que, en el alegato de conclusión, afirma que el Superintendente de Control de Cambios utilizó correctamente la facultad sancionadora, en los términos del artículo 221 del Decreto Ley 444 de 1967 (véase fl. 121).

Por el contrario, y en relación con el segundo de los cargos, la parte actora considera en su escrito de apelación que si una persona, natural o jurídica, está autorizada por la Superitendencia de Control de Cambios para "poseer y negociar divisas" en los términos de los artículos 1o. y 2o. de la Resolución 118 de 1977, e infringe alguna de las obligaciones que tales normas le imponen, la única sanción posible de aplicársele es la consagrada en el artículo 16 de tal reglamentación, consistente, entre otras, en multas sucesivas hasta de $20.000.oo, pero en ningún momento la establecida en el artículo 221 del Decreto-Ley 444 de 1967, en virtud de que aquélla está expresamente dispuesta como consecuencia del incumplimiento de lo allí previsto.

En primer término, la Sala considera que el hecho de que las personas, naturales o jurídicas, estén autorizadas legalmente para recibir divisas, no las exime en momento alguno del cumplimiento de los requisitos que para ello determinan las mismas normas legales, entre los cuales se encuentra el que sólamente podrán adquirirlas de extranjeros no residentes, previa comprobación de esa calidad (Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios), así como las demás regulaciones del Estatuto Cambiario.

En el caso *sub judice* obra en autos que con motivo de las visitas administrativas practicadas por funcionarios de la Superintendencia de Control de Cambios a las Oficinas de la parte actora (fls. 3 a 5, 69 a 71 y 72 a 95 Cdno. de Pruebas) y en atención a la forma, en ciertos casos violenta y a las contradicciones en que incurrieron tanto el personal que allí laboraba, como la parte actora, se procedió a verificar la información contenida en 12 comprobantes de compra de moneda extranjera de la forma 386 de la papelería del Banco de la República, los cuales fueron suministrados en el curso de una de las mencionadas visitas.

Para proceder a tal verificación, se solicitó información a los hoteles en los cuales se alojaban o se habían alojado las personas que aparecían en los comprobantes como vendedoras de las divisas, con el objeto de verificar si la fecha de venta coincidía con aquélla en que aparecían registrados en

aquéllos. Además, se solicitó información al Departamento Administrativo de Seguridad sobre las entradas y salidas del país de las personas que figuraban como vendedoras de las divisas. Como resultado de las averiguaciones "... se obtuvo que en ninguno de los casos coincide la fecha que se registró en la forma 386 con la fecha en que las personas se hallaban alojadas en los hoteles y lo que resulta más extraño, en el caso de DEBRA STREA DER, el DAS certificó que ella había salido del país el día 13 de mayo de 1983, y sin embargo, aparece suscribiendo la forma 386, con fecha mayo 16 de 1983, es decir, cuando ya se encontraba en el exterior" (fls. 28 y 29). Además, "... se encuentran situaciones como la del señor WINSTON RODRIGUEZ que aparece registrado en el Hotel Cosmos a partir del 28 de octubre de 1983 y en la forma 386, suscribiéndola y citando como lugar de su residencia, el mencionado hotel, el día 14 de mayo de 1983" (fl. 29 vto.).

De las inconsistencias anotadas, de la forma "apresurada y violenta" como el demandante en este proceso intenta huir de la Casa Central de Cambios en el momento de las diligencias administrativas, llevándose en un maletín las divisas, lo cual fue frustrado por los funcionarios que en ellas participaban, y del "... hecho de que en solo 4 días, del 14 al 18 de mayo de 1983, la CASA CENTRAL DE CAMBIOS hubiera efectuado operaciones por cuantía superior a US$200.000.oo, movimientos no registrados ni siquiera sumando las operaciones de los años anteriores...", la Superintendencia de Control de Cambios concluyó que "... no está demostrado el origen de las divisas, como tampoco que las operaciones con las que el investigado pretende amparar su legalidad, se hayan efectuado en la forma por él descrita" (fl. 30).

Frente a los hechos y circunstancias atrás anotadas, los cuales no fueron desvirtuados durante el procedimiento administrativo, ni durante la etapa probatoria del proceso en primera instancia, la Sala concluye que efectivamente el demandante no sólo incurrió en violación del artículo 2o. de la Resolución 118 de 1977 de la Superintendencia de Control de Cambios, sino que, además, al no haber podido demostrar el origen lícito de las divisas encontradas al momento de practicarse las visitas administrativas, incurrió en violación de los artículos 4o. y 10o. del Decreto Ley 444 de 1967, que determinan que la posesión de aquéllas se ceñirá a lo dispuesto en tal Estatuto y que las divisas sólo podrán negociarse en los mercados de certificados de cambio y de capitales.

En efecto, siendo de carácter restrictivo, la interpretación de las normas sobre el Régimen de Cambios Internacionales, en razón de las regulaciones que tienen que ver con el orden público económico del país, es obvio que la posesión y negociación de divisas sólo se admite en los casos contemplados en la ley, y con el cumplimiento de los requisitos que allí se consagran. Consecuencialmente, si la persona, natural o jurídica, aunque se encuentre autorizada para su adquisición deja de cumplir con los requisitos que para su pro-

cedencia establecen las normas legales, incurre en violación no sólo de aquéllas que regulan su lícita actividad, sino también de las que exigen el encuadramiento de la posesión de las divisas a las situaciones establecidas en el Estatuto Cambiario.

De lo expresado se tiene que si bien la Sala no comparte la integridad de los argumentos del Tribunal en cuanto a las razones expuestas como fundamento de su decisión en este aspecto, como aquél en que expresa que el fundamento de la sanción consagrada en el art. 221 del Decreto-Ley 444 de 1967 radica en la mayor gravedad que reviste el hecho de la posesión ilegal de divisas frente a la obligación de hacer el reintegro de las mismas al Banco de la República, si considera que el cargo formulado en el acto administrativo demandado se apoya en disposiciones legalmente aplicables, consecuencia de lo cual encuentra que la sanción impuesta a la parte demandada se ajusta a derecho.

Las anteriores razones son suficientes para establecer la legalidad del acto acusado y, por ende, para confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, objeto del recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y 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 de Cundinamarca el 14 de septiembre 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 once de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO ADMINISTRATIVO/PUBLICACION/NOTIFICACION/SUSPENSION PROVISIONAL—Improcedencia

Si el acto administrativo no es anulable por falta de publicación o notificación, por cuanto no se está en presencia de un elemento esencial que condiciona la validez de la manifestación de voluntad administrativa, sino de un requisito para su eficacia, es decir, para su obligatoriedad y ejecución, no será viable la solicitud y decreto de suspensión provisional por no haberse dado por la administración cumplimiento a las disposiciones legales que ordenan su publicación o notificación.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1841. Actor: José James Chávez Muñoz.— Recurso de apelación contra la providencia de julio 26 de 1991, dictada por el Tribunal Administrativo del Huila.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto contra la providencia de la referencia, en cuanto por cuyo numeral 5o. el Tribunal Administrativo del Huila se abstuvo de decretar la suspensión provisional de la Ordenanza No. 022 de 1987 expedida por la Asamblea Departamental y del decreto 1187 de 1988 dictado por el Gobernador del Departamento del Huila que contiene el Código de Policía, con fundamento en las siguientes consideraciones:

"El peticionario fundamenta la solicitud de suspensión en el hecho que la Ordenanza 022 de 1987 expedida por la Asamblea Departamental, no fue

promulgada, violándose así el literal a) del Artículo 5o. en concordancia con el 8o. de la ley 57 de 1985, y del Decreto 1222 de 1986 en sus artículos 330 literal a) en conexidad con el e 333. Que al no existir dicha promulgación, no puede generar la consecuencia de trasladar facultades extraordinarias al Gobernador y por lo tanto éste no tiene habilitación de la Asamblea para expedir la materia reglamentaria de Policía local, por lo que el Decreto 1117 de 1988, resulta infríngiendo (sic) de manera directa el artículo 187 ordinales 9 y 10 de la Constitución Nacional. Además que la competencia delegada corre la misma suerte del acto de competencia principal que se delega.

"Como prueba documental anexa, además de los actos administrativos que se pretende que se declare su nulidad, certificación de la Jefe de Archivo Departamental y del Secretario General del Departamento, sobre el hecho de no haberse encontrado la gaceta donde debió publicarse la Ordenanza 022 de 1987, así como las respectivas copias de las peticiones hechas con tal fin.

"Analizadas las referidas certificaciones, la Sala encuentra que de las mismas se desprende el hecho de que la Ordenanza pudo haberse publicado pero que en dicha oficina no se encontró la Gaceta donde se hizo, pues dicha constancia no está dando fe de que no se haya promulgado la Ordenanza 022 de 1987, sino que no se encontró (fl. 43).

"Así las cosas y como quiera que el Decreto 1117 de 1988, se promulgó debidamente, como se desprende de la fotocopia anexada con la demanda, la Sala no encuentra fundamento jurídico (al menos por ahora), para decretar la suspensión provisional solicitada, al no cumplirse el requisito segundo del artículo 31 del Decreto 2304 de 1989".

I.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Fundamenta el recurso la parte actora en las siguientes razones:

"2.– **La buena fe ciudadana.**

"Con la demanda se acompañó la solicitud al señor JUAN ANTONIO CARRERA MEJIA, Secretario General del Departamento del Huila, sobre certificación de publicación de la ordenanza 0-22-87 y de su respectiva respuesta contenida en el oficio de abril 23 de 1991 con el anexo de la jefe de Archivo Departamental. Igualmente, se acompañó una constancia expedida por la misma Jefe de Archivo Departamental de abril 7 de 1991, referente a la misma solicitud de publicación de la ordenanza demandada.

"La solicitud del actor arriba citada y los documentos públicos relacionados con la publicación de la ordenanza, están amparados, como relación ciudadano-Estado, por la presunción de buena fe en esa relación. Cuando

el H. Tribunal dictó la providencia que se impugna, ya estaba en vigencia el artículo 83 de la nueva Codificación Constitucional que justamente postula la presunción de buena fe en toda actuación pública.

"Lo anterior implica que, cuando el suscrito actor manifiesta en el hecho 4 de la demanda que la Ordenanza 022-87 no fue publicada y esta afirmación se apoya en los documentos Públicos en los que el Secretario General del Departamento del Huila y la Jefe de Archivo del Departamento certifican sobre la imposibilidad de hallar información al respecto o no se halló Gaceta alguna, debe tenerse dicha afirmación del ciudadano-actor como exenta de patraña o fraude alguno, precisamente porque se presume la buena fe.

"Por parte de la Administración, en las certificaciones del Secretario General y la Jefe de Archivo debe idénticamente presumirse la buena fe en el contenido de sus afirmaciones. O sea, que debe creerse de la afirmación hecha por el actor sobre la omisión de la publicación de la Ordenanza; pero no solo por la presunción de buena fe en esa afirmación sino porque esa afirmación está basada en documentos públicos en los que en manera alguna certifican lo contrario.

"3.– **La Negativa Definida.**

"Por extensión legal del Artículo 168 del C.C.A., es viable la aplicación del presente caso del contenido del Artículo 177 del C.P.C. para el cual aquellas afirmaciones indefinidas no requieren prueba.

"El hecho 4 de la demanda afirma que la ordenanza 022-87 no fue publicada. Esta proposición si bien no es una negación indefinida, sí es de aquéllas que la doctrina y la Jurisprudencia (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de enero 29-75) define como negativa definida; esto es, aquéllas que tienen por objeto un hecho concreto, limitado en el tiempo y lugar que presupone la existencia de otro hecho concreto afirmado implícitamente.

"Si se propone que la ordenanza acusada no ha sido publicada y esta proposición tiene apoyo probatorio en documentos públicos originados por la parte contra quien se opone –documentos en los cuales no se propone el hecho afirmativo de la publicación–, debe tenerse por establecida la proposición negativa del hecho de la publicación.

"En este orden de ideas, el proveido (sic) impugnado no podía hacer hipótesis sobre la existencia de la publicación de acto demandado en otro despacho. Es más, así como el Secretario General del Departamento hace constar, en oficio de enero 1o. de 1991 (que se presentó con la demanda) que el Decreto 1117 de 1988 fue debidamente publicado en la Gaceta Departamental 2442, es de entender lo contrario cuando adjunta la constancia

de la Jefe de Archivo Departamental en la que manifiesta que, 'revisados los documentos que reposan en esta oficina, no fue posible encontrar información alguna'. Si en el Archivo del Departamento no existe el dato oficial de la publicación de los actos Departamentales, no se sabe qué oficina sea la más privilegiada de guardar la documentación pública del Departamento.

"Por lo anterior y en virtud a que el contenido jurídico de la demanda y de su solicitud de suspensión provisional conservó la materialidad según los Artículos constitucionales vigentes 300-8 (igual al anterior artículo 187-9) y 300-9 (igual al anterior 187-10), respetuosamente.

"PIDO

"1.– Al Honorable Tribunal, conceda el recurso de apelación para ante la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado.

"2.– En sede de instancia, al Honorable Consejo de Estado, suspenda la Ordenanza Departamental del Huila 022-87, que otorgó facultades al Gobernador y del Departamento para que expida un Código de Policía y el Decreto-Ordenanzal 1117-88 que desarrolló las anteriores facultades, previa la revocatoria del numeral 5o. de la parte resolutiva de la providencia de julio 26 de 1991, dictada en este proceso, que denegó la suspensión solicitada".

II.– LA DECISION

Para decidir, **se considera:**

1a.– Establecen los artículos 5o. y 8o. de la ley 57 de 1985, invocados por la parte actora como quebrantados, que "En cada uno de los departamentos se editará un boletín o gaceta oficial que incluirá los siguientes documentos: a) *Las ordenanzas de la asamblea departamental:...",* y que los actos a que se refieren *los literales "a),* c), f) y g) del artículo 5o. de esta ley sólo regirán después de la fecha de su publicación" (se subraya), lo que está en concordancia con el artículo 43 del C.C.A. que prescribe que "Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el *Diario Oficial,* o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto...".

2a.– Refiriéndose la Corporación a los aspectos relativos a la publicación o notificación del acto administrativo, general o particular, ha dicho que "conviene precisar que un acto administrativo no es nulo en sí mismo por la falta de notificación, aún cuando ésta sea de imperioso cumplimiento", y que igual cosa puede "decirse de la falta de promulgación, pues "una cosa es que para que entre a regir aquel acto sea necesaria, bien la previa publicación o la notificación, y otra que el acto haya sido expedido inconstitucional o ilegalmente (art. 62 del C.C.A. –se refiere la Sala al Código de 1941–), o

en forma irregular o con abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profiere...", porque "En estos últimos casos existe una causal para que la jurisdicción contencioso-administrativa decrete la anulación. Pero no hay ninguna disposición que permita la anulación del acto por no haber sido notificado o publicado. La razón es obvia: un acto administrativo dictado por quien tiene competencia para hacerlo, sin abuso de poder y sin violarse las normas superiores de derecho, es un acto administrativo correctamente dictado. En sí mismo no envuelve ninguna irregularidad si hay que notificarlo y no se notifica; cuando más, puede aceptarse que no rige antes, pero no que sea nulo; y las aplicaciones que hubiere tenido sería motivo de cualquiera otra acción, menos de la de nulidad, o sea, que lo demandable sería un hecho de la administración basado en un acto que no podía regir" (Sentencia de 21 de noviembre de 1969, Sección Primera de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, Anales, Tomo XXXVII, núms. 423-424, pág. 343).

3a. En tales condiciones, si de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación el acto administrativo no es anulable por falta de publicación o notificación, por cuanto no se está en presencia de un elemento esencial que condiciona la validez de la manifestación de voluntad administrativa, sino de un requisito para su eficacia, es decir, para su obligatoriedad y ejecución, tampoco será viable la solicitud y decreto de suspensión provisional por no haberse dado por la Administración cumplimiento a las disposiciones legales que ordenan su publicación o notificación.

Por consiguiente, el recurso de apelación no está llamado a prosperar y deberá, en consonancia con ello, confirmarse la providencia recurrida, aun cuando por razones diferentes a las señaladas por el *a-quo*.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, RESUELVE: CONFIRMAR la providencia apelada, en cuanto por ella el Tribunal Administrativo del Huila negó el decreto de suspensión provisional de los actos acusados.

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 once de octubre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

PERSONAS DE DERECHO PUBLICO– Representación/**ENTIDADES PUBLICAS**– Representación/**LEGITIMACION PROCESAL**

Asiste al jefe de cualquier organismo público la facultad para designar un profesional del derecho vinculado a ella, como apoderado en los procesos contencioso-administrativos. En norma alguna aparece la exigencia de que, en caso de otorgamiento de poder por parte de las entidades públicas a un abogado titulado e inscrito, deban anexarse al proceso las pruebas del vínculo correspondiente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 886. Actor: Nemesio Camacho Rodríguez.

Surtido como se encuentra el trámite ordenado mediante auto de 4 de octubre de 1991, procede el Despacho a resolver el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte actora contra el auto de 31 de marzo de 1989 (fl. 97), en cuanto reconoció al doctor Gustavo Humberto Rodríguez como apoderado de la Nación – Ministerio de Comunicaciones, con el objeto de que se deniegue tal reconocimiento.

El recurrente fundamenta el recurso interpuesto en la consideración de que "En el caso de autos no se ha acreditado ningún tipo de vinculación legal o contractual del Dr. Gustavo Humberto Rodríguez con la Nación –Ministerio de Comunicaciones–, por tanto su designación como apoderado de la misma no es procedente al tenor..." del artículo 151, inciso 2o. del C.C.A. (fl. 151).

Por su parte, el apoderado de la parte demandada solicita se confirme el auto materia del recurso, pues considera, en síntesis, que de acuerdo con el inciso 1o. del artículo 151 del C.C A. las entidades públicas "... pueden otorgar poderes para representarlas judicialmente a abogados litigantes particulares, con la única exigencia de que sean abogados titulados e inscritos. Ni siquiera se exige que se otorguen previo contrato, que fue mi caso, porque la contratación se requiere es para fines administrativos internos de pago de honorarios" (fls. 223 a 225).

CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que aun cuando el artículo 151 del Decreto-Ley 01 de 1984 fue subrogado por el artículo 30 del Decreto-Ley 2304 de 1989, es aquella norma la que deberá tenerse en cuenta para adoptar la decisión, teniendo en cuenta que el auto recurrido se expidió bajo su vigencia.

De todas maneras, independientemente de la norma que ha de aplicarse para resolver el recurso, pues las dos mencionadas expresan en esencia lo mismo, el Despacho considera que el recurso interpuesto no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

El inciso 2o. del artículo 151 del Decreto-Ley 01 de 1984 expresaba que "Los abogados vinculados a las entidades públicas *pueden* representarlas en los procesos contencioso administrativos mediante poder otorgado en la forma ordinaria o acto administrativo escrito o manifestación expresa en el momento de la notificación personal" (subraya del Despacho).

Para lograr el cabal entendimiento de la expresión "pueden", utilizada en la norma transcrita, no se requiere realizar esfuerzos idiomáticos ni jurídicos, pues él se refiere única y exclusivamente a la "Facultad para hacer o abstenerse o para mandar algo" (Diccionario de Derecho Usual, Cabanellas Guillermo, Edición Heliasta, T VI, 20a. Edición, pg. 283), facultad esta que conforme a la norma asiste al jefe de cualquier organismo público para designar un profesional del derecho vinculado a ella como apoderado en los procesos contencioso administrativos. Con esta norma simplemente se perseguía que el jefe del organismo pudiere acudir a los abogados vinculados a él y, en momento alguno les imponía, como imperativo legal, la obligación de hacerlo.

En cambio, lo que sí exigía el inciso 1o. del citado artículo 151 era que las entidades públicas "deberán" estar representadas mediante abogado titulado e inscrito en los procesos que se promovieren o adelantaren contra ellas y en aquéllos en que intervinieren, independientemente de que dicho profesional estuviere o no vinculado al organismo.

A este respecto, el doctor Miguel González Rodríguez expresa:

"Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la finalidad de la disposición, tanto de la subrogada como de la subrogatoria, fue la de que las entidades públicas que intervengan en un proceso administrativo, bien como demandadas, bien como demandantes o terceros, estén adecuadamente representadas en ellos y, sus intereses, que son los de la comunidad, debidamente defendidos por un jurisperito. Por consiguiente, si el representante legal de la entidad pública, demandada o demandante, no es abogado en ejercicio, no podrá intervenir directamente en el proceso; deberá hacerlo por conducto de uno de los abogados vinculados laboralmente a la entidad, o de uno contratado especialmente para el efecto" (Código Contencioso Administrativo, Concordado, Comentado, Doctrina y Jurisprudencia, Parte Segunda, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, Pág. 803).

Como puede concluirse del comentario doctrinal transcrito, así como del texto del citado artículo 151 del C.C.A., en ninguna parte aparece la exigencia de que, en caso de otorgamiento de poder por parte de las entidades públicas a un abogado titulado e inscrito, deban anexarse al proceso las pruebas del vínculo correspondiente, como lo pretende el apoderado de la parte actora.

Con fundamento en lo expresado se tiene que en el caso de autos el doctor Gustavo Humberto Rodríguez fue legalmente designado y reconocido como mandatario judicial de la parte demandada, razón por la cual el auto impugnado se ajusta a derecho.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

DISPONE:

CONFIRMASE el auto de 31 de marzo de 1989, en cuanto reconoció al doctor Gustavo Humberto Rodríguez como apoderado de la parte demandada.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

CORRETAJE/CORREDOR/EJERCICIO DE PROFESIONES/AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL/CONTRATO DE FLETAMIENTO MARITIMO/ CORREDOR DE CONTRATOS DE FLETAMIENTO MARITIMO

Confrontadas algunas de las normas acusadas con el artículo 1340 del C. de Co. que define el corredor en general, se encuentra prima facie el quebrantamiento de dicha norma legal que no establece requisitos o condiciones para el ejercicio de la actividad u oficio de corredor. También se violan normas superiores cuando se limita tal ocupación a los nacionales colombianos. Igualmente, no siendo legal la exigencia a los corredores de contratos de fletamiento marítimo de que posean locales apropiados para el ejercicio de esta actividad, tampoco lo será la norma que le confiere la competencia a las autoridades marítimas colombianas para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en aquella norma.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de:
a) Los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto reglamentario 1753 de julio 4 de 1991, proferido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional;
b) El literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o. del mismo Decreto Reglamentario;
c) El inciso primero del artículo 6o. del decreto 1753 de julio 4 de 1991, demandado, en la frase "Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto..."; y
d) Los artículos 8, 10 y 12 del Decreto Reglamentario 1753 de julio 4 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1848. Actor: Gabriel Mesa Zuleta.– Acción de nulidad en relación con el Decreto reglamentario 1753 de julio 4 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República.

Por venir ajustada a la ley, la Sección habrá de admitir la demanda presentada por el ciudadano GABRIEL MESA ZULETA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., en orden a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 1753 de 4 de julio de 1991, por medio del cual el señor Presidente de la República reglamenta parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984 y el Código de Comercio sobre Corredores de Contratos de Fletamiento Martítimo.

SUSPENSION PROVISIONAL

El accionante, en el capítulo III de su demanda, expresa: "Por ser manifiesta la violación del decreto impugnado, a la Constitución y a la ley a que estaba sometido, solicito se decrete su suspensión provisional, hasta que se profiera sentencia de la presente demanda".

No sustenta el actor de modo expreso en el precitado capítulo de su demanda la solicitud de decreto de la medida precautelativa, aun cuando al indicar las "normas de derecho violadas" precisa las disposiciones tanto del ordenamiento constitucional vigente en el momento de la expedición del decreto acusado, como las de la nueva Constitución Política de 1991, que supuestamente también resultan ahora contrariadas, y las del Código de Comercio que, según su criterio, se han quebrantado con la expedición del acto administrativo cuya suspensión provisional solicita.

Los cargos están formulados de manera general contra la totalidad del decreto reglamentario acusado, sin precisar cuáles de los trece artículos que lo integran quebrantan concretamente esas disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda; sin embargo, del capítulo de la demanda que titula "Fundamento de las peticiones subsidiarias", surge, en concordancia con éstas, que se está refiriendo específicamente a los artículos 5, numeral 1, literales b, c, d, f, y g; numeral 2, literales a.1, y a.3; 6o. incisos segundo, tercero y cuarto; 8, 10 y 12 del decreto 1753 de 1991, y por ello, la Sala haciendo uso de sus poderes de interpretación de la demanda, procederá a decidir sobre la suspensión provisional de dichas normas, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.– Dice así el artículo 5o. del decreto acusado:

"La licencia de que trata el artículo precedente de este Decreto, será otorgada por la Autoridad Marítima Nacional previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:

"... b) Otorgar en favor de la Nación, Autoridad Marítima Nacional, una garantía de cumplimiento de sus obligaciones como Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, por el monto que la misma Autoridad determine anualmente;

"c) Poseer los locales apropiados para el ejercicio de esta actividad cuya idoneidad será determinada por la Autoridad Marítima Nacional mediante inspección que efectuará un funcionario designado por ésta. En lo concerniente a personas jurídicas esta disposición es igualmente aplicable a las sucursales cuando a ello hubiere lugar;

"d) Contar con una póliza que ampare la eventual responsabilidad profesional del Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, la cual deberá ser expedida por una compañía de seguros legalmente reconocida. En el caso de personas jurídicas, esta póliza debe cubrir a los directores o administradores de la sociedad.

"...f) No encontrarse la persona natural o jurídica, o cualquiera de sus directores o administradores, comprendidos dentro de las causales de incompatibilidad previstas por el artículo 8o. del presente Decreto;

"g) Acreditar que posee la debida experiencia profesional. Cuando se trate de una persona jurídica este requisito de idoneidad se predicará de los directores o administradores que dentro de la sociedad se dediquen a la actividad del corretaje.

"2.– Además de los requisitos anteriores, tanto las personas naturales como jurídicas deberán cumplir con los siguientes:

"a) **Personas naturales.**

"a)1.– Ser nacional colombiano.

"a)3.– Tener domicilio permanente en el país y registrarlo ante la autoridad marítima nacional".

Confrontados por la Sala los literales b), c), d) y f) del numeral 1 del decreto reglamentario demandado, con el artículo 1340 del Código de Comercio que define el corredor, en general, como "la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que cele-

bran un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación", encuentra, *prima facie*, el quebrantamiento de dicha norma legal que no establece requisitos o condiciones para el ejercicio de la actividad u oficio de corredor, y no sólo de ella sino del ordenamiento constitucional, entonces vigente, o sea, el artículo 39 de la Carta Política de 1886 en cuanto preceptuaba que "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio" y que "La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones", hoy reemplazada, en esa materia, por el artículo 26 de la Constitución que entró a regir el 7 de julio del presente año que reza: "Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes *y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen un riesgo social"*, que –observa la Sala– deben ser definidas por el legislador.

Por ello habrá de decretarse la suspensión provisional de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto acusado.

No encuentra, por el contrario, la Sala que, a primera vista, con el literal g) del numeral 1o. del mismo artículo 5o., también acusado, se hubiere quebrantado el artículo 1340 del C. de Co., si se tiene en cuenta que definiendo esta norma al corredor, en general, como la persona que, *por su especial conocimiento de los mercados...",* cabe dilucidar en la sentencia que ponga término a la acción, y solamente en esa oportunidad, si en ejercicio de la potestad reglamentaria puede el jefe del ejecutivo exigir la comprobación de que se posee ese especial conocimiento del mercado o mercados.

En consecuencia, la Sala no accederá al decreto de suspensión provisional del literal g) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto demandado.

En cuanto hace relación al literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o. del decreto acusado, la Sala también encuentra, de manera ostensible, el quebrantamiento no sólo de la norma del Código de Comercio –el art. 1340– que define al corredor, en general, sin limitar la actividad, ocupación u oficio a las personas naturales, *nacionales colombianos,* sino igualmente del artículo 11 de la Carta Política de 1886, que regía entonces, en cuanto consagraba el principio de que "los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos", salvo los derechos políticos que se reservarán a los nacionales y demás limitaciones o condiciones especiales que establezca *la ley*, disposición que, con la modificación consistente en que la "ley podrá conceder a los extranjeros residentes en Colombia el derecho al voto en las elecciones y consultas populares de carácter municipal o distrital", se reproduce textualmente en el Art. 100 de la Constitución de 1991.

Como resultado de ello, también habrá de accederse al derecho de suspensión provisional de este literal del numeral 2o. del artículo 5o. del decreto enjuiciado.

Finalmente, en cuanto hace relación al literal a.3 del numeral 2o. de este mismo artículo 5o., que exige que las personas naturales que vayan a ejercer el oficio o actividad de corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, deben "Tener domicilio permanente en el país y registrarlo ante la autoridad marítima nacional", la Sala no encuentra, a primera vista, el quebrantamiento de las disposiciones constitucionales y legales invocadas como supuestamente contrariadas, si se tiene en cuenta que corresponde a la autoridad marítima nacional –la Dirección General Marítima y Portuaria–, según lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 5o. del decreto-ley 2324 de 1984, "*controlar* el ejercicio profesional de las personas naturales y jurídicas dedicadas a las actividades marítimas en especial las de ...*corretaje de naves y carga*... y expedir las licencias correspondientes", lo que podría llevar a pensar que para ejercer esa competencia que la ley le atribuye a la autoridad marítima nacional, es indispensable que la persona que ejerce la actividad debe tener su domicilio en el país y debe registrarlo ante aquélla.

En consecuencia, no se accederá a la solicitud de suspensión provisional de dicha norma.

2.– Dice el artículo 6o. del decreto demandado:

"Para acreditar los requisitos exigidos por los ordinales e), f) y g) del numeral 1o. y del ordinal b) del numeral 2 del artículo precedente, la solicitud deberá estar acompañada por los siguientes documentos:

"Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas por el presente decreto, ni dentro de las causales de inhabilidad para ejercer el comercio.

"Presentar y aprobar el examen de calificación profesional ante la autoridad marítima nacional. Si el solicitante es una persona jurídica el citado examen deberá ser presentado por un directivo de la misma.

"Certificado de existencia y representación de la respectiva Cámara de Comercio".

La Sala encuentra que como consecuencia del decreto de suspensión provisional del literal f) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto acusado, deberá igualmente decretarse la suspensión del inciso primero del artículo 6o., en cuanto exige la declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad estableci-

das por "el presente Decreto"; empero, debe negar la suspensión de la segunda parte de ese numeral, pues lo de la inhabilidad para ejercer el comercio proviene de la misma ley que se reglamenta, o sea, del Código de Comercio, no encontrándose, entonces, quebrantamiento alguno de la norma superior.

También denegará la suspensión provisional de los numerales 2o. y 3o. del artículo 6o. del decreto, por las mismas consideraciones que se tuvieron en cuenta para negar la suspensión del literal g) del numeral 1o. del artículo 5o. ib., y por cuanto, es obligación de las personas jurídicas que adelantan gestiones ante autoridad, administrativa o judicial, acreditar su existencia y su representación legal.

3.– Reza el artículo 8o. del decreto demandado:

"El corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo a quien se le haya otorgado una licencia que acredite tal calidad, no podrá operar simultáneamente como transportador, ni agente marítimo por sí ni por interpuesta persona. Tampoco podrá ser socio o copartícipe en organizaciones cuyo objeto social sea el transporte o agenciamiento marítimo.

"Parágrafo transitorio.

"A partir de la vigencia del presente Decreto las personas naturales o jurídicas que ostenten dos (2) o más de las calidades mencionadas, deberán optar por una de ellas en el término de seis (6) meses, en caso contrario dichas licencias serán declaradas sin valor y efecto".

La Sala accederá a la solicitud de suspensión provisional de este artículo, por cuanto, a diferencia de la norma del Código de Comercio (art. 1347) que define a los "corredores de seguros", que establece la limitante de que las sociedades o empresas que se constituyan para el desarrollo de dicha actividad, deben tener por objeto social el de *"exclusivamente ofrecer seguros,* promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador" (se subraya), las disposiciones del mismo Estatuto que definen y regulan el corretaje en general no establecen igual limitación o limitante, razón por la cual, a primera vista, se encuentra el quebrantamiento de la norma reglamentada por exceso en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

4.– Dice el artículo 10 del decreto acusado:

"Periódicamente podrá la autoridad marítima nacional realizar inspecciones a la sede o sedes del Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo, con el fin de verificar el cumplimiento del literal c) del artículo 5o. del presente Decreto".

Como consecuencia de la procedencia de la suspensión provisional del literal c) del artículo 5o. del decreto demandado, la Sala igualmente procederá a proferir decreto de suspensión provisional de esta disposición contenida en el artículo 10, pues no siendo legal la exigencia a los corredores de Contratos de Fletamiento Marítimo de que posean locales apropiados para el ejercicio de esta actividad, tampoco lo será la norma que le confiere la competencia a las autoridades marítimas colombianas para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en aquella norma.

5.— Finalmente, preceptúa el artículo 12 del decreto demandado:

"En caso de incumplimiento a las normas contempladas en el presente Decreto, la autoridad marítima nacional de oficio o a petición de parte interesada, procederá a realizar una investigación e imponer las sanciones a que haya lugar de conformidad con lo previsto en el Título V, artículos 76 a 82 del Decreto-Ley 2324 de 1984, pudiendo además hacer efectiva la póliza contemplada en el literal b) del artículo 5o. del presente Decreto".

"Parágrafo. El Corredor de Contratos de Fletamiento Marítimo a quien se le haya cancelado su licencia no podrá volver a solicitar su inscripción directamente o por interpuesta persona, sino transcurridos cinco (5) años a partir de la fecha en que la cancelación se hizo efectiva".

Prima facie, la Sala encuentra que la anterior disposición quebranta el artículo 1346 del C. de Co., invocado por el accionante, según el cual: "El corredor que falte a sus deberes o en cualquier forma quebrante la buena fe o la lealtad debidas será suspendido en el ejercicio de su profesión hasta por cinco años y, en caso de reincidencia, inhabilitado definitivamente", conociendo "de esta acción el juez civil del circuito del domicilio del corredor mediante los trámites del procedimiento verbal".

Se impone, pues, la suspensión provisional como se ha solicitado.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o.— Admitir la demanda promovida por el ciudadano Gabriel Mesa Zuleta, en orden a obtener la declaratoria de nulidad del decreto reglamentario 1753 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

2o.— Notifíquese personalmente a la señora Agente del Ministerio Público.

3o.– Notifíquese personalmente esta providencia al señor Ministro de Defensa Nacional.

4o.– Deposite el demandante en la Secretaría de la Sección la suma de dos mil pesos ($2.000.oo), para atender los gastos del proceso.

5o.– Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la demandada o los intervinientes contesten la demanda, propongan excepciones y soliciten el decreto y práctica de pruebas, y el demandante, si lo tiene a bien, haga uso de la facultad que le confiere el artículo 208 del C.C.A.

6o.– Decrétase la suspensión provisional de:

a) Los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o. del decreto reglamentario 1753 de julio 4 de 1991, proferido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional;

b) El literal a.1 del numeral 2o. del artículo 5o. del mismo Decreto Reglamentario;

c) El inciso primero del artículo 6o. del decreto 1753 de julio 4 de 1991, demandado, en la frase "Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de los causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto..."; y

d) Los artículos 8, 10 y 12 del Decreto Reglamentario 1753 de julio 4 de 1991, expedido por el señor Presidente de la República y su Ministro de Defensa Nacional.

7o.– Niégase la suspensión provisional de las demás normas del decreto acusado precisadas en la demanda y a las cuales se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Defensa Nacional y cúmplase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DECRETO ESPECIAL/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA RESIDUAL

El decreto acusado corresponde a los que tenían el carácter de Decretos Especiales, de intervención, en la Constitución de 1886. Si bien es cierto que el control constitucional de dicho decreto lo ejercía la Corte Suprema de Justicia, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se confirió al Consejo de Estado una competencia de carácter residual frente a la competencia de la Corte Constitucional a cargo de la cual no se encuentra taxativamente relacionada la clase de decretos que en el presente caso se resuelve.

DERECHO DE PETICION/RUTAS Y HORARIOS

Siendo un deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio del derecho de petición mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que las personas les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de estas mismas autoridades, hay manifiesta violación de norma superior cuando por el acto acusado se dispone la devolución "a los interesados sus solicitudes de asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991", lo mismo que el posponer por seis meses la atención de nuevas solicitudes.

DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 1991 (agosto 6), expedido por el Gobierno Nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1816. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.– Acción: Nulidad.

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991 "por el cual se dicta el estatuto de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera", expedido por el Gobierno Nacional.

El texto de las normas impugnadas es el siguiente:

"Artículo 105.– El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito devolverá a los interesados las solicitudes para la asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991.

Artículo 106.– Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, sólo atenderá nuevas solicitudes de rutas y horarios a las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera, después de transcurrido el término de seis meses contados a partir de la publicación del presente Decreto".

I.– COMPETENCIA

Antes de decidir sobre la admisión de la demanda debe esclarecerse la naturaleza jurídica del Decreto demandado y si esta Corporación es competente para ejercer su control jurisdiccional.

El Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991, corresponde a los que tenían el carácter de Decretos Especiales, de Intervención, en la Constitución de 1886, dado que fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud de las facultades o autorizaciones especiales que le confirió la Ley 15 de 1959, en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la precitada Constitución, para intervenir en la industria del transporte automotor.

Si bien es cierto que el control de constitucionalidad de dicho Decreto lo ejercía la Corte Suprema de Justicia por mandato del ordinal 2o. del artículo 214, en concordancia con el 76 ordinal 11, de la antigua Carta, tam-

bién lo es que a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución: el 7 de julio de 1991, ésta, en su artículo 237 ordinal 2o. confiere al Consejo de Estado una competencia de carácter residual, cuando dice: "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, *cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*" (las subrayas son de la Sala). En concordancia con dicho precepto, el artículo 241 de la misma Constitución recién en vigencia, estatuye que a la Corte Constitucional compete, "en los estrictos y precisos términos" de dicho artículo, conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en sus artículos 150 numeral 10o. y 341 (numeral 5o.) y de los decretos legislativos a que se refieren los artículos 212, 213 y 215 de la misma (numeral 7o.). El artículo transitorio 10o. de la mencionada Carta extendió el control de la Corte Constitucional a los decretos con fuerza de ley de que tratan los artículos transitorios 5o. y 8o. de aquélla.

Dado pues el carácter residual de la competencia del Consejo de Estado para controlar jurisdiccionalmente la inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno, fluye necesariamente que el Decreto *sub-examine* cae dentro de la órbita de su control, por mandato, como ya se dijo del artículo 237 numeral 2o. de la Carta.

II.– LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda se ajusta a las formalidades previstas en los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión y así se hará en la parte resolutiva de este proveído.

III.– LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Estima el actor que los artículos 105 y 106 del Decreto 1929 de 1991 violan manifiestamente los artículos 23 y 85 de la Constitución y 31 del Código Contencioso Administrativo, en tanto el primero de aquéllos ordena suspender el trámite de las peticiones presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991 y devolverlas a los interesados sin ser decididas, y el otro, en cuanto impide el ejercicio del derecho de petición por seis meses a los transportadores.

El derecho de petición es de aplicación inmediata, según el artículo 85 en mención y no es susceptible de suspensión alguna. Ni siquiera por disposición del legislador. De otra parte, el Gobierno no puede interferir su ejercicio ante el INTRA, mediante un decreto de intervención económica. Esa entidad estaba obligada a resolver individualmente las peticiones que le fueron presentadas con base en el Decreto No. 1606 de 1991, de acuerdo con las normas del C.C.A. que regulan el derecho de petición.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veinticuatro (24) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1816. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.– Acción: Nulidad.

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SACHICA APONTE, en ejercicio de la acción pública que consagra el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991 "por el cual se dicta el estatuto de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera", expedido por el Gobierno Nacional.

El texto de las normas impugnadas es el siguiente:

"Artículo 105.– El Instituto Nacional de Transporte y Tránsito devolverá a los interesados las solicitudes para la asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991.

Artículo 106.– Sin perjuicio de lo establecido en los artículos anteriores, el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, sólo atenderá nuevas solicitudes de rutas y horarios a las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera, después de transcurrido el término de seis meses contados a partir de la publicación del presente Decreto".

I.– COMPETENCIA

Antes de decidir sobre la admisión de la demanda debe esclarecerse la naturaleza jurídica del Decreto demandado y si esta Corporación es competente para ejercer su control jurisdiccional.

El Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991, corresponde a los que tenían el carácter de Decretos Especiales, de Intervención, en la Constitución de 1886, dado que fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud de las facultades o autorizaciones especiales que le confirió la Ley 15 de 1959, en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la precitada Constitución, para intervenir en la industria del transporte automotor.

Si bien es cierto que el control de constitucionalidad de dicho Decreto lo ejercía la Corte Suprema de Justicia por mandato del ordinal 2o. del artículo 214, en concordancia con el 76 ordinal 11, de la antigua Carta, tam-

bién lo es que a partir de la entrada en vigencia de la nueva Constitución: el 7 de julio de 1991, ésta, en su artículo 237 ordinal 2o. confiere al Consejo de Estado una competencia de carácter residual, cuando dice: "Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, *cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional*" (las subrayas son de la Sala). En concordancia con dicho precepto, el artículo 241 de la misma Constitución recién en vigencia, estatuye que a la Corte Constitucional compete, "en los estrictos y precisos términos" de dicho artículo, conocer de las demandas de inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley expedidos por el Gobierno Nacional con fundamento en sus artículos 150 numeral 10o. y 341 (numeral 5o.) y de los decretos legislativos a que se refieren los artículos 212, 213 y 215 de la misma (numeral 7o.). El artículo transitorio 10o. de la mencionada Carta extendió el control de la Corte Constitucional a los decretos con fuerza de ley de que tratan los artículos transitorios 5o. y 8o. de aquélla.

Dado pues el carácter residual de la competencia del Consejo de Estado para controlar jurisdiccionalmente la inconstitucionalidad de los Decretos del Gobierno, fluye necesariamente que el Decreto *sub-examine* cae dentro de la órbita de su control, por mandato, como ya se dijo del artículo 237 numeral 2o. de la Carta.

II.– LA ADMISION DE LA DEMANDA

Como la demanda se ajusta a las formalidades previstas en los artículos 137 a 142 del C.C.A., es del caso decretar su admisión y así se hará en la parte resolutiva de este proveído.

III.– LA SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL

Estima el actor que los artículos 105 y 106 del Decreto 1929 de 1991 violan manifiestamente los artículos 23 y 85 de la Constitución y 31 del Código Contencioso Administrativo, en tanto el primero de aquéllos ordena suspender el trámite de las peticiones presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991 y devolverlas a los interesados sin ser decididas, y el otro, en cuanto impide el ejercicio del derecho de petición por seis meses a los transportadores.

El derecho de petición es de aplicación inmediata, según el artículo 85 en mención y no es susceptible de suspensión alguna. Ni siquiera por disposición del legislador. De otra parte, el Gobierno no puede interferir su ejercicio ante el INTRA, mediante un decreto de intervención económica. Esa entidad estaba obligada a resolver individualmente las peticiones que le fueron presentadas con base en el Decreto No. 1606 de 1991, de acuerdo con las normas del C.C.A. que regulan el derecho de petición.

Tan manifiesta como las anteriores es la violación del artículo 1o. de la Ley 15 de 1959, por cuanto ninguna de las atribuciones en él contenidas se refiere a rutas y horarios, ni a los procedimientos para solicitarlos.

Igualmente, es patente la violación de los artículos 150, en sus numerales 2o. y 10o., y del 152, literal a), de la Constitución, puesto que bajo la vigencia de la Nueva Constitución la regulación de los derechos fundamentales y las garantías y recursos que los protegen, sólo son, de acuerdo con aquellos artículos, susceptibles de regulación directa y exclusiva del Congreso en leyes estatutarias, carácter que evidentemente no corresponde al Decreto 1927 de 1991.

IV.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

La jurisprudencia de esta Corporación entiende por violación manifiesta aquella que es notoria o flagrante, que se aprecia a primera vista, sin necesidad de elucubraciones jurídicas, al confrontar directamente, como en doble columna, el acto administrativo demandado con el precepto superior de derecho invocado como infringido o que surja del examen de los documentos públicos aducidos con la solicitud.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, el actor invoca la violación manifiesta, entre otras disposiciones, de los artículos 23 y 85 de la actual Constitución Política, la cual sustentó, conforme se puso de presente en el acápite II de este proveído.

El artículo 23 consagra el derecho de petición en iguales términos a como estaba contenido en el artículo 45 de la derogada Constitución. En efecto, expresa la mencionada disposición que "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución", el cual es de aplicación inmediata según el artículo 85 ibídem.

Al confrontar el texto de las disposiciones acusadas, con el artículo 23 de la Carta, surge sin el menor esfuerzo intelectual, indubitablemente palmario el quebranto por aquéllas de esta norma superior.

Siendo un deber primordial de todas las autoridades hacer efectivo el ejercicio de aquel derecho mediante la rápida y oportuna resolución de las peticiones que las personas les formulen y que tengan relación directa con las actividades a cargo de estas mismas autoridades, conforme lo pregona el artículo 31 del C.C.A., también invocado como infringido, en el caso *sub-examine* fluye en forma clara el desconocimiento de esta última norma como de la superior, cuando se consagró en el artículo 105 acusado que el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito "devolverá a los interesados sus solicitu-

des de asignación de rutas y horarios presentadas durante la vigencia del Decreto 1606 de 1991".

Ahora bien, la connotación especial de inmediatez que el artículo 85 de la Carta le imprime al 23, para su aplicación, acentúa aún más el ostensible quebrantamiento que de este precepto magno hace el artículo 106 acusado al posponer por un lapso de seis meses la atención que de nuevas solicitudes de rutas y horarios hagan las empresas de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera.

Ante la evidente y protuberante violación de las normas de superior rango jurídico puesta de presente, la Sala habrá de acceder a la suspensión provisional solicitada, sin que sea necesario el estudio de las demás normas que el actor invoca como violadas.

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

RESUELVE:

1o.– Se admite la demanda presentada por el doctor LUIS CARLOS SACHICA APONTE, quien actúa en nombre propio, por reunir los requisitos de ley. En consecuencia se dispone:

a) Notifíquese personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

b) Notifíquese personalmente al señor Ministro de Obras Públicas y Transporte, en representación de la Nación. Entréguesele copia de la demanda y sus anexos.

c) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que la demanda o los intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas.

d) Solicítese al señor Secretario General del Ministerio de Obras Públicas y Transporte que en el término de ocho (8) días envíe los antecedentes administrativos del Decreto acusado, si los hubiere. El desacato a esta solicitud o la inobservancia del plazo constituye falta disciplinaria.

e) De conformidad con lo ordenado en el numeral 4o. del artículo 207 del C.C.A., y en el Decreto 2867 de 1989, deposite el demandante la suma de dos mil pesos ($2.000) m. cte., dentro de los diez (10) días siguientes al del regreso del expediente a Secretaría.

2o.– Decrétase la suspensión provisional de los artículos 105 y 106 del Decreto 1927 de 6 de agosto de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

3o.– Tiénese al doctor Luis Carlos Sáchica Aponte, como parte demandante en el presente proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 24 de octubre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONSTITUCION POLITICA/CONTROL CONSTITUCIONAL— Improcedencia

El "animus" que inspiraba a los constituyentes que redactaron la nueva norma suprema del país, se extiende en forma absoluta hasta la totalidad de los artículos transitorios y ese carácter de transitoriedad no les quita el rango constitucional y, por ende, su lugar al lado de los demás artículos en la parte superior de la pirámide kelseniana.

Consejo de estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Sala de Decisión.— Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1800. Actor: Rudesindo Rojas R. y Otros.— Autoridades Nacionales.

Los ciudadanos Rudesindo Rojas Robles y Ricardo Alvarez Mosquera interpusieron el recurso de súplica contra el auto interlocutorio de fecha 16 de agosto de 1991, dictado por el Magistrado Ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, por medio del cual se inadmitió la demanda de acción de nulidad, con suspensión provisional, impetrada contra los artículos transitorios 5, 6, 11 y 59 emanados de la Asamblea Constitucional.

EL AUTO RECURRIDO

El auto del 16 de agosto de 1991, el señor Consejero inadmite la demanda de la referencia, motivando así su decisión:

"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 Po. (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".

"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 ibídem, 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 sancione 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 la 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 germen de su propia violación lo que es lo mismo, que ella sea suceptible (sic) de violarse a si 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 solo a rebelarse contra el nuevo 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 solo 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 esa naturaleza".

LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE SUPLICA

Los demandantes, en memorial presentado dentro de los términos legales, al interponer el recurso de súplica, manifiestan en prolijo memorial su inconformidad con la providencia por la cual se inadmite la demanda y, al controvertir sus argumentos, hacen entre otras las siguientes aseveraciones:

"Si bien es cierto que la Asamblea fue elegida por el pueblo, no es menos cierto que el pueblo la eligió delimitándole el marco de su ejercicio constituyente, limitación que no fue otra que la de que debía ceñirse en su ejercicio constituyente a solo reformar, la Carta.

"Es esta facultad clara y única de reformar la Carta, la que establece el marco de soberanía de la Asamblea Constitucional. Es decir, al ser elegida la asamblea por el pueblo de una parte; y de otra sólo con el fin de reformar la Carta Política, la asamblea constituyente tenía una soberanía acorde al marco de sus facultades, es decir, tenía las limitaciones propias de la limitación (sic) que le había establecido el propio pueblo y al no respetar esa limitación soberana, incurrió en lo que llaman los doctrinantes del derecho público, exceso de poder por desvío del mismo".

Refutando la afirmación del magistrado ponente en el sentido de que los artículos transitorios forman parte de la Constitución Política, dice el suplicante:

> "A este respecto debemos decir, que el hecho de que hayan sido anexados a los 380 artículos de la Carta, y por tanto al sancionar la Carta de que habla el numeral 15 primera parte del decreto 1926 de 1990, ellos estuvieron anexos, ello no quiere decir, que sean la Constitución Política. La Constitución la conforman los 380 artículos, divididos en trece capítulos sencilla y llanamente".

Pasa luego la parte recurrente a hacerse una serie de cuestionamientos en los cuales insiste en que los artículos transitorios no hacen parte de la Constitución. El libelo, firmado por ambos demandantes, dice:

> "Yo me pregunto: un artículo como el 5o. que reviste al presidente de facultades extraordinarias, función que en la Carta está atribuída al Congreso únicamente, puede pensarse que hace parte de la Carta Política?
>
> "Me pregunto: puede pensarse que hace parte de la casta (sic) disposiciones como la del parágrafo del artículo 4o., inocua desde todo punto de vista, cuando en la propia Carta quien aprueba el presupuesto es el Congreso de la República?

Otros planteamientos hace el libelista en sustentación de su pretensión y en vía de refutación al auto que es objeto del recurso, haciendo énfasis en la diferenciación que plantea entre los trescientos ochenta artículos comprendidos dentro de los trece artículos de la Constitución y los ocho capítulos de las disposiciones transitorias. A este respecto manifiesta:

> "Nosotros consideramos honorables magistrados, que los sesenta artículos transitorios no hacen parte de la Carta Política por las razones que a los constituyentes se les convocó para reformar la Carta Política, no para que se abrogaran facultades de otros entes del Estado.
>
> "Y como las facultades eran sólo para reformar la Carta, al tomarse otras atribuciones infundadamente con base en el poder de reformar la Carta, están actuando administrativamente por ser un ente público, de rango nacional, y señalan dentro de estos, el acto constituyente, la ley, y los decretos con fuerza de ley (el acto administrativo, Gustavo Penagos)".

Hace alusión finalmente el demandante sobre la aplicación que hace más de treinta años hizo el Consejo de Estado de la "excepción de ilegalidad" y dice que:

En el caso del artículo 59 es perfectamente posible la aplicación de dicho criterio jurisprudencial de la excepción de ilegalidad, por violar flagrantemente el artículo 241 y el 113 de la Carta Política, que hablan del control jurisdiccional y del equilibrio, división y armonía de los poderes y órganos públicos, ya que con el mentado artículo los constituyentes se expresaron como jueces de sus propios actos, asumiendo una doble condición de juez y parte, atentatoria de la legalidad del estado de derecho".

SE CONSIDERA:

El artículo transitorio 8o. de la Constitución de 1991, reza:

"Los decretos expedidos en ejercicio de las facultades de estado de sitio hasta la fecha de promulgación del *presente acto constituyente,* continuarán...".

El artículo transitorio 13, ibídem, reza:

"Dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigencia *de esta Constitución...*".

El inciso segundo del artículo transitorio 33, ibídem, dice textualmente:

"El período del registrador nacional del estado civil a que se refiere *esta Constitución* empezará a contarse a partir del 1o. de octubre de 1994".

Así también los artículos transitorios 41, 52, 55 y 57 de la misma Carta, emplean la expresión *"esta constitución"* que la Sala ha subrayado en las citas transcritas.

Del mismo modo, el artículo transitorio 59, comienza con la expresión "La presente Constitución", dando a entender que el mismo artículo hace parte de la Constitución que invoca.

Indica lo anterior, que el *"animus"* que inspiraba a los Constituyentes que redactaron la nueva norma suprema del país, se extendía en forma absoluta hasta la totalidad de los artículos transitorios y que, ese carácter de transitoriedad no les quitaba el rango constitucional y, por ende, su lugar al lado de los demás artículos en la parte superior de la pirámide Kelseniana.

No sobra señalar, así sea de paso dado el resultado que ineludiblemente tendrán estas reflexiones, las graves fallas que tiene la demanda en cuestión y que bien pudieron dar pie a su rechazo: La no designación de la parte demandada ni de su representante según lo ordenan claras disposiciones procedimentales y la afirmación de que la acción que se ejerce es la "acción pú-

blica de nulidad consagrada en el artículo 237, numeral 3o. de la Constitución Pol. (sic) de Colombia", cuando en virtud de dicho numeral se confiere al Consejo de Estado la atribución de "Actuar como cuerpo supremo consultivo del gobierno en asuntos de administración, debiendo ser necesariamente oído en todos aquellos casos que la Constitución y las leyes determinen", así como la de ser oído "en los casos de tránsito de tropas extranjeras por el territorio nacional, de estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeros de guerra, en aguas o en territorio o en espacio aéreo de la nación", asuntos que son ajenos a lo pretendido en la demanda.

Invocan también los actores, el artículo 82 y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo siendo precisamente, el primero de ellos el que le quita toda posibilidad de procedencia a la acción por lo que seguidamente se explica:

Dice la parte final del primer inciso del artículo 82, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo "Se ejerce por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos de conformidad con la Constitución y la Ley".

Al buscar esa conformidad con la Constitución, nos encontramos con que el artículo transitorio número 59 dice categóricamente que "LA PRESENTE CONSTITUCION Y LOS DEMAS ACTOS PROMULGADOS POR ESTA ASAMBLEA CONSTITUYENTE NO ESTAN SUJETOS A CONTROL JURISDICCIONAL ALGUNO" (las mayúsculas son de este auto).

Se colige entonces que de la conformidad buscada, resulta la disconformidad existente entre esa norma eminentemente superior y la acción que se pretende incoar siendo aquella una disposición genética, absoluta, no condicionada ni supeditada a ninguna otra.

Es por ello que la providencia suplicada al resolver la inadmisión de la demanda no ha hecho cosa diferente a reconocer que los artículos impugnados son normas de carácter constitucional que carecen de todo control jurisdiccional.

Cuando los actores, según fotocopia informal que aparece en el expediente, demandaron ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por inconstitucionalidad el Acto Constituyente No. 1 de 1991, la dicha Sala, al inadmitir la demanda motivó su decisión diciendo que "El Acto Constituyente No. 1 de 1991 cumple tal propósito de facilitar las enmiendas por las siguientes razones: en su primer artículo dispone elevar a rango constitucional el reglamento de la Asamblea con lo cual se da firmeza a las tareas que temporalmente y en observancia del mismo cumpla dicho organismo y es así entonces que dicho reglamento no tiene vocación de permanencia según su artículo 74, sino de transitoriedad y por ello puede ser modificado por los constituyentes cuando a bien lo estimen". (folio 3 del expediente).

En el caso *sub-judice*, en forma muy similar los constituyentes elevaron a rango constitucional la prohibición de someter a control jurisdiccional, tanto la Constitución misma como todos los actos promulgados por la Asamblea Constituyente y dicha disposición no fue modificada posteriormente quedando así como norma constitucional.

Ante razones tan evidentes, no puede la Sala de Decisión estar en desacuerdo con la inadmisión de la demanda resuelta en el auto suplicado.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto suplicado.

Cópiese, notifíquese.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de octubre de 1991.

Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.

NACIONALIDAD/NACIONALES/DOCTRINA SUAREZ/DEPORTACION/ DAS/COMPETENCIA/DECAIMIENTO DEL ACTO/DOBLE NACIONALIDAD

Aún cuando fue legal la determinación del DAS de deportar al actor, lo cierto es que, en estos momentos, los actos acusados son inejecutables por pérdida de fuerza ejecutoria, en razón de haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho: calidad de extranjero del actor y consiguiente deportación por su ingreso irregular. Por lo demás, el nuevo ordenamiento constitucional dispuso que la "calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1421. Actor: Hugo Alberto Gutiérrez Holguín.– Acción de nulidad y restablecimiento del derecho en relación con resoluciones proferidas por el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–.

El señor HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN, 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 la declaratoria de nulidad de las resoluciones 1599, 2550 y 1486 de 1989, proferidas por el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, en cuanto por ellas se ordena su deportación del territorio nacional, para que, como consecuencia de ello y a título de restablecimiento del derecho, se declare que el demandante tiene la condición o calidad de nacional colombiano de origen y

como tal todos los derechos inherentes a ella, se cancele la orden de deportación y se le devuelvan todos los documentos que se le hayan retenido por parte del DAS o por cualquier otra autoridad, y en caso de que se hayan cancelado, o no se haga la devolución por cualquier motivo o pretexto, se oficie a las autoridades respectivas para que le expidan otros nuevos.

I.– ANTECEDENTES DE LA ACCION

Se sintetizan, así:

a) Que el demandante nació en Palmira (Valle del Cauca), el día 9 de junio de 1948, y que tanto su padre como su madre son colombianos de origen.

b) Que al adquirir la mayoría de edad, la Registraduría Nacional del Estado Civil le expidió su cédula de ciudadanía distinguida con el No. 14'956.512 de Cali, la cual ha usado en todos sus actos públicos y privados desde entonces, y nunca ha sido cancelada.

c) Que en busca de trabajo se dirigió al Canadá, y para obtenerlo intentó nacionalizarse en dicho país, pues todo indica que no alcanzó a protocolizarse tal acto. "Esto fue, según afirma el Das, en 1978".

d) Que en 1979, el Estado Colombiano, por medio del Consulado de nuestro país en Toronto, caducado el pasaporte anterior, le expide uno nuevo, el cual es renovado por intermedio del mismo funcionario en 1986.

e) Que, provisto de este pasaporte y, naturalmente, de la cédula de ciudadanía colombiana, ingresa al territorio nacional por el puerto aéreo de Cali, el 28 de diciembre de 1987, como consta en el sello estampado en ese documento por encontrar las autoridades de inmigración del Das que todo era correcto.

f) Que habiendo transcurrido un tiempo considerable desde que ingresó al país, y durante el cual realizó actos positivos con el ánimo de domiciliarse, tales como la adquisición de una casa de habitación en la ciudad de Cali, contando para ello con un crédito concedido por una Corporación de Ahorro y Vivienda, y laborar en su establecimiento comercial, donde explota los servicios de cosmetología y cosméticos en general, en razón de lo cual presentó sus declaraciones de renta y patrimonio, el Jefe de la División de Extranjería del DAS, con fundamento en comunicación de enero 29 de 1989, al parecer proveniente del Registrador de Ciudadanía de Otawa, dicta la resolución 1599 de febrero 23 de dicho año, por la cual se resuelve DEPORTAR al actor, con los siguientes fundamentos sucintamente expuestos, los cuales, respectivamente, a veces ampliados, van a aparecer en las otras resoluciones confirmatorias:

1o.– Que el demandante, al adquirir la nacionalidad canadiense, como se demuestra con el documento mencionado, perdió la nacionalidad colombiana.

2o.– Que, en consecuencia, al entrar a nuestro país el 28 de diciembre de 1987, debió hacerlo no con los documentos que lo acreditan como nacional colombiano por nacimiento, sino con documentos "internacionales", o sea, en el caso concreto, con pasaporte canadiense y con visa de extranjero, otorgada por el respectivo Consulado colombiano.

3o.– Que al no haber presentado a la entrada los documentos de extranjero, sino los colombianos, ingresó ilegalmente al país y, por lo tanto, su permanencia en éste es, asimismo, ilegal.

4o.– Que, en esa forma, violó el decreto 1000 de 1986 y 2000 de 1987, particularmente el artículo 6o. del primero de estos estatutos, precepto según el cual "para el ingreso al territorio nacional, los extranjeros deben poseer: a) Pasaporte vigente o documento de viaje; b) La correspondiente visa o permiso de entrada".

5o.– Que, por ende, al haber transgredido las normaciones del Estado Colombiano y de las cuales son destinatarias las personas extranjeras, se hace acreedor a *sanciones,* particularmente, la de deportación, en virtud del artículo 128 del decreto 1000 de 1986.

6o.– Que, por lo tanto, debe permanecer en el exterior, como mínimo, seis meses, y, si desea ingresar nuevamente al país, tiene que ser con pasaporte de extranjero y con visa colombiana.

7o.– Que, finalmente, puede solicitar la *readquisición* de la nacionalidad colombiana, de acuerdo con las normas pertinentes de la Ley 22 bis de 1936 y el Decreto 2247 de 1983.

II.– DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el actor que:

a) Los actos administrativos acusados fueron dictados en forma irregular, y con desconocimiento de los derechos de audiencia y defensa, y, por lo tanto, con infracción de las normas en que debían fundarse, por cuanto, de un lado la prueba con la que da por demostrado el hecho de haber obtenido el demandante la Carta de naturalización en Canadá y haberse domiciliado en ese país, o sea, la "comunicación" de 27 de enero de 1989 "recibida del Registrador de la ciudad de Otawa-Canadá y que reposa en su R.G. No. 98382", no es tal, sino un simple "papel" desprovisto de todo valor demostrativo y carente del menor asomo de autenticidad, si se tiene en cuenta

que no fue autenticado por el cónsul de Colombia, ni la de éste por el Ministerio de Relaciones Exteriores; ni fue traducido oficialmente por funcionario de dicho Ministerio, ni en su totalidad; ni se encuentra en el expediente administrativo "en su original", ya que simplemente "es fiel copia tomada de fotocopia la cual reposa en el Registro General...", en otras palabras, se trata de fotocopia de fotocopia; y, de otro lado, niega de plano y sin ningún examen, valor probatorio a los documentos auténticos y oficiales, que acreditan la calidad de nacional colombiano del actor, tales como el pasaporte que se le expidió por el Estado colombiano, la cédula de ciudadanía, documento único de identificación del ciudadano y el registro civil de nacimiento, prueba irrefutable de que nació en Palmira (Valle del Cauca) y que sus padres son también nacionales colombianos.

Por ello, considera el señor apoderado del accionante que se quebrantaron los artículos 137 del decreto 1000 de 1986, sobre autenticación y traducción de documentos expedidos en el exterior en idioma diferente al español, 26 de la Constitución de 1886, en cuanto no se acataron las formas propias de cada juicio y 252, incisos 1 y 2 del C. de P.C. sobre documento auténtico.

b) Existe falta de competencia del DAS para proferir los actos acusados, pues ese Departamento no es el competente para decidir acerca de la pérdida de la condición de colombiano de origen. La competencia, según la ley 22 bis de 1936 y el decreto 2247 de 1983, está radicada en el señor Presidente de la República y en su Ministro de Relaciones Exteriores, por ser un acto de soberanía, un acto político.

En consecuencia, según el demandante, se quebrantaron los artículos 2, 16, 20, 55, 57-1 y 2, 58, 120-20, de la Constitución Nacional de 1886, en concordancia con los artículos 8-1, 9 y 14-2 y 3 ib. sobre nacionalidad de origen y pérdida de la calidad de nacional colombiano y pérdida de la ciudadanía y rehabilitación.

c) Readquisición automática de la nacionalidad colombiana, según la conocida doctrina Suárez, tesis sostenida por el gobierno colombiano en el conocido caso del señor Santiago Pérez Triana, que surge del hecho de haber entrado a Colombia con el pasaporte expedido por las autoridades colombianas y del ánimo de avecindarse y residir en Colombia que se deduce de actos positivos e inequívocos, como los antes expuestos: adquirir su casa de habitación y establecer un negocio de comercio.

Al no haberse tenido ello en cuenta, se quebrantó el art. 9o. de la Constitución de 1886.

d) Finalmente, considera el accionante que al desconocerse en los actos demandados la readquisición automática de la nacionalidad del actor, de

acuerdo con el Tratado de la Tercera Conferencia Internacional Americana, reunida en Río de Janeiro, se quebrantó la ley 28 de 1908 que aprobó dicho Convenio.

III.– LA ACTUACION

Mediante providencia de 26 de junio de 1990, se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de las resoluciones 2550, 2977 y 1486 de 1989 acusadas.

Notificada la demanda al señor Ministro de Relaciones Exteriores y al señor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, éste último por conducto de apoderado especial constituido al efecto contestó la demanda, oponiéndose a sus pretensiones y solicitando el decreto y práctica de pruebas.

En el término para alegar de conclusión solamente lo hizo la apoderada de la Nación –Departamento Administrativo de Seguridad–. Por su parte, el señor agente del Ministerio Público rindió su concepto dentro de la oportunidad señalada para ello.

IV.– LAS RAZONES EN QUE SE FUNDAMENTA LA PARTE DEMANDADA PARA OPONERSE A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

La apoderada de la Nación –DAS– solicita de la Corporación que se nieguen las pretensiones de la demanda, por cuanto: 1o. El competente para deportar extranjeros es el Departamento Administrativo de Seguridad, que fue lo que se hizo por los actos acusados; 2o. El demandante, quien según su propia declaración (ver fl. 227 del expediente) adquirió carta de naturaleza en Canadá, perdiendo por tanto la nacionalidad colombiana, entró al país con quebrantamiento de lo dispuesto en los decretos 1000 y 2000 de 1986 y 1987, respectivamente, ya que como extranjero que era en ese momento debía presentar su pasaporte o documento de viaje y la visa o permiso de entrada expedida por funcionario consular colombiano; y 3o. El Das para dictar la medida de deportación no se basó en documento o comunicación procedente de funcionario o autoridad extranjera, sino en la propia versión, dada con antelación a la expedición de los actos acusados, por el mismo accionante.

Considera, entonces, la apoderada de la Nación que no es posible alegar causales de nulidad por hechos posteriores, como los relativos a la posible readquisición de la nacionalidad por establecer el actor nuevamente su domicilio en el territorio nacional y haber transcurrido el término de los dos años que consagra la Convención de Río de Janeiro, aprobada por la ley 28 de 1908, como consecuencia esto último del hecho de no haberse podido ejecutar los actos acusados, por razón de la demanda y de la suspensión provi-

sional de aquéllos. Por ello, plantea que, simplemente, en aplicación del artículo 66 del C.C.A., sobre pérdida de fuerza ejecutoria del acto, se declare que las decisiones administrativas impugnadas la han perdido, y que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

V.– EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Primera de la Corporación solicita se acceda a las súplicas de la demanda, por cuanto: 1o. Se identifica con los razonamientos que llevaron a la Sección a decretar la suspensión provisional de los actos acusados, relativos ellos a que se encontró demostrada la nacionalidad colombiana del demandante, ante la carencia de las condiciones de autenticidad y de los abonos que la ley procesal reclama, del documento originario de las autoridades canadienses, en el cual se basó el Das para soportar su decisión de deportación como extranjero, e incompetencia de dicho organismo para decidir sobre cuándo un nacional colombiano ha perdido esa calidad ni cuándo la ha recuperado por residir y domiciliarse nuevamente en el país; y 2o. Porque, por imperio de la nueva Carta Constitucional, ningún colombiano de nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad; la calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad, y quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana pueden recobrarla con arreglo a la ley (art. 96).

VI.– LA DECISION

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia que resuelva la contención, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1a.– Realmente, como lo observa la apoderada de la Nación, teniendo en cuenta su propia declaración rendida el día 23 de febrero de 1989 ante funcionarios del DAS por el actor, que fue el medio de convicción en que se fundamentó la Jefatura de la División de Extranjería de aquella entidad al ordenar su deportación por medio del acto administrativo inicial o principal, ya que el documento que obra a folios 45 y 46 del expediente con el que se pretendió dar por establecida la naturalización del accionante en Canadá sólo vino a invocarse con motivo de la decisión de los recursos gubernativos ordinarios, pero sin que se cumpliera con la exigencia de la ley procesal civil, es claro que, en el momento de su ingreso al territorio nacional, el señor Hugo Alberto Gutiérrez Holguín era ciudadano canadiense por naturalización, lo que había determinado, según lo prescrito en el artículo 9o. de la Constitución de 1886, la pérdida de su calidad de nacional colombiano por origen, cuestión que simplemente bastaba establecerse por la autoridad encargada de aplicar la ley, en este caso, las autoridades de inmigración que forman parte del Departamento Administrativo de Seguridad, y no por la

autoridad judicial, concretamente esta Corporación a través del juicio previsto en los artículos 221 y 222 del C.C.A., en concordancia con el 128-10 ibídem, para llegar a la conclusión de que el ingreso al territorio nacional del señor Gutiérrez Holguín se había producido con quebrantamiento del art. 6o. del decreto 1000 de 1986, y que, en tales condiciones se hacía acreedor a la sanción de deportación señalada por el numeral 1o. del artículo 128 del mismo decreto, que correspondía aplicar al Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–.

En otras palabras: habiendo reconocido el demandante en su declaración rendida ante funcionarios del DAS, antes de la expedición del acto administrativo principal acusado, que había adquirido carta de naturaleza en el Canadá antes de regresar a Colombia, hecho confirmado por las autoridades colombianas con la información que le suministrara la correspondiente autoridad canadiense, que si bien no podía tenerse como prueba plena de esa naturalización por no reunir los requisitos de ley, sí podía ser considerada por la Administración para adoptar la decisión, según lo prescribe el art. 34 del C.C.A., era claro que el actor ya no era nacional colombiano según lo preceptuado por el artículo 9o. de la Constitución entonces vigente, que tampoco había recobrado su nacionalidad primitiva conforme a la conocida doctrina Suárez, acogida en la Convención de Río de Janeiro de 1906, Tratado o convenio internacional aprobado por el Congreso de Colombia por medio de la ley 28 de 1908, pues hasta ahora regresaba al país con el propósito de establecer en él su domicilio, que por tanto, como extranjero, debía ingresar al territorio nacional portando y presentando los documentos señalados en el art. 6o. del decreto 1000 de 1986, y que, por consiguiente, como así no lo hizo, era viable decretar su deportación, según lo previsto en el numeral 1o. del art. 128 del mismo decreto, para lo cual era competente el DAS.

Si ello era así, como realmente lo es, no encuentra la Sala la alegada expedición irregular del acto por haberse dictado con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa del actor sancionado e infracción de las normas en que debía fundarse, ni por razón del vicio de incompetencia, pues, se repite, el demandante fue oído previamente por el DAS en torno a los hechos que determinaron la deportación, el documento proveniente al parecer de autoridad extranjera sobre el hecho de la naturalización del actor en el Canadá, si bien no podía ser considerado como prueba para resolver los recursos de reposición y apelación, sí podía ser tenido como informe obtenido por la autoridad que iba a adoptar la decisión ya que reiteraba lo dicho por el accionante, y, finalmente, era el DAS el órgano competente para adoptar la decisión de deportación.

En consecuencia, estos dos cargos no están llamados a prosperar.

2a.– Ahora bien: producido el ingreso al país, así fuere en circunstancias irregulares, lo cierto es que, por una u otra razón –impugnación del acto

principal en la vía gubernativa, inicialmente, y después en la jurisdiccional en donde se obtuvo la admisión de la demanda y el decreto de suspensión provisional de los actos acusados–, el señor Gutiérrez Holguín permaneció y ha permanecido en el territorio nacional por un lapso superior al señalado en la Convención de Río de Janeiro, lo que determina, según el artículo II de ésta, la intención de no regresar al país en donde se había naturalizado y la renovación de su residencia en el país de origen, lo que conduce a que, en los términos de ley, haya recobrado su nacionalidad primitiva (art. 9o. de la Constitución de 1886).

En tales condiciones, aun cuando para la Sala fue legal la determinación del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, de deportar al actor, lo cierto es que, en estos momentos, los actos acusados son inejecutables por pérdida de fuerza ejecutoria, según lo señalado en el numeral 2 del art. 66 del C.C.A., en razón de haber desaparecido sus fundamentos de hecho y de derecho: calidad de extranjero del actor y consiguiente deportación por su ingreso irregular.

Por ello, la Sala encuentra atendibles los plantamientos de la apoderada de la demandada según los cuales la ocurrencia de causas subsiguientes cuyo efecto fue la pérdida de fuerza ejecutoriada, aceptada y reconocida por la Administración, no pueden ni deben considerarse *a posteriori* como elementos de juicio que desvirtúen las que en su momento, una vez probadas y perfectamente adecuadas a las normas legales, permitieron el nacimiento a la vida jurídica de actos que no fueron inferiores a la presunción de legalidad que el estado de derecho les otorgó, lo que debe conducir a la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Pero también es claro que es necesario que la Sala le defina su situación al demandante en cuanto se refiere a la decisión de deportación, que habrá de declararse ajustada a la ley, y por ello deberá decirse de manera expresa que la orden de deportación impartida mediante los actos acusados, no podrá ya ejecutarse por las autoridades colombianas de inmigración, por haber perdido ellos su fuerza ejecutoria, según lo previsto en el numeral 2o. del art. 66 del C.C.A.

No está por demás observar, que igualmente tiene razón la señora Fiscal de la Corporación cuando expresa que hoy, en virtud del nuevo ordenamiento constitucional, la situación ha variado sustancialmente, pues, como bien se sabe, según lo dispuesto en el artículo 96 de la Carta de 1991, la "calidad de nacional colombiano no se pierde –como en el pasado, observa la Sala– por el hecho de adquirir otra nacionalidad", "Ningún colombiano *por nacimiento* podrá ser privado de su nacionalidad" (subrayado fuera de texto), y aún "Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley"; sólo que la consecuencia de ello, como se ha dicho, no es declarar la nulidad de los actos acusados, sino la de declarar que ellos han perdido su fuerza ejecutoria y son inejecutables con posterioridad a esta sentencia.

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 fiscal,

FALLA:

1o.- Decláranse ajustados a derecho los actos administrativos acusados, expedidos por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, identificados al comienzo de esta sentencia, por medio de los cuales se ordenó la deportación del señor Hugo Alberto Gutiérrez Holguín, y en consecuencia se niegan las pretensiones de la demanda.

2o.- Declárase que las resoluciones Nos. 2550 de 5 de abril de 1989 y 2977 de 18 de abril del mismo año, expedidas por el Jefe de la División de Extranjería del Departamento Administrativo de Seguridad, y la No. 1486 de 24 de abril de 1989, dictada por el Jefe del mismo Departamento, por las cuales se ordenó la deportación del señor Hugo Alberto Gutiérrez Holguín, han perdido su fuerza ejecutoria y por consiguiente son inejecutables, por haber recobrado la mencionada persona su condición de colombiano por nacimiento.

3o.- Levántese la suspensión provisional decretada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al señor Ministro de Relaciones Exteriores, al señor Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, y al señor Registrador Nacional del Estado Civil, y archívese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DIMAR/COMPETENCIA/TRANSPORTE MARITIMO/RESERVA DE CARGA

Una de las normas reglamentadas permite que el Gobierno Nacional revise y determine, según estime conveniente y oportuno, el porcentaje de reserva de carga de importación y exportación, géneros dentro de los cuales caben las modalidades de carga general, carga a granel, cargas especiales (Plan Vallejo), mercancías destinadas a Zonas Francas Industriales, papel periódico con destino a medios informativos escritos y las importaciones menores, para los buques de bandera colombiana y asimilados a ésta que gozan del mencionado beneficio. La Dimar podrá exonerar de reserva de carga siempre y cuando los armadores nacionales no estén en capacidad de efectuar los transportes en las condiciones técnicas y de oportunidad que requiera el usuario, o en el caso de que el valor de los fletes afecte desfavorablemente la economía nacional.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1495. Actor: Alberto Brand Millán.– Decretos del Gobierno.

El ciudadano abogado ALBERTO BRAND MILLAN, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., señalando a la Nación Colombiana como parte demandada y representada por los señores Ministros de Defensa Nacional y Desarrollo Económico, solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 9o., 10o. y 13 en

su totalidad y el inciso 2o. del artículo 12 del Decreto Reglamentario 501 del 2 de marzo de 1990, "por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 994 de 1966 y el Decreto-Ley 2324 de 1984, se modifica el Decreto 2451 de 1986 y se deroga el Decreto número 143 de 1988".

Con invocación del artículo 216 de la Carta –vigente al momento de ejercitar la acción– solicita adicionalmente que se declare la nulidad de las disposiciones acusadas no solo por los motivos incluidos en la demanda sino además por otros que en su potestad constitucional y legal el Consejo de Estado encuentre establecidos.

LAS DISPOSICIONES ACUSADAS

Las disposiciones acusadas del Decreto Reglamentario 501 del 2 de marzo de 1990, son del siguiente tenor:

"Artículo 1o.– **Reserva para cargas de importación.** Para efectos del artículo primero del Decreto legislativo número 994 de 1966, se reserva a los buques o naves de bandera colombiana y asimilados en los términos del artículo 54 del Decreto 2451 de 1986, únicamente el cincuenta por ciento (50%) del transporte de la carga general de importación que se movilice en las rutas asignadas por la Dirección General Marítima y Portuaria, Dimar.

El cincuenta por ciento (50%) restante es enteramente libre y podrá ser transportado a elección exclusiva del importador o usuario en cualesquiera buques de bandera nacional o extranjera, sean o no asimilados en los términos del artículo 54 del Decreto 2451 de 1986. Con todo, los buques de bandera colombiana y los buques asociados a dicha bandera, podrán participar dentro del cincuenta por ciento (50%) no reservado, bajo las reglas de libre competencia.

"Fíjase en diez por ciento (10%) el porcentaje de reserva de carga para la carga a granel de importación que se movilice en los servicios asignados por la Dimar.

"Para las mercancías de importación de los sistemas especiales de importación y exportación de que tratan los artículos 172 a 179 del Decreto-Ley 444 de 1967, las mercancías destinadas a zonas francas industriales de conformidad con los Decretos 1471 y 1472 de 1986, el papel periódico con destino a los medios informativos escritos y las importaciones menores conforme las define el Decreto 2666 de 1984, fíjase en el cero por ciento (0%) el porcenaje de carga reservada.

"Artículo 2o.– **Reserva para cargas de exportación de café.** Para los efectos del artículo primero del Decreto Legislativo 994 de 1966, re-

sérvase a los buques o naves de bandera colombiana y asimilados, el transporte de únicamente cincuenta por ciento (50%) de café verde (excelso) de exportación que se movilice en las rutas asignadas por Dimar. Esta reserva será del cero por ciento (0%) para el café procesado (productos industriales del café, que incluyen café tostado, soluble, extractos líquidos y café leofilizado).

"**Parágrafo 1o.**— El porcentaje de la reserva de exportación de café deberá ser cumplido por el exportador en relación con cada una de las rutas que utilice, según hayan sido asignadas por la dirección General Marítima y Portuaria de conformidad con los artículos 5o. y 6o. del Decreto 2451 de 1986.

"**Parágrafo 2o.**— A solicitud del exportador o comprador, la Dirección General Marítima y Portuaria, Dimar, podrá exonerar de reserva de carga el transporte de determinadas exportaciones de café, cuando las condiciones de negociación del comprador así lo exijan, pero mediando el concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros.

"Artículo 3o.— **Preferencia de transporte de los armadores nacionales.** No obstante lo dispuesto en el artículo 1o. del presente Decreto en relación con las cargas de importación de los sistemas especiales de importación y exportación de que tratan los artículos 172 a 179 del Decreto-Ley 444 de 1967 los usuarios del servicio de transporte estarán en todo caso obligados a solicitar oferta de servicios a los armadores colombianos autorizados para el transporte de tales cargas y siempre estará obligado el importador colombiano a contratar el transporte con los armadores nacionales si estos ofrecen condiciones económicas y de oportunidad iguales o mejores a las de los armadores extranjeros.

"Artículo 4o.— **Exportaciones de carbón y petróleo.** En aquellos contratos de exportación de carbón o petróleo en los que el exportador asuma la responsabilidad del transporte marítimo, o incluya en el precio de venta el transporte, estará obligado a solicitar oferta de servicios a los armadores colombianos autorizados para el transporte de tales cargas, estando en todo caso obligado el exportador colombiano a contratar el transporte con los armadores nacionales si éstos ofrecen condiciones económicas y de oportunidad iguales o mejores a las de los armadores extranjeros.

"Artículo 9o.— **Distribución de carga reservada.** El importador colombiano de carga a granel o carga general o el exportador de café verde (excelso) podrá distribuir, a su conveniencia y durante el año calendario, los embarques que proyecte realizar, dando cumplimiento a los porcentajes de carga reservada que se deben transportar en naves de bandera

colombiana o asimiladas, de conformidad con lo establecido en el presente decreto.

"Parágrafo 1o.– Cuando se requiera el fletamento de naves o de espacios, para obtener la autorización y el registro de los contratos respectivos el importador colombiano de carga a granel o carga general o el exportador de café verde (excelso), deberá observar los trámites contemplados en los artículos 40 a 42 del Decreto 2451 de 1986, salvo lo dispuesto en los numerales (iv) y (v) del literal b) del referido artículo 4o.

"Parágrafo 2".– Antes del arribo de la nave con carga de importación o del zarpe de la nave con carga de exportación, el agente marítimo respectivo presentará a la capitanía de puerto la copia de la autorización del fletamento e informará a la capitanía y a DIMAR el nombre, la bandera, la fecha de arribo de la nave y la clase y cantidad de carga que transporta.

"Artículo 1o. Reciprocidad.– El Gobierno Nacional, previa recomendación conjunta del Ministerio de Desarrollo Económico y del Director General Marítimo y Portuario, podrá fijar porcentajes de reserva de carga de importación y/o exportación para las mercaderías que tengan como origen o destino un país específico, si éste reserva más del cincuenta por ciento (50%) de su carga limitando así el acceso de las naves de bandera colombiana o aquellos países que no otorguen la adecuada reciprocidad a los transportadores marítimos colombianos.

"Artículo 12. Informes a Dimar.– Los agentes marítimos deberán hacer llegar a DIMAR, dentro de los quince (15) días siguientes al arribo de la nave, además de la copia del sobordo, copia de todos los conocimientos de embarque y la indicación del nombre completo del importador o exportador y su Número de Identificación Tributaria (NIT), de todas aquellas mercancías que sean transportadas como exentas o no sujetas a reserva de carga.

"Exceptúase de lo dispuesto en el párrafo anterior las mercancías cuyo porcentaje de reserva ha sido fijado en el cero por ciento (0%) en los artículos primero y segundo del presente decreto.

"Artículo 13. Control– Al final de cada año calendario, DIMAR podrá solicitar a cualquier importador o exportador que, con base en las copias de los conocimientos de embarque respectivos, demuestre que en efecto transportó al menos el porcentaje reservado a buques o naves de bandera colombiana y asimiladas en los términos estipulados en el presente decreto.

"En caso de advertir un posible incumplimiento, procederá a dar aviso a las capitanías de puerto con el fin de que se adelanten las investigaciones correspondientes y se impongan las sanciones a que haya lugar.

"Parágrafo 1o.– Para efectos de la fijación de las multas a que hubiere lugar se tomará como base el promedio de los fletes pagados por el importador o exportador por la totalidad de la carga transportada durante el año calendario.

"Parágrafo 2o.– Se entenderá como año calendario el comprendido entre el 1o. de enero y el 31 de diciembre".

LAS NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACION

El actor considera que con la expedición de las disposiciones acusadas se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación (fls. 36 a 51 del C. 1): *Artículos* 1o. del Decreto legislativo 994 de 1986; 5o. –numerales 1, 13 y 18; 144 y 164 del Decreto Ley 2324 de 1984; y, 30, 32, 76-10 y 120-3 de la Constitución Política.

Primer cargo.– Violación del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966, en razón a la desprotección y desestímulo a la Marina Mercante Colombiana, la variedad de discriminaciones no autorizadas de la carga y la variedad de porcentajes establecidos por las normas acusadas.

La finalidad del Decreto 994 de 1966, incorporado a la legislación permanente de la República por la Ley 48 de 1968, es la de "proteger y estimular el desarrollo de la Marina Mercante Colombiana, a cuyo efecto es necesario dotarlo de un instrumento que le permita dar adecuada y equitativa participación a dicha Marina en la distribución de la carga de importación y exportación, cuyo constante aumento ha creado congestiones y demoras en la movilización de los cargamentos, con serio deterioro de los mismos y recargos injustificados en los costos de operación", para que pueda cumplir su función de ser "parte de la reserva naval de la República", como en efecto quedó consignado en sus considerandos.

Sentadas estas premisas, dispuso:

"ARTICULO 1o.– Autorízase al Gobierno para que periódicamente, teniendo en cuenta la conveniencia de fomentar la Marina Mercante Nacional y Flota Auxiliar de la Armada Nacional y su estado de desarrollo, FIJE EL PORCENTAJE DE CARGA DE IMPORTACION Y EXPORTACION RESERVADA A LOS BUQUES DE BANDERA COLOMBIANA". (mayúsculas del actor).

No obstante que la norma reglamentada dispuso que la fijación del porcentaje debía ser periódica y que el Gobierno ya había iniciado el sistema de reserva de carga con el 50% de la carga de importación y exportación, como lo estatuye el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1208 de 1969 y el Decreto 143 de 1988 ya derogado, el Decreto Reglamentario acusado ordenó todo lo contrario, ya que no solamente redujo el porcentaje al fijar un único 50% para repartirlo entre la Marina Nacional y la extranjera asimilada, sino que estableció varios porcentajes e hizo discriminación de la carga, como en efecto lo hizo en los artículos 1o., 2o. y 4o., porcentajes y discriminaciones que estaban excluidos de la norma sustancial, por lo cual la viola, desprotegiendo y desestimulando así a la Marina Mercante Nacional.

Segundo cargo.– Violación del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 por el no cumplimieto de la periodicidad en la fijación del porcentaje de reserva de carga para la protección y fomento de la Marina Mercante Nacional, criterio que no tiene otro sentido que el de ir mejorando por períodos de tiempo más o menos fijos el porcentaje de carga reservada a los buques colombianos, o al menos conservarse o mantenerse sino fuere posible aumentarlo en las revisiones periódicas que ordena la ley reglamentada.

Así que los artículos 1o. y 2o. del Decreto 501 de 1990 al disminuir el porcentaje de carga reservada que ya había sido fijado inicialmente por el Decreto 1208 de 1969, rompen la periodicidad del sistema de protección y fomento de la Marina Mercante Nacional y quebrantan la norma sustancial citada.

Tercer cargo.– Violación del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 por el Parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto acusado que dispone que la Dirección General Marítima y Portuaria –DIMAR– podrá exonerar de reserva de carga el transporte de exportación de café cuando las condiciones del comprador extranjero lo exijan, sometiendo de esa manera el interés público de la Nación de proteger y desarrollar la Marina Mercante y la Flota Auxiliar de la Armada Nacional al interés privado, y además establecer condiciones no incluidas en la ley de autorizaciones; condiciones que los particulares extranjeros le imponen al país por medio de una simple estipulación con el particular colombiano que exporta el café, y a esa estipulación arbitraria, la norma acusada (parágrafo 2o., art. 2o., Decreto Legislativo 501 de 1990) la eleva a causal de exoneración de reserva que debe autorizar la DIMAR.

Cuarto cargo.– Violación del artículo 164 del Decreto 2324 de 1984 por el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 501 de 1990 que también reglamenta el Decreto Ley 2324 de 1984, el cual reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria, en cuyo artículo 164 dispone:

"**Exoneración.**— La Dirección General Marítima y Portuaria podrá autorizar que la carga reservada de importación y exportación pueda ser transportada en buques de bandera extranjera cuando se determine cualquiera de los siguientes eventos:

"a. Que los armadores no están en capacidad de efectuar los transportes en las condiciones técnicas y de oportunidad que requieran los usuarios.

"b. Que las cargas a transportar sean para uso específico de la defensa nacional.

"c. Que el valor de los fletes afecte desfavorablemente la economía nacional".

El parágrafo 2o. del artículo 2o. del decreto censurado, por el contrario, dispone que DIMAR "podrá exonerar de reserva de carga el transporte de determinadas exportaciones de café, cuando las condiciones de negociación de comprador así lo exijan...".

La simple comparación de la norma reglamentada con la norma acusada pone de manifiesto la existencia de la violación denunciada por cuanto ésta introduce una nueva causal de exoneración no contenida en la norma reglamentada. Pero más que una causal de exoneración, la norma acusada ordena que se acceda a las exigencias del comprador extranjero de café. Es una imposición abusiva del particular extranjero contra el interés público de la Nación declarado por el mismo Decreto Legislativo 994 de 1966.

Quinto cargo.— Violación del artículo 1o. del Decreto 994 de 1966 por el artículo 3o. del Decreto acusado al disponer éste que no obstante lo dispuesto en aquél, en relación con la carga de importación de los sistemas especiales de importación y exportación, el importador colombiano está obligado a contratar el transporte con los armadores colombianos "si éstos ofrecen condiciones económicas y de oportunidad iguales o mejores a las de los armadores extranjeros", con lo cual se establecen condiciones de evidente desigualdad que sólo favorecen ilegalmente a las grandes empresas navieras del mundo y a los "TRAMPS", en contra del sistema de protección y desarrollo de la Marina Mercante Nacional y Flota Auxiliar de la Armada Nacional.

Sexto cargo.— Violación del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 por el artículo 4o. del Decreto acusado 501 ya que también, como en el evento precedente (cargo quinto), introduce condiciones de precios y de oportunidades que la ley de autorizaciones no exige, y somete a la Marina Mercante y a la Flota Auxiliar de la Armada Nacional a la especulación, y a la competencia desleal de los grandes carteles navieros del mundo y de la pi-

ratería y rapiña del transporte marítimo inpuesta por los "TRAMPS", todo lo cual es contrario al derecho de protección y de fomento que la ley de autorizaciones establece para la Marina y Flota mencionadas.

Séptimo cargo.— Violación del artículo 144 del Decreto-ley 2324 de 1984 por los incisos 2o. y 3o. del artículo 1o. del Decreto acusado 501 de 1990.

Establece el artículo 144 del Decreto Ley reglamentado que:

"El servicio público de transporte marítimo para carga general debe ser eficaz, regular y continuo, seguir rutas definidas, cumplir frecuencias e itinerarios preestablecidos y someter a la aprobación de la Dirección General Marítima y Portuaria las tarifas de fletes y sus variaciones, recargos o cualquier cuantía que altere el valor integral del transporte".

Según esta disposición, toda la carga general debe ser transportada por buques que cumplan los indicados requisitos; sin embargo, la reglamentación acusada dispone todo lo contrario, o sea que el 50% de la carga general y el 90% de la carga a granel es enteramente libre de transportación por cualesquiera buques nacionales o extranjeros, bajo las reglas de la libre competência, lo cual significa que mientras la norma sustancial ordena que la carga general sólo puede ser transportada por los buques que cumplan los indicados requisitos, la reglamentación de la misma norma dispone que cualquier buque puede hacer libremente la transportación, aunque no cumpla los señalados requisitos.

Octavo cargo.— Violación del artículo 144 del Decreto-Ley 2324 de 1984 por los artículos 9o. y 13o. del Decreto 501 de 1990 toda vez que éstos trasladan a los particulares importadores y exportadores, las atribuciones de DIMAR de promover el desarrollo de la Marina Mercante Nacional, dirigir y controlar el transporte marítimo y aplicar y controlar la reserva de carga.

El citado artículo 144 define el servicio público de transporte marítimo, y el control de este servicio ha sido asignado a la DIMAR por los numerales 2, 13 y 18 del artículo 5o. del Decreto-Ley 2324 de 1984 En cambio, el artículo 9o. del decreto acusado autoriza al importador colombiano de carga general para distribuir a su conveniencia los embarques que proyecte realizar y el artículo 13 complementa esta disposición del artículo 9o., para dejar a DIMAR solamente la facultad de poder solicitar a cualquier importador o exportador que demuestre si cumplió, al menos, el porcentaje reservado a buques colombianos o asimilados, lo que es totalmente contrario al orden jurídico, porque una de las características del servicio público es que se presta a todos por igual y en igualdad de condiciones de calidad, frecuencia y costos.

Noveno cargo.— Violación del artículo 164 del Decreto 2324 de 1984 por el inciso 4o. del artículo 1o. y por el artículo 2o. del Decreto 501 de 1990.

El artículo 164 que se indica como infringido, establece tres causales para que la Dirección General Marítima y Portuaria pueda autorizar exoneración de reserva de carga de importación y exportación, a saber:

"a. Que los armadores nacionales no estén en capacidad de ejecutar los transportes en las condiciones técnicas y de oportunidad que requieran los usuarios.

"b. Que las cargas a transportar sean para uso específico de la defensa nacional.

"c. Que el valor de los fletes afecte desfavorablemente la economía nacional".

Si se armoniza esta disposición con el artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966, se entiende que la ley ha autorizado al Gobierno para fijar porcentajes de reserva de carga para ser transportada en buques de bandera colombiana y para que DIMAR pueda conceder exoneración de reserva para la carga que se encuentre en cualquiera de los eventos pretranscritos. Sin embargo, el Decreto acusado en el inciso 4o. del artículo 1o. y en el artículo 2o., por el contrario, señala como susceptibles de ser exonerados de reserva, productos como el café procesado, sistemas especiales de importación y exportación o sistemas especiales de comercialización, o productos industrializables como el papel periódico y las importaciones menores.

Décimo cargo.— Violación de los numerales 2, 13 y 18 del artículo 5o. del Decreto ley 2324 de 1984 por los artículos 9 y 13 del Decreto acusado.

Este artículo 5o. establece las funciones de la Dirección General Marítima y Portuaria, y entre ellas las siguientes:

"2.— Dirigir, regular, controlar y promover el desarrollo de la Marina Mercante, ...

"13.— Regular, dirigir y controlar las actividades del transporte marítimo internacional y de cabotaje, público o privado; asignar, modificar o cancelar rutas y servicios y establecer las condiciones para la prestación de los mismos.

"18.— Autorizar la aplicación de la reserva de carga y conceder el levantamiento de la misma"

Sin embargo, las disposiciones acusadas convierten estas obligaciones públicas de DIMAR acabadas de transcribir, en simple facultades discrecionales y las transfieren a los particulares, es decir, a los exportadores o importadores, quienes están interesados en que no existan esos controles, para que puedan hacer a su arbitrio y según su personal conveniencia la distribución de los embarques de carga y el control de la reserva que corresponde a los buques de bandera colombiana y dejando únicamente a DIMAR la simple facultad de recibir la copia de la autorización de fletamento de naves extranjeras y la no menos simple facultad discrecional de solicitar, no a los armadores, sino a cualquier exportador o importador colombiano que demuestre que cumplió los porcentajes de reserva.

Esta violación se torna todavía más patética si se observa que el artículo 13 del decreto acusado incluye también a los usuarios extranjeros, lo cual significa que éstos ejercen el control del servicio público de transporte marítimo internacional en el cual está comprometida de alguna manera la independencia y soberanía de la Nación, razón por la cual se ha fijado la función señalada en DIMAR.

Décimo primer cargo.– Violación del artículo 1o. del Decreto 994 de 1966 por los artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 9o. y 13 del Decreto acusado, por desviación de poder, porque habiendo recibido el Gobierno autorización expresa y clara para proteger la Marina Mercante Nacional y fomentar su desarrollo, bajo declaración de interés público nacional que hace la misma ley de autorizaciones, el Gobierno Nacional por el contrario, utilizó esas facultades para desmejorar la Marina Mercante Nacional y la Flota Auxiliar de la Armada Colombiana y de proteger la marina mercante extranjera.

Décimo segundo cargo.– Violación de los artículos 30 y 32 de la Constitución Nacional por el Decreto impugnado; dado que los artículos acusados pretenden hacer prevalecer el interés privado sobre el interés público, cuando el primero de los artículos citados de la Carta establece lo contrario. Y como esa intervención se ha hecho sin mandato legal, se vulnera también el artículo 32 ibídem.

Décimo tercer cargo.– Las normas acusadas violan el artículo 76, numeral 10, de la Constitución Política, porque conforme a esta disposición es al Congreso al que le compete regular el servicio público de transporte marítimo y dictar los estatutos de los establecimientos públicos, como el de la DIMAR, y no al Gobierno, que ha usurpado dicha competencia al modificar el Decreto-ley 2324 de 1984, atribuyendo en las normas acusadas del Decreto 501 de 1990 aquella primera función y la aplicación de la reserva de carga a los particulares.

Décimo cuarto cargo.– El Decreto 501 de 1990 al reglamentar el Decreto legislativo 994 de 1966 y el Decreto Ley 2324 de 1984, excede la po-

testad reglamentaria porque, como ha quedado visto, en los cargos precedentes "dicta normas de carácter sustancial", por ejemplo, cuando en el artículo 1o. incluye los buques asimilados está legislando y no reglamentando, y utiliza dicha facultad para fines distintos a las medidas necesarias para poner la ley en ejercicio o para facilitar su imperio.

FUNDAMENTOS DE LAS OPOSICIONES A LA DEMANDA.

Tanto el Ministerio de Desarrollo Económico como el de Defensa Nacional, en representación de la Nación, contestaron la demanda y alegaron de conclusión oponiéndose a las pretensiones del libelo (fls. 78 a 96, 100 a 126, 361 a 370).

El Consejo Colombiano de Usuarios de Transporte Terrestre, Marítimo y Aéreo –CUTMA–, manifestó obrar como "coadyuvante de la demandada" (fl. 141, c. 1) y así se le tuvo por auto que corre a folio 159 ib., o lo que es lo mismo, como parte impugnante de la demanda, y en esta condición la contestó (fls. 141 a 156), oponiéndose a todas sus peticiones.

Los argumentos de las oposiciones se resumen en los siguientes párrafos:

El Gobierno fue autorizado por el artículo 1o. del Decreto 994 de 1966 para que periódicamente, teniendo en cuenta la conveniencia de fomentar la Marina Mercante y Flota Auxiliar de la Armada Nacional y su estado de desarrollo, fije el porcentaje de carga de importación y exportación reservada a los buques de bandera colombiana; esto es, se dotó al Gobierno Nacional de un instrumento para dar adecuada y equitativa participación a la Marina Mercante Colombiana en la distribución de la carga de importación y exportación, en atención al constante aumento y congestión creados para la movilización de los cargamentos, participación que debe estar acorde con el aumento de la carga para evitar su deterioro, así como los recargos injustificados en los costos de operación, todo lo cual significa que no existe la presunta desviación de poder que el actor le atribuye a las normas acusadas.

La necesidad de incentivar el comercio exterior como fuente generadora de divisas y empleo entraña que la fijación del porcentaje de reserva de carga de importación y exportación sea fijado atendiendo la motivación señalada en el Decreto 994 de 1966, lo que significa la prevalencia del interés público sobre el interés privado, sin dejar de garantizar la libertad de empresa y la iniciativa privada, dentro de los límites del bien común respetando de esta manera la preceptiva constitucional contenida en los artículos 30 y 32 que el demandante estima infringidos.

Tampoco se usurpa la función del Congreso Nacional de expedir los Estatutos de la DIMAR porque al determinar el Decreto acusado que ésta ejercerá control sobre los importadores y exportadores para verificar si éstos

transportaron el porcentaje reservado a buques o naves de bandera colombiana y asimiladas, no está haciendo cosa distinta a la de acogerse a los lineamientos trazados por el Decreto-ley 2324 de 1984, en una estricta sujeción al artículo 76-10 de la Constitución Nacional.

Finalmente afirman los impugnadores de la demanda que el Decreto 501 de 1990 al fijar los porcentajes de carga de importación y exportación, respeta la letra y el espíritu del Decreto legislativo 994 de 1966 que autorizó al Gobierno para hacerlo periódicamente y teniendo en cuenta la conveniencia de fomentar la Marina Mercante Colombiana y la Flota Auxiliar de la Armada Nacional, como en efecto lo hizo, en un adecuado uso de la potestad reglamentaria que consagra el numeral 3o. del artículo 120 de la Carta Política.

EL CONCEPTO FISCAL

La Señora Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo que corre a folios 374 a 382 del C. 1 conceptúa que el decreto demandado se ajusta a la norma superior que reglamenta, con excepción del parágrafo 2o. del artículo 2o. que autoriza una exoneración de reserva de carga en atención a una causal no prevista en el artículo 164 del Decreto-ley 2324 de 1984, contrariándolo.

Habiéndose surtido el trámite correspondiente sin ningún vicio que se constituya en causal de nulidad de la actuación, se procede a decidir la controversia siguiendo el mismo orden en que fueron presentados los cargos, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Antes del examen de los cargos la Sala se refiere a la petición del actor que obra a folio 371 del expediente, consistente en que se rechace de plano "LA COADYUVANCIA formulada por el Señor JUAN ALBERTO PAEZ MAYA (sic) quien obra a nombre del CONSEJO COLOMBIANO DE USUARIOS DEL TRANSPORTE TERRESTRE, MARITIMO Y AEREO "CUTMA", sin cumplir los requisitos legales", manifestando que es improcedente por la explicación ya dada en la introducción del acápite "FUNDAMENTOS DE LAS OPOSICIONES A LA DEMANDA" de esta providencia.

Ciertamente, se reitera, el CUTMA obra no como coadyuvante de la demanda, sino como impugnante de la misma, según se desprende de su escrito (fls. 141 a 156 del C. 1), y en esta calidad fue reconocido por auto (folio 159) que no fue impugnado dentro de su ejecutoria.

Primer cargo.– Evidentemente, como lo afirma el actor, los artículos 1o., 2o. y 4o. del Decreto 501 de 1990 fijan como reserva de carga para los

buques o naves de bandera colombiana y extranjera asimilados únicamente el 50% del transporte de la carga general de importación, y establecen varios porcentajes y hacen discriminaciones respecto de la carga. Y es igualmente cierto, como también lo asevera el demandante, que con el Decreto 1208 de 1969, reglamentario del Decreto Legislativo 994 de 1966 se había iniciado el sistema de reserva de carga con por lo menos el 50% de la carga general de importación y exportación para los buques o naves de bandera colombiana, límite que se mantuvo por el Decreto 143 de 1988.

Ahora, la circunstancia de extender a los buques asimilados a los de bandera colombiana, el sistema de reserva, obedece a que en virtud del artículo 54 del Decreto 2451 de 1986, se señaló que estas naves tienen el beneficio de la reserva de carga, otorgado a las naves de bandera colombiana, las que se asimilan a éstas. Para estos efectos, se asimilaron las siguientes:

"a) Las naves fletadas o arrendadas por armadores colombianos conforme a lo dispuesto, en los artículos 155 y 156 del Decreto 2324 de 1984 y demás normas concordantes;

"b) Las naves fletadas por sustitución, ya se trate por reparaciones mayores o pérdida accidental de naves de bandera colombiana, conforme lo dispone el artículo 158 del Decreto 2324 de 1984;

"c) Las naves tomadas en arrendamiento financiero o "Leasing", con el lleno de los requisitos de que trata el presente decreto;

"d) Las naves de propiedad de armadores colombianos que naveguen bajo pabellón extranjero, siempre que se hayan llenado los requisitos fijados en el presente Decreto;

"e) Las naves de armadores extranjeros que hayan suscrito acuerdos de asociación con armadores colombianos, con el lleno de los requisitos de los artículos 147 y 148 del Decreto 2324 de 1984".

La reserva de carga para buques asimilados, no es invención del Decreto acusado. El Decreto 2324 de 1984 había facultado a los armadores colombianos autorizados para prestar el servicio público de transporte marítimo para celebrar convenios de transporte marítimo entre sí o con armadores extranjeros (art. 147); el mismo estatuto en su art. 148 estipuló que "los convenios de asociación no constituyen derechos exclusivos de transporte para los asociados y se respetará el derecho de participación de otros armadores colombianos, pero *conferirá el beneficio de la reserva de carga a los asociados extranjeros* siempre que este derecho se reconozca al armador colombiano" (subraya la Sala), y, en el artículo 157 se estableció que los bu-

ques fletados o arrendados, con el cumplimiento de las disposiciones anteriores obtienen el beneficio de la reserva de carga.

Pese a las iniciales afirmaciones del actor, la reglamentación que se hace en los artículos acusados no pugna o contraría la preceptiva del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 que precisamente autoriza al Gobierno Nacional para que periódicamente fije el porcentaje de reserva de carga teniendo en consideración que las circunstancias del momento lo ameriten en orden a fomentar la Marina Mercante Colombiana y la Flota Auxiliar de la Armada Nacional, lo cual implica el estudio de las condiciones del transporte marítimo, del desarrollo de la Marina Mercante, es decir, de su capacidad operativa, y de las necesidades del comercio exterior colombiano, estudio que se realizó por el Departamento Nacional de Planeación bajo el título "DIAGNOSTICO Y ORIENTACIONES PARA MEJORAR LA OPERACION DEL SISTEMA DE TRANSPORTE MARITIMO NACIONAL", el cual fue complementado por otro que se desarrolló dentro de una cobertura más amplia y que se denomina "PROGRAMA DE MODERNIZACION DE LA ECONOMIA COLOMBIANA", efectuado por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Desarrollo Económico, el Departamento Nacional de Planeación, el Banco de la República y el Instituto Colombiano de Comercio Exterior, consignados en documentos del 10 de diciembre de 1989 y 22 de febrero de 1990, respectivamente, y en cuyos contenidos se encuentran insertos los antecedentes administrativos que dieron lugar a la expedición del Decreto acusado, 501 de 1990. En el primero de estos estudios se concluye recomendando al Consejo Nacional de Política Económica y Social "Encargar al Ministerio de Desarrollo Económico de la fijación de los criterios y procedimientos para la aplicación de la Reserva de Carga y de preparar las modificaciones normativas requeridas, en el contexto de los objetivos de racionalización del comercio exterior colombiano", y en el segundo, se recomienda aprobar las políticas generales relacionadas con la modernización de la economía colombiana contenidas en dicho documento y, en particular, ciertas acciones específicas entre las cuales se encuentra "La modificación en el régimen de reserva de carga, según la propuesta preparada bajo la coordinación del Ministerio de Desarrollo Económico". (fls. 188, 292 y 293).

Dicho artículo 1o. del Decreto 994 de 1966 permite, pues que el Gobierno Nacional revise y determine, según estime conveniente y oportuno, dada la discrecionalidad de la facultad allí otorgada, como en efecto así lo ha hecho, el porcentaje de reserva de carga de importación y exportación, géneros dentro de los cuales obviamente caben las modalidades de carga general, carga a granel, cargas especiales (Plan Vallejo), mercancías destinadas a Zonas Francas Industriales, papel periódico con destino a medios informativos escritos y las importaciones menores, para los buques de bandera colombiana y asimilados a ésta que, como ya se dijo, gozan del mencionado beneficio.

La censura que se examina adolece además de un grave defecto jurídico, como lo advierte la parte demandanda, y es el de confundir la norma que es posible reglamentar –artículo 1o. del Decreto 994 de 1966– con el artículo 1o. del Decreto Reglamentario 1208 de 1969, pues asume que los porcentajes fijados en dicha norma (art. 1o. D.R. 1208/69), no eran susceptibles de ser modificados, contrariando allí sí el espíritu de la autorización emanada de aquel artículo y desconociendo que el referido Decreto 994 de 1966 le dejó al Gobierno Nacional la discrecionalidad para que regulara la reserva de carga.

En estos términos, la afirmación del actor acerca de la desprotección y desestímulo a la Marina Mercante Colombiana resulta enteramente gratuita.

No prospera el cargo.

Segundo cargo.– Equivocado resulta el fundamento de este cargo cuando estima el demandante que hay violación del artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 al disminuirse el porcentaje de carga que ya había sido fijado inicialmente por el Decreto Reglamentario 1208 de 1969. El error en esta censura resulta aún más protuberante que el destacado en la precedente consideración, cuando concibe ahora descaminadamente que la fijación periódica del porcentaje de carga no tiene otro sentido que el de mejorarlo o al menos mantenerlo en las revisiones periódicas que prevé la ley.

Desconoce el demandante que el citado artículo 1o. que estima vulnerado otorga la facultad aludida sin circunscribirla a topes preestablecidos y sin proyectarla necesaria o absolutamente hacia arriba, porque, obviamente, la fijación de la reserva de carga obedece a factores que no son permanentes o estables, como son los requerimientos del comercio exterior que se traducen en un aumento o disminución de las cargas de exportación e importación, y teniendo en cuenta que éstas no sufran deterioro o se aumenten los costos, en orden a proteger y fomentar la Marina Mercante Nacional, sin dejar de contemplar su estado de desarrollo.

La facultad otorgada al Gobierno Nacional en el mencionado artículo 1o. del decreto 994 de 1966 es una facultad amplia, pues no delimita de antemano la acción del Gobierno en cuanto a períodos de tiempo ni en cuanto a máximos preestablecidos.

Sobre este aspecto la señora Fiscal en su vista de fondo expresa acertadamente que "si la norma reglamentada autorizaba para fijar, periódicamente, el porcentaje sin discriminaciones, condiciones, ni calificaciones, era el Gobierno quien debía entrar a tomar estas determinaciones de acuerdo con las circunstancias (Artículo 1o. del Decreto 994 de 1966). Y en atención a ellas, la fijación de un porcentaje no es una determinación inmutable, ya que precisamente en la misma norma se prevé su adecuación a la conveniencia

del momento y al estado de desarrollo de la Marina Mercante Colombiana y, valga la observación, era improbable que el estado de la Marina Mercante no presentara cambios entre los años de 1968 y 1990. En cuanto a la periodicidad, como se dijo atrás, hace relación al transcurso de lapsos sucesivos que tampoco fueron fijados, ni en su máximo ni en su mínimo, por la norma de autorizaciones". "... el citado artículo 1o. del decreto 994 trae el verbo "autorizar" que es sinónimo de permitir, habilitar, conceder, facultar. Para qué? Para "fijar porcentajes" y el hecho de que en uno de ellos (se refiere al decreto reglamentario 1208 de 1969) se hubiera fijado "por lo menos el 50%" no impedía al Gobierno variar ese porcentaje, posteriormente, según las circunstancias".

Un decreto reglamentario puede modificar y derogar uno anterior de la misma jerarquía, es decir, otro reglamentario, sin que ello signifique, por ese solo hecho, que inexorablemente vulnera la norma reglamentada, como erróneamente lo plantea el demandante.

Las anteriores reflexiones permiten concluir que los artículos 1o. y 2o. del Decreto 501 de 1990 no quebrantan el artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966.

No prospera el cargo.

Tercer cargo.– Se funda este cargo, como atrás quedó anotado, en que al disponer el parágrafo 2o. del artículo 2o. del Decreto 501 de 1990 que la Dirección General Marítima y Portuaria puede exonerar de reserva de carga el transporte de exportación de café cuando las condiciones del comprador lo exijan, se viola el artículo 1o. del Decreto Legislativo 994 de 1966 porque se somete el interés público de la Nación expresado en la conveniencia de proteger la Marina Mercante Colombiana, al interés privado del comprador.

Simplemente se trata en este parágrafo que se acusa, de reglamentar una situación normada en el artículo 164 del Decreto Ley 2324 de 1984, relacionada precisamente con la exoneración, cuyo contenido permite a DIMAR autorizar que la carga de reserva de importación y exportación pueda ser transportada en buques de bandera extranjera cuando se determine cualquiera de los siguientes eventos:

"a) Que los armadores nacionales no están en capacidad de efectuar los transportes en las condiciones técnicas y de oportunidad que requieran los usuarios;

"b) Que las cargas a transportar sean para uso específico de la defensa nacional, y

"c) Que el valor de los fletes afecte desfavorablemente la economía nacional".

Este contexto normativo, concretamente los literales b) y c), expresa por sí mismo la prevalencia del interés público sobre el interés particular, máxime si se tiene en cuenta que para efecto de la exoneración de la reserva de carga debe mediar el concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros, como lo exige la disposición acusada, el cual al rendirse debe quedar enmarcado dentro de los parámetros del citado artículo 164.

De otra parte, el parágrafo de esta última disposición permite concluir que esta medida exonerativa se concede sin perjudicar al armador nacional, toda vez que, conforme a su contenido, el usuario debe solicitar por escrito el servicio de transporte que requiere y el armador está en la obligación de dar respuesta en la misma forma dentro de los tres días siguientes a la presentación de la solicitud, indicando fecha de embarque y condiciones de transporte. Si transcurrido este lapso el armador no se ha pronunciado, se entenderá que no está en capacidad de realizar el transporte.

Se garantiza así un trato preferencial y en igualdad de condiciones a los armadores colombianos en relación con los extranjeros.

Es oportuno agregar que con posterioridad al Decreto 501 de 1990, expedido el 2 de marzo, se expidió, el 6 de agosto del mismo año, el Decreto Reglamentario 1804 cuyo artículo 1o. modifica el parágrafo aquí acusado, y antes que alterar su esencia la ratifica y precisa. En efecto, dice así esta nueva disposición:

> "El parágrafo segundo del artículo 2o. del Decreto 501 de 1990 quedará así: Cuando se diere una de las causales de exoneración señaladas en los literales a) o c) del artículo 164 del Decreto Ley 2324 de 1984, a solicitud del exportador o comprador, la Dirección General Marítima y Portuaria –Dimar– podrá exonerar de reserva de carga el transporte de determinadas exportaciones de café, cuando las condiciones de negociación del compador así lo exijan, pero mediando el concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros".

La DIMAR, pues, podrá otorgar la exoneración siempre y cuando los armadores nacionales no estén en capacidad de efectuar los transportes en las condiciones técnicas y de oportunidad que requiera el usuario, o en el caso de que el valor de los fletes afecte desfavorablemente la economía nacional.

La expresión "cuando las condiciones del exportador lo exijan" que hace parte de la norma acusada y que el actor entiende como una causal de exoneración de reserva de carga no contemplada en el Decreto reglamentado, hay que interpretarla en concordancia con lo que se establece en el artículo 164 del Decreto 2324 de 1984 donde en el literal c) se delimita la exoneración de la reserva sujetándola a un interés supremo cual es el de la "economía nacional", criterio al cual estaría supeditada la aludida estipula-

ción del particular colombiano y sin cuya adecuación no podría DIMAR, en ejercicio de la potestad discrecional que aquella norma le otorga, autorizar el transporte en buques de bandera extranjera, así se trate de exportación de café y aún mediando concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros, requisito éste último que exige el decreto 501 de 1990 en el parágrafo censurado.

Por supuesto que la Dirección General Marítima y Portuaria es la autoridad que ejecuta la política del Gobierno en materia marítima y tiene a su cargo, entre otros objetivos la promoción y estímulo del desarrollo marítimo del país que se supone debe buscarlo actuando de conformidad con los términos del mencionado decreto 2324 de 1984 y los reglamentos que se expidan, más no al margen de ellos.

No prospera, pues, el cargo.

Cuarto cargo.– En esta censura tanto la norma pretensamente infringida como el concepto de su violación son idénticos a los señalados en el "Cargo tercero", por consiguiente les corresponden los mismos análisis y conclusión denegatoria que la Sala ha consignado en la precedente consideración.

Como ya se anotó, el Decreto 1804 de 1990 en su artículo 1o., modificó el parágrafo 2o. del artículo 2o. del decreto acusado, determinando que cuando se dé una de las causales de exoneración contempladas en los literales a) o c) del artículo 164 del Decreto 2324 de 1984, se podrá exonerar de reserva de carga el transporte de determinadas exportaciones, pero mediando siempre el concepto favorable de la Federación Nacional de Cafeteros.

De otro lado, la causal de exoneración contenida en esta norma acusada, había sido considerada por el artículo 2o., parágrafo único del Decreto 143 de 1988.

No prospera el cargo.

Quinto cargo.– Cuando el artículo 3o. del Decreto 501 de 1990 dispone que el importador colombiano estará obligado a contratar el transporte con los armadores nacionales si éstos ofrecen condiciones económicas y de oportunidad iguales o mejores a los de los armadores extranjeros, lo que se advierte a primera vista en dicha norma, y contrariamente a lo que afirma el actor, es que se trata de una disposición protectora del armador nacional, carácter que es congruente con la filosofía que inspira el Decreto Legislativo reglamentado de protección de la Marina Mercante Colombiana que debe ser concordante con la necesidad del usuario de que se de un servicio que garantice las mejores condiciones para el transporte de la carga, sin que ello traiga consecuencias de deterioro y recargos injustificados en los costos de

operación, tal como se consagra en el primer considerando del Decreto 994 de 1966.

En suma, lo que la norma reglamentada entraña es que la protección de la Marina Mercante debe ser concordante con la necesidad del usuario, espíritu que bien recoge la norma acusada, sin que en sana y elemental lógica este criterio pueda entenderse que favorece a los armadores extranjeros y a los "TRAMPS" como lo afirma sin explicación alguna el demandante.

Respecto a los buques "tramps" (tramperos), que el demandante asume que no podrán cumplir con la ley colombiana, realmente no se ve la razón por la cual no tengan que someterse a ella, cuando es del caso aplicarla, habida cuenta de que existen normas de seguridad marítima aceptadas por la comunidad internacional que controlan el transporte marítimo.

Tampoco prospera el cargo.

Sexto cargo.— El actor señala que se introdujeron condiciones de precios y de oportunidad que la ley de autorizaciones no exige, olvidando que el Decreto ley 2324 de 1984 introduce estos conceptos en su artículo 164 al referirse a las exoneraciones que puede conceder la Dirección General Marítima y Portuaria, específicamente en los literales a) y c), ya transcritos en esta providencia, razón por la cual las normas reglamentarias sobre reserva de carga deben contemplarlos.

Con relación a afirmación del actor sobre la competencia desigual de la Marina Mercante Nacional frente a las grandes navieras extranjeras y a los buques tramps, la Sala se remite a lo expuesto en el punto inmediatamente anterior.

No prospera el cargo.

Séptimo cargo.— Se funda en la presunta violación del artículo 144 del Decreto 2324 de 1984 por los incisos 2o. y 3o. del artículo 1o. del decreto 501 de 1990 que según el actor permiten la transportación de carga general en buques nacionales o extranjeros aunque no cumplan los requisitos legales.

Incurre aquí el demandante en una grave equivocación por cuanto el citado artículo 144 se refiere a las condiciones del servicio público de transporte para carga general, conforme a las cuales debe ser eficaz, regular y continuo y seguir rutas definidas, cumplir frecuencias e itinerarios preestablecidos y someter a la aprobación de DIMAR las tarifas de fletes y sus variaciones, en tanto que la norma acusada expresa que "el 50% restante es enteramente libre y podrá ser transportado a elección exclusiva del importador o usuario en cualesquiera buques de bandera nacional o extranjera...", es decir, que el

usuario no requiere ningún permiso o condición especial relativa a la reserva de carga para movilizar el 50% libre.

En otro giro, la norma acusada lo que permite es que la Marina Mercante Colombiana compita ofreciendo adecuadas condiciones de oportunidad y precio sobre el 50% restante, no señalado como reserva de carga.

Al aclarar, pues, la norma acusada el manejo del porcentaje libre de reserva, en ninguna forma se excluye el cumplimiento de las demás normas aplicables al transporte marítimo.

Por lo anterior, no prospera el cargo.

Octavo cargo.– Se basa en la presunta violación del artículo 144 del Decreto ley 2324 de 1984 por los artículos 9o. y 13o. del Decreto 501 de 1990 que, según el actor, trasladan a los particulares importadores y exportadores las atribuciones de DIMAR de promover el desarrollo de la Marina Mercante Nacional, de dirigir y controlar el transporte marítimo y de aplicar y controlar la reserva de carga.

Los numerales 2, 13 y 18 del artículo 5o. del Decreto-Ley 2324 de 1984 que indirectamente el actor estima como vulnerados en este cargo, se refieren a las siguientes funciones asignadas a la DIMAR en orden a ejecutar la política del Gobierno Nacional en materia marítima:

> "2.– Dirigir, controlar y promover el desarrollo de la Marina Mercante, la investigación científica marina y el aprovechamiento de los recursos del mar.
>
> "13.– Dirigir y controlar las actividades del transporte marítimo internacional y de cabotaje, público o privado, asignar, modificar o cancelar rutas y servicios y establecer las condiciones para la prestación de los mismos.
>
> "18.– Autorizar la aplicación de la reserva de carga y conceder el levantamiento de la misma".

Sin dificultad se observa que ninguno de estos preceptos impide que el importador colombiano de carga a granel o carga general o el exportador de café verde (excelso) distribuya según su conveniencia, durante el año calendario, los embarques que proyecte realizar, dando cumplimiento a los porcentajes de carga reservada que se deben transportar en naves de bandera colombiana o asimilada, permaneciendo en la DIMAR la facultad de controlar el cumplimiento sobre la reserva, tal como está señalado en el artículo 13 del Decreto 501 de 1990.

El artículo 9o. acusado sólo precisa y detalla el principio de que el usuario podrá a su arbitrio efectuar los distintos embarques, siempre y cuando cumpla con los porcentajes reservados, dentro del año calendario, tal como ya lo disponía el Decreto Ley 2324 de 1984, en su artículo 162, cuyo inciso final dispone para efectos del control de la aplicación de la reserva de carga que la DIMAR llevará las estadísticas y emitirá las comunicaciones a las entidades correspondientes.

Y el artículo 13, objeto de censura, lo que pretende es asegurar el cumplimiento de los principios o reglas sobre reserva de carga por parte de los administrados, estableciendo especialmente la forma como se daría aplicación al artículo 83 del Decreto Ley 2324 de 1984 que trata sobre la forma como se determina el incumplimiento o violación de las disposiciones sobre reserva de carga y sus sanciones.

Su contenido guarda también estrecha relación con el artículo 153 del mencionado Decreto ley, el cual establece que todos los armadores colombianos y extranjeros asociados tienen la obligación de rendir semestralmente a la DIMAR un informe sobre los servicios prestados, pasajeros o carga movilizados, naves fletadas o arrendadas utilizadas en ese lapso. Es, pues, el artículo 13, un adecuado reglamento de los artículos 83 y 153 del citado Decreto Ley 2324 de 1984.

En este cargo lo que realmente sucede es que el demandante confunde nuevamente los conceptos de control de servicio de transporte marítimo, al cual se refiere el artículo 144 ya mencionado, con el del control del cumplimiento de las normas de reserva de carga.

No prospera, en consecuencia, la censura.

Noveno cargo.— Afirma el actor que se viola el artículo 164 del Decreto 2324 de 1984 por el inciso 4o. del artículo 1o. y por el artículo 2o. del Decreto 501 de 1990, por señalar estas normas como susceptibles de ser exonerados de reserva de carga productos como el café procesado, mercancías de importación de los sistemas especiales (Plan Vallejo), las destinadas a zonas francas industriales, el papel periódico y las importaciones menores.

No se trata en las normas acusadas de exoneración de reserva de carga establecida en el artículo 164 del Decreto 2324 de 1984, como equivocadamente lo afirma el actor, sino de la inexistencia de dicha reserva al fijarla en 0% para las mercancías mencionadas. El actor confunde la fijación del 0% de reserva para las mercancías de importación de los sistemas especiales (Plan Vallejo), las destinadas a zonas francas industriales, papel periódico y las importaciones menores, con el mecanismo de exoneración de reserva de carga puesto en el artículo 164 del Decreto 2324 de 1984.

La exoneración o exclusión supone necesariamente que exista un determinado porcentaje –un *cuantum*– de carga asignado para ser transportado en buques de bandera nacional y se dé alguno de los eventos previstos en el citado artículo 164 del Decreto ley 2324 de 1984, a lo cual debe preceder solicitud del usuario interesado en el transporte que debe resolver discrecionalmente la DIMAR.

En el caso de las disposiciones acusadas el Gobierno Nacional sencillamente ha utilizado la facultad que le otorga el artículo 1o. del Decreto 994 de 1966, calificando de una vez la reserva de carga para las mercancías indicadas en aquellas normas en 0%, o, lo que es lo mismo, estableciendo que ellas no están sujetas a reserva de carga.

No prospera el cargo.

Décimo cargo.– En este cargo se repiten igualmente las normas presuntamente infringidas y el concepto de su violación que el actor consigna en el "Cargo Octavo", razón por la cual la Sala da aquí por reproducidos los mismos argumentos al desarrollar el correspondiente considerando.

Agrega sí un argumento más que robustece los elementos de juicio allí expuestos, con lo cual se enfatiza en que el control del servicio público de transporte marítimo lo ejerce la Dirección General Marítima y Portuaria y no los particulares como lo sugiere el actor.

La facultad que el artículo 13 del Decreto 501 de 1990 otorga a la DIMAR se halla relacionada o, mejor, complementada con los artículos 12 y 13 del mismo Decreto al exigir éstos a los agentes marítimos la presentación de sobordos y conocimientos de embarque que no pueden tener propósito diferente a que la DIMAR lleve un control permanente de todos los usuarios acerca de la forma como están movilizando la carga reservada y libre.

Valga reiterar que el cargo no prospera.

Décimo primer cargo.– Sobre el supuesto de la prosperidad de los cargos precedentes, el demandante deduce en éste una "desviación de poder". Pero como quiera que ninguna de aquellas censuras tienen vocación de prosperidad como ha quedado demostrado en todas y cada una de las respectivas consideraciones, la pretensa "desviación de poder" que aduce el actor resulta evidentemente infundada.

Vale la pena reiterar que con la expedición del decreto 501 de 1990 el Gobierno Nacional se limitó a ejercer la facultad conferida por el artículo 1o. del Decreto 994 de 1966, fijando los porcentajes de reserva para las cargas de importación y exportación atendiendo la conveniencia de fomentar la Mari-

na Mercante Nacional y su estado de desarrollo y las necesidades del comercio exterior colombiano.

Luego, no prospera el cargo.

Décimo segundo cargo.— Se afirma en esta censura que hay violación del artículo 30 de la Constitución Nacional por prevalecer el interés privado sobre el interés público, apreciación que el actor jamás demostró en sus explicaciones sobre las presuntas infracciones legales.

Este ataque fue expuesto concretamente en el "Tercer cargo" y clara y ampliamente desvirtuado con los análisis que de él ha hecho la Sala en la co correspondiente consideración.

Con relación a la pretensa vulneración del artículo 32 de la Carta que envuelve este cargo, aduciendo que se ha intervenido sin mandato legal, cabe simplemente preguntar si el Decreto 994 de 1966 es o no un mandato de tal naturaleza. Ciertamente esta norma se dictó con base en el régimen de estado de sitio vigente a la sazón; sin embargo, tal disposición ha proyectado su fuerza legal en forma permanente por virtud de la ley 48 de 1968, como lo reconoce expresamente el actor.

Tampoco se puede perder de vista que conforme al mencionado canon constitucional la intervención se extiende no sólo a la producción, distribución y consumo de los bienes sino también a los *servicios públicos y privados,* y que el objeto de la intervención es racionalizar y planificar la economía, a fin de lograr el desarrollo integral y armónico de la comunidad. Por ello no es permisible que el Gobierno proteja a un pequeño segmento de la actividad económica nacional en detrimento de otros que también generan trabajo, como son, por ejemplo las exportaciones de café, carbón, petróleo, etc., en cuyos casos el Gobierno fijó justamente unos porcentajes menores de protección a la actividad transportadora marítima, comportamiento que además guarda consonancia con el primer considerando del Decreto 994 de 1966, como ha sido explicado en esta providencia.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Décimo tercer cargo.— Según el actor el Gobierno ha usurpado las funciones del Congreso para modificar el estatuto de la DIMAR contenido en el Decreto Ley 2324 de 1984, suprimiendo presuntamente las funciones de controlar y promover el desarrollo de la Marina Mercante Nacional y trasladando a particulares las funciones de dirigir y controlar el servicio público de transporte marítimo y la de autorizar la aplicación de la reserva de carga, con la consiguiente violación del numeral 10 del artículo 76 de la Constitución.

Si el decreto Legislativo 994 de 1966 dejó en manos del Gobierno Nacional la facultad de fijar periódicamente los porcentajes de reserva de cargo, no es al Congreso ni a la DIMAR a quienes corresponde en principio señalarlos. A este organismo que hace parte de la organización interna del Ministerio de Defensa Nacional, por disposición legal, le corresponde ejercer las funciones de dirección y control de los servicios de transporte marítimo, como en efecto lo establece el Decreto Ley 2324 de 1984 y sus normas reglamentarias las que cumple sin intervención de los particulares, como ya se dilucidó en las consideraciones expuestas sobre los cargos 8o. y 10o. que permiten entender lo infundada que resulta esta censura.

El precitado Decreto Ley, ha quedado plenamente demostrado a través de esta providencia, no ha sido objeto de modificación por el Decreto 501 de 1990 acusado, sino de reglamentación parcial por éste.

Quizás la confusión del demandante en este cargo obedezca a que parte de la falsa premisa de calificar a la DIMAR como "establecimiento público", cuando según el artículo 1o. del Decreto 2324 de 1984, por el cual se reorganiza, es una dependencia del Ministerio de Defensa agregada al Comando de la Armada Nacional.

No prospera, entonces el cargo.

Décimo cuarto cargo.– El actor parte de la base de que en los cargos precedentes acredita que con la expedición del decreto 501 de 1990 se dictan preceptos –los acusados– de carácter sustancial, excediendo por ello el Gobierno Nacional la facultad reglamentaria consagrada en el ordinal 3o. del artículo 120 de la Carta Política.

Toda vez que en ninguna de las censuras que anteceden el demandante ha demostrado que le asiste razón, –pues contrariamente dichos cargos han sido total y plenamente desvirtuados–, y que sobre la hipótesis de su prosperidad descansa el agravio sobre el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, este último cargo habrá de tener necesariamente despacho desfavorable.

El demandante cita como normas de carácter sustancial contenidas en el decreto acusado y violatorias del artículo 120 numeral 3o. de la Constitución Nacional, la introducción del concepto de buques asimilados, la disminución de los porcentajes fijados por el Decreto 1208 de 1969, la determinación de que trata el 50% de la carga es libre, la fijación de varios porcentajes y de clases de cargas, etc.

Sin embargo hay que tener en cuenta que el concepto de buques asimilados fue introducido en el Decreto 2451 de 1986 reglamentario del Decreto 2324 de 1984; que el Decreto 994 de 1966, no señaló porcentajes fi-

jos y definitivos, sino la facultad para el Gobierno de fijarlos periódicamente teniendo en cuenta la conveniencia de fomentar la Marina Mercante Nacional y su estado de desarrollo, como lo ha venido haciendo mediante los Decretos 1208 de 1969 y 143 de 1988; que la circunstancia de dejar el 50% de la carga libre de reserva, es la consecuencia lógica de haberse señalado como reservado el otro 50% y que la determinación de variar porcentajes y distintas clases de cargas, obedece a la capacidad transportadora de la Marina Mercante y su estado de desarrollo, la especialidad de las naves y de pronto, las necesidades del comercio exterior colombiano.

No prospera el cargo.

No se hace referencia en esta sentencia a la solicitud de nulidad de los artículos 10 y 12 inciso 2o. del acto acusado, en razón a que contra ellos no se formula cargo concreto en la demanda.

Finalmente, en cuanto a la petición subsidiaria en el sentido de que el Consejo de Estado declare la nulidad solicitada fundándose aún en motivos o razones que no se hayan invocado y que encuentre establecidas, basta señalar que no es del resorte de la Corporación llenar los vacíos o supuestas deficiencias en que haya incurrido el actor en la formulación de su demanda, y que su facultad interpretativa no puede llegar al extremo de suplirla en el cumplimiento legal de explicar el concepto de la violación conforme lo exige el numeral 4o. del artículo 137 del C.C.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público,

FALLA:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por el ciudadano ALBERTO BRAND MILLAN.

Cópiese, notifíquese, archívese.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de noviembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE–Alteración/**MULTA**

Al imponer una multa a una empresa que por ley está obligada a prestar el servicio público de transporte y a no permitir la alteración del mismo, no se está quebrantando el artículo 20 de la C.N de 1886 toda vez que precisamente los particulares son responsables de las infracciones a la ley o a la Constitución, y es la misma ley la que impone la continuidad en la prestación de los servicios públicos. De otro lado, la libertad de empresa no conlleva la discrecionalidad por parte de las empresas transportadoras de prestar o no el servicio público de transporte que constituye su objeto social.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1665. Actor: Universal Automotora de Transporte S.A.– Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 9 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE S.A., contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. frente a las resoluciones Nos. 1009 y 1187 de 1985 emanadas del Instituto Nacional del Transporte, en las que se dispuso sancionar a la actora con multa por la alteración en la prestación del servicio público de transporte durante el día 20 de junio de 1985.

I.– FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA
(fls. 246 a 257 cuadero No. 2).

Considera el juzgador de primer grado en cuanto a los cargos de ilegalidad planteados por la actora, que, las sanciones de que trata el decreto 2624 de 15 de septiembre de 1983 son de naturaleza administrativa y no penal, por lo que no le son aplicables los principios que rigen en esta materia y que requieren de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable; que en cuanto a la violación del artículo 991 del C. de Co., dicha norma no es aplicable al caso en estudio pues ella no regula lo concerniente a las infracciones administrativas en que puedan incurrir las empresas destinadas al servicio público del transporte por razón o con ocasión de tal servicio; que si bien es cierto se halla acreditado dentro del plenario que para el día 20 de junio de 1985 fue promovido un paro nacional por las centrales obreras, y durante los días 16 y 21 de junio de 1985 se presentaron hechos perturbadores del orden público, estos, en entender de la Sala, no configuran el fenómeno de fuerza mayor o caso fortuito que exonere de responsabilidad a la actora, y que, por lo demás, no se demostró en el proceso que la empresa o su personal hubieran sido objeto de amenazas ni que éstos hubieran desplegado la actividad necesaria para lograr la prestación del servicio, como tampoco la magnitud de los hechos perturbadores de la normalidad y tranquilidad ciudadanas que condujeran a una situación de imprevisibilidad o irresistibilidad que impidieran la prestación del servicio.

Lo anterior llevó al Tribunal a denegar las pretensiones de la demanda.

II.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE ALZADA

Sustenta el recurrente, en el escrito que obra a los fls. 259 a 262 del cuaderno No. 2, los motivos de su inconformidad, que pueden resumirse así:

1) Aparece probado en el proceso que los despachadores de la empresa se encontraban en sus lugares de trabajo.

2) Que según el reporte de la Policía Nacional más de 15 vehículos de transporte público fueron incendiados y destruidos.

3) Que la Empresa Distrital de Servicios Públicos "Edis" recogió una cantidad superior a 5 toneladas de puntillas y tachuelas.

4) Que la actora ordenó prestar el servicio en forma normal.

5) Que el decreto 2624 de 1983, que faculta al Intra para imponer sanciones por la alteración de la prestación del servicio público de transporte, establece dos sujetos sobre los cuales pueden recaer las mismas y se requiere del acaecimiento de tres elementos fundamentales como son: un hecho antijurídico, que sea típico y que se demuestre la culpabilidad.

SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE—Alteración/**MULTA**

Al imponer una multa a una empresa que por ley está obligada a prestar el servicio público de transporte y a no permitir la alteración del mismo, no se está quebrantando el artículo 20 de la C.N de 1886 toda vez que precisamente los particulares son responsables de las infracciones a la ley o a la Constitución, y es la misma ley la que impone la continuidad en la prestación de los servicios públicos. De otro lado, la libertad de empresa no conlleva la discrecionalidad por parte de las empresas transportadoras de prestar o no el servicio público de transporte que constituye su objeto social.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1665. Actor: Universal Automotora de Transporte S.A.— Recurso de apelación contra la sentencia de fecha 9 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la sociedad UNIVERSAL AUTOMOTORA DE TRANSPORTE S.A., contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. frente a las resoluciones Nos. 1009 y 1187 de 1985 emanadas del Instituto Nacional del Transporte, en las que se dispuso sancionar a la actora con multa por la alteración en la prestación del servicio público de transporte durante el día 20 de junio de 1985.

I.– FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA RECURRIDA
(fls. 246 a 257 cuadero No. 2).

Considera el juzgador de primer grado en cuanto a los cargos de ilegalidad planteados por la actora, que, las sanciones de que trata el decreto 2624 de 15 de septiembre de 1983 son de naturaleza administrativa y no penal, por lo que no le son aplicables los principios que rigen en esta materia y que requieren de la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable; que en cuanto a la violación del artículo 991 del C. de Co., dicha norma no es aplicable al caso en estudio pues ella no regula lo concerniente a las infracciones administrativas en que puedan incurrir las empresas destinadas al servicio público del transporte por razón o con ocasión de tal servicio; que si bien es cierto se halla acreditado dentro del plenario que para el día 20 de junio de 1985 fue promovido un paro nacional por las centrales obreras, y durante los días 16 y 21 de junio de 1985 se presentaron hechos perturbadores del orden público, estos, en entender de la Sala, no configuran el fenómeno de fuerza mayor o caso fortuito que exonere de responsabilidad a la actora, y que, por lo demás, no se demostró en el proceso que la empresa o su personal hubieran sido objeto de amenazas ni que éstos hubieran desplegado la actividad necesaria para lograr la prestación del servicio, como tampoco la magnitud de los hechos perturbadores de la normalidad y tranquilidad ciudadanas que condujeran a una situación de imprevisibilidad o irresistibilidad que impidieran la prestación del servicio.

Lo anterior llevó al Tribunal a denegar las pretensiones de la demanda.

II.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE ALZADA

Sustenta el recurrente, en el escrito que obra a los fls. 259 a 262 del cuaderno No. 2, los motivos de su inconformidad, que pueden resumirse así:

1) Aparece probado en el proceso que los despachadores de la empresa se encontraban en sus lugares de trabajo.

2) Que según el reporte de la Policía Nacional más de 15 vehículos de transporte público fueron incendiados y destruidos.

3) Que la Empresa Distrital de Servicios Públicos "Edis" recogió una cantidad superior a 5 toneladas de puntillas y tachuelas.

4) Que la actora ordenó prestar el servicio en forma normal.

5) Que el decreto 2624 de 1983, que faculta al Intra para imponer sanciones por la alteración de la prestación del servicio público de transporte, establece dos sujetos sobre los cuales pueden recaer las mismas y se requiere del acaecimiento de tres elementos fundamentales como son: un hecho antijurídico, que sea típico y que se demuestre la culpabilidad.

6) Que el servicio no se pudo prestar ni con el número de vehículos ni con la frecuencia con que normalmente se lleva a acabo el mismo, pero por hechos no imputables a la actora cuales son: La inasistencia de los conductores y el miedo de los propietarios a exponer sus vehículos, lo que constituye fuerza mayor, circunstancias éstas que el *a-quo* desconoció y que son imposibles de superar.

III.– CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Colaboradora Fiscal de la Corporación considera que la providencia del Tribunal debe confirmarse ya que los actos administrativos traídos a juicio tienen respaldo legal en el artículo 2o. del decreto 2624 de 1983, que autoriza al Intra la imposición de sanciones a las empresas que alteren o permitan la alteración en la prestación del servicio público de transporte, además de que el demandante no desvirtúa el hecho por el cual se impuso la sanción sino que, por el contrario, se limita a explicar las razones por las cuales la empresa se abstuvo de prestar el servicio como son defender sus intereses económicos no exponiendo sus vehículos.

IV.– LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

Asiste razón al *a-quo* en desestimar las súplicas del libelo demandatorio por cuanto no se observa transgresión en las normas citadas como violadas. En efecto:

Al imponer una multa a una empresa que por ley está obligada a prestar el servicio público de transporte y a no permitir la alteración del mismo, no se está quebrantando el artículo 20 de la Constitución Nacional de 1886 toda vez que precisamente los particulares son responsables de las infracciones a la ley o a la Constitución, y es la misma ley la que impone la continuidad en la prestación de los servicios públicos.

En relación con el artículo 16 de la Constitución de 1886, estima la Sala que la vida, honra y bienes de los ciudadanos no sufre desmedro con la multa impuesta en los actos acusados, los cuales buscan, en definitiva, resarcir el agravio irrogado a la comunidad por la falta de un servicio que la empresa sancionada estaba obligada a cumplir.

En lo que respecta a la violación del artículo 32 de la Carta Política de 1886 que garantiza la libertad de empresa, tampoco resulta vulnerado pues esta libertad no conlleva la discrecionalidad por parte de las empresas trans-

portadoras de prestar o no el servicio público de transporte que constituye su objeto social.

En lo atinente a la violación del artículo 2o. del decreto 2624 de 1983 que prescribe: "Las empresas que alteren o permitan la alteración del servicio público de transporte colectivo de pasajeros en buses, busetas, microbuses o automóviles o modifiquen de cualquier manera sus tarifas, serán sancionadas con multa equivalente al valor de tres (3) hasta ciento diez (110) salarios mínimos mensuales vigentes en la Ciudad de Bogotá", observa la Sala que el Instituto Nacional del Transporte se ciñó estrictamente a la norma transcrita, que lo faculta para imponer sanciones a las empresas que alteren o permitan la alteración en la prestación del servicio público de transporte.

No es valedera la razón de fuerza mayor alegada por la actora en la no prestación del servicio el día 20 de junio de 1985 como eximente de responsabilidad, pues la inasistencia de los conductores por el temor a exponer sus vehículos de una parte no configura evento al cual sea imposible resistir, ya que la empresa debe estar siempre en capacidad de imponer el cumplimiento de sus normas a los afiliados y, por lo demás, en el expediente no aparece la prueba de los hechos constitutivos de tal fuerza mayor; por el contrario, en el informe de visitas a las terminales de transporte urbano (f. 132 y 133 cuad. No. 2) se deja constancia de que el despachador de la empresa demandante "estaba planillado de manera anómala" pues no había ningún bus por los alrededores, y, a folios 142 y 143 del cuaderno No. 2 obra un informe en cuanto a que la prestación del servicio público fue nula, lo que configura la alteración en la prestación del mismo que amerita la sanción de que trata el artículo 2o. del decreto 2624 de 1983.

Finalmente, en cuanto a la violación del artículo 991 del C. de Co. se refiere, la Sala observa que dicha norma guarda relación con la responsabilidad solidaria derivada por el incumplimiento de las obligaciones que surjan del contrato de transporte, esto es "aquél en que una de las partes se obliga con la otra, a cambio de un precio, a conducir de un lugar a otro, por determinado medio y en el plazo fijado, personas o cosas y a entregar éstas al destinatario", lo que permite que quien paga el precio en virtud del contrato, pueda en un momento dado exigir del propietario del vehículo, de quien lo afilie o de la empresa a la cual está vinculado, que solidariamente responda por los perjuicios ocasionados con el incumplimiento, lo cual resulta muy distinto al caso que nos ocupa, ya que en éste, es el Estado que tiene a su cargo la obligación de velar por la adecuada prestación de los servicios públicos, y, de conformidad con el artículo 2o. del decreto 2624 de 1983, el que puede sancionar con multa a la empresa que altere o permita la alteración de dicha prestación, sin que se requiera determinar solidaridad alguna pues la norma citada no la establece.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de primera instancia de fecha 9 de agosto de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Sin costas por no aparecer que se hubieren causado.

Cópiese, notifíquse y devuélvase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO/INTERPRETACION PREJUDICIAL

El artículo XXIX del Tratado mediante el cual se creó el Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena no prevé, ni explícita ni implícitamente, que el juez nacional pueda en los procesos que carecen de ulteriores recursos abstenerse de formular la solicitud de interpretación prejudicial en los casos en que el demandante invoque en sustento de sus pretensiones alguna de las normas que integran el ordenamiento legal andino.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1156. Actor: Kumiai Chemical Industry Co., Ltd.

Procede esta Sala a resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra el auto de Sala Unitaria de 26 de septiembre de 1991, por el cual se denegó la adición de la providencia de 4 de septiembre del mismo año, en el sentido de disponer que, previo el traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo, "... se suspenda el proceso y se solicite al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena su obligatoria interpretación prejudicial de las normas pertinentes del ordenamiento legal Andino" (fls. 236 a 254).

LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La providencia impugnada se fundamentó en la siguiente consideración (fl. 235):

"En otras oportunidades la Sección ha dicho que cuando la cuestión debatida –como en este caso– no es de interpretación legal o de hermenéutica jurídica, sino de carácter eminentemente técnico o pericial, no es del caso elevar solicitud de interpretación por vía prejudicial al Tribunal Andino de Justicia, según lo dispuesto en el artículo XXX del Tratado Andino, pues la sentencia que ponga término a la acción ante el juez nacional sólo puede tener como base o fundamento los conceptos técnicos o científicos de expertos o peritos en la materia".

LA SUSTENTACION DEL RECURSO

La parte actora fundamenta su desacuerdo con la providencia recurrida en las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación: (fls. 236 a 254).

De acuerdo con el Preámbulo del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, tal órgano jurisdiccional tiene la capacidad de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente.

El artículo XXIX del mencionado Tratado determina que cuando en un proceso hayan de aplicarse normas del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, el juez nacional deberá, previamente a dictar sentencia que carezca de recursos, solicitar obligatoriamente la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia, a fin de lograr la uniforme interpretación del ordenamiento legal Andino dentro de los países miembros del Acuerdo, con miras a evitar que un asunto regulado por normas andinas no se decida de acuerdo con ellas, lo cual generaría, además de un incumplimiento del Acuerdo con los demás países miembros, la inaplicación del derecho comunitario y, en consecuencia, una falla en la administración de justicia.

Si el artículo XXX del Tratado no prevé como excepción de la Interpretación Prejudicial el que el proceso verse sobre aspectos técnicos o periciales, no corresponde al juez nacional abstenerse de solicitarla, sino que la competencia para decidir sobre su procedencia o improcedencia radica en el mismo Tribunal Andino. Además, la solicitud que de Interpretación Prejudicial se hizo en la demanda no se encamina a obtener el pronunciamiento del Tribunal sobre aspectos técnicos o periciales, sino a que se pronuncie sobre el contenido y alcance de las normas de la Decisión 85 del Acuerdo de Cartagena que han de aplicarse al proceso.

La posición asumida en el auto suplicado "... atenta contra la integración Andina y contra la aplicación uniforme del Derecho Andino en los Países Miembros, pues ya hemos comenzado a ver fallos donde la autoridad nacional interpreta el Derecho Comunitario y, lo que es aún más grave, sin tener competencia para ello anula los fallos del Tribunal de Justicia del Acuer-

do de Cartagena". En respaldo de lo expresado se citan varias sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, las cuales están viciadas de nulidad insaneable al tenor de lo dispuesto en el numeral 2o. del artículo 140 del C. de P.C. por haberse pretermitido la instancia de la interpretación prejudicial y con ellas se violaron los artículos 140, numeral 5o. y 170 del C. de P.C. y los artículos V y XXIX del Tratado del Acuerdo de Cartagena.

Por último, se formula "El posible contenido del cuestionario sobre el cual ha de versar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino del Acuerdo de Cartagena...".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, considera la Sala no solo conveniente, sino necesario, dejar en claro que, contrariamente a lo afirmado por la parte actora en el escrito sustentatorio del recurso de súplica interpuesto, en general la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en particular el Consejo de Estado en su larga existencia y concretamente cada uno de sus integrantes, siempre han tenido y siguen teniendo como fundamento de sus actuaciones y decisiones el respeto y el cumplimiento inquebrantable no solo del ordenamiento jurídico interno del país, sino de aquél que, siendo de naturaleza comunitaria, constituye también legislación uniforme para varios países, como es el caso concreto del Tratado por medio del cual se creó el Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena, aprobado por la Ley 17 de febrero 13 de 1980.

Puntualizado el aspecto anterior, la Sala procede a referirse a los motivos de impugnación del auto suplicado.

Estima la parte actora, en esencia, que en virtud de lo dispuesto por el inciso 2o. del artículo XXIX del Tratado mediante el cual se creó el Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena, esta Corporación está en la obligación de solicitar la interpretación prejudicial de las normas del ordenamiento andino que se consideran violadas por los actos acusados, pues el abstenerse de hacerlo conllevaría la inaplicación del derecho comunitario.

Analizadas las anteriores razones y aquellas que adicionalmente se expresan en el escrito del recurso, las cuales fueron resumidas en el acápite anterior de esta providencia, la Sala considera que es procedente la solicitud de revocatoria del auto recurrido.

En efecto, determina el artículo XXIX del mencionado Tratado que si la sentencia que ha de recaer sobre un proceso en que deba aplicarse alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, "... no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez

suspenderá el procedimiento y solicitará la interpretación del Tribunal, de oficio, en todo caso, o a petición de parte si la considera procedente".

Efectivamente, la precisión de los términos en que está concebido el mencionado artículo XXIX del Tratado no subordina la decisión del juez nacional de solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal Andino de Justicia a ninguna condición diferente a la existencia misma del proceso y a que en él deba aplicarse alguna norma comunitaria, independientemente de que en aquél juegue un rol trascendental el aspecto probatorio, a juicio del juzgador.

Además, debe tenerse en cuenta que la principal misión del Tribunal es la de velar por el mantenimiento del principio de legalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico andino, lo cual sólo será susceptible de garantizarse mediante la interpretación armónica de las normas que lo integran, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los países miembros, tal como lo predica el artículo XXVIII del mencionado Tratado.

Concluir en esta materia de manera diferente a la expuesta, conllevaría el grave riesgo de que, con menoscabo de la norma, el juez nacional tuviese la facultad de decidir, previamente a la sentencia, que ella ha de fundamentarse exclusivamente en las pruebas aportadas o practicadas en el proceso, y que las normas invocadas en sustento de la demanda solo serían aplicables al caso controvertido de una manera directa y sin necesidad de acudir a raciocinios interpretativos de cualquier naturaleza.

Además, considera la Sala que el mecanismo de la interpretación prejudicial por parte del Tribunal Andino de Justicia persigue la recta finalidad de evitar decisiones judiciales contradictorias en los países del área, en detrimento del espíritu integracionista que los anima.

El hecho de que el juez nacional, en la solicitud de interpretación prejudicial deba exponer en forma suscinta los hechos que han dado origen a la demanda, no puede tomarse como que el juez supranacional esté adquiriendo competencia para definir directamente el fondo del litigio sino, por el contrario, que tales hechos defina el marco jurídico dentro del cual debe situarse la interpretación solicitada, a efecto de no quedar ella en un plano eminentemente teórico.

De lo hasta ahora expresado, la Sala concluye que el artículo XXIX del Tratado mediante el cual se creó el Tribunal Andino de Justicia del Acuerdo de Cartagena no prevé, ni explícita ni implícitamente que el juez nacional pueda en los procesos que carecen de ulteriores recursos abstenerse de formular la solicitud de interpretación prejudicial en los casos en que el

demandante invoque en sustento de sus pretensiones alguna de las normas que integran el ordenamiento legal andino.

Sobre este aspecto, el Tribunal Andino de Justicia, en providencia de 22 de octubre de 1991, dictada dentro del proceso que bajo el No. 6-IP-90 cursó para responder a la solicitud de interpretación prejudicial pedida por esta Corporación dentro del expediente No. 857, actor: Harinera del Valle Paz Bautista y Cía. S. en C., se pronunció de la siguiente manera, en sus aspectos más relevantes:

"3.– Lo normativo, lo fáctico y las cuestiones técnicas.

"La competencia del Tribunal Andino, cuando decide asuntos prejudiciales, está expresamente limitada por cuanto, en su ejercicio, 'no puede calificar los hechos materia del proceso', así como tampoco puede 'interpretar el contenido y alcances del derecho nacional', según lo establece con toda claridad el artículo 30 de su Tratado constitutivo. Está así delimitada, con estricta lógica, la colaboración que deben prestarse mutuamente el juez nacional y el juez comunitario para llegar a un resultado final, el cual no es otro que la sentencia en la cual debe aplicarse la norma común al caso en litigio (tarea del juez nacional), de acuerdo con los términos de la sentencia de interpretación que dicte el juez comunitario, o sea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, a fin de exista (sic) uniformidad en el entendimiento de las normas, pese a que hayan de aplicarlas indistintamente los jueces nacionales de los cinco Países Miembros de la subregión.

"Este Tribunal ha sido especialmente conciente de la limitación del artículo 30 del Tratado, y la ha tenido siempre muy presente. Sinembargo, una vez solicitada la interpretación y expedida la correspondiente sentencia, han surgido en los Jueces Nacionales, en algunos pocos casos, peligrosos equívocos a este respecto, por falta de claridad en cuanto a la naturaleza propia de la norma jurídica. Esta, en efecto, ha de contener supuestos jurídicos o hipótesis normativas que equivalen a 'hechos jurídicamente relevantes', de cuya realización o cumplimiento se deducen consecuencias en el mundo del derecho. Tales 'hechos jurídicamente relevantes', contemplados en la norma, pueden referirse a cuestiones probatorias o técnicas, pero no por eso dejan de ser un elemento normativo básico –al cual debe referirse forzosamente el intérprete, para convertirse en los que se denominan 'hechos materia del proceso'– los cuales, en cambio, sí deben ser calificados por el juez encargado de aplicar la norma al caso concreto.

"La norma jurídica según la doctrina –se repite– es un juicio hipotético que hace depender de la realización de sus supuestos determinadas consecuencias jurídicas. Tales supuestos, de los cuales parte la norma y

que están contenidos en ella, bien pueden referirse a cuestiones técnicas o probatorias (como en el presente caso), sin que por ello dejen de ser elementos o factores normativos sujetos a la interpretación prejudicial, para convertirse en cuestiones puramente fácticas, como son 'los hechos materia del proceso'.

"Los supuestos normativos, cualquiera que sea su naturaleza (técnicos, científicos, probatorios, etc.), hacen parte de lo que se ha llamado la 'exterioridad de la norma jurídica', la que utiliza necesariamente un lenguaje y unos conceptos que configuran o describen situaciones objetivas (juicio imperativo), de las cuales se derivan derechos y obligaciones cuando los hechos materia del proceso coinciden con ellas (juicio atributivo).

"Constituye por lo tanto un evidente sofisma, a juicio del Tribunal, tratar de confundir la hipótesis normativa con 'los hechos materia del proceso' y sostener, en consecuencia, que sí el supuesto jurídico que establece la norma es de carácter probatorio o técnico, pierde su naturaleza normativa –sujeta a interpretación– para convertirse en un simple hecho que debe ser calificado por el juez de lo fáctico, o en un concepto técnico que deba ser esclarecido por expertos o peritos, sin que ello tenga nada que ver con la interpretación de la norma.

"Teniendo en cuenta estos principios elementales de lógica jurídica, este Tribunal –conciente de las facultades y limitaciones consagrados en la norma comunitaria– no ha vacilado en cumplir con su deber de interpretar normas comunes que regulan asuntos probatorios, como en el presente caso, puesto que considera que tales asuntos no pueden confundirse con los 'hechos materia del proceso'. Tampoco ha vacilado, en lo que considera que no es otra cosa que el inequívoco ejercicio de su competencia en el campo puramente hermenéutico, en referirse a asuntos técnicos tales como las hipótesis normativas o supuestos jurídicos contenidos en el artículo 5, literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, relativos a los llamados 'herbicidas', los cuales, a juicio del Tribunal, están comprendidos en las excepciones a la patentabilidad.

"No cabe duda de que la hipótesis normativa o 'juicio hipotético' contenido en el citado artículo, es de índole técnica, pero es igualmente evidente de que no por ello deja de ser una norma jurídica. Bien hubiera podido el Tribunal acudir a peritazgos o experticias para cumplir con su labor de intérprete, de haber sido necesario. Sin embargo consideró, por las razones ampliamente expuestas en las sentencias de los Procesos 1–IP–88, 3–IP–89 y 7–IP–89, que la norma tenía el sentido pristino que razonadamente se explicó. Con lo cual se cumplía a cabalidad la colaboración que se espera del Tribunal, según el Tratado de su crea-

ción, para que el juez nacional (el Consejo de Estado de la República de Colombia), pudiera decidir los Procesos 803 y 508, dentro de la indispensable y obligatoria uniformidad que exige el ordenamiento jurídico comunitario.

"De no ser así, o sea si en realidad se tratase de un supuesto asunto técnico que pudiera confundirse con los 'hechos materia del proceso', tendríamos dictámenes periciales o experticias a ese respecto, en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, según los cuales el contenido normativo del artículo 5–c) de la Decisión 85 habría de tener, probablemente, varios sentidos o alcances distintos y contradictorios, con la consiguiente frustración inevitable del ordenamiento jurídico comunitario".

Sin perjuicio de los análisis precedentes, la Sala debe expresar que si bien en anteriores providencias de esta misma Sección se ha analizado esta materia y se han decidido de manera contraria a la expuesta, ello ha obedecido a una interpretación que la Sala consideró correcta en esos momentos, pero que hoy recoge frente a los nuevos argumentos y elementos de juicio que se han planteado como expresión de un sistema jurídico, como el nuestro, donde la labor del juzgador no se reduce a la facilista tarea de aplicar ciegamente la legislación, pues es conciente de que ella, como toda producción de la mente humana, es susceptible de ser interpretada y de que tal interpretación evolucione en la medida en que se analiza y profundiza cada materia.

En virtud de las consideraciones precedentes, la Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado

RESUELVE:

1o.– REVOCASE el auto de 26 de septiembre de 1991.

2o.– Como consecuencia de lo anterior, adiciónase el auto de 4 de septiembre, en el sentido de que previamente al traslado a las partes para que formulen sus alegatos y a la señora Fiscal Primera de la Corporación para que rinda su concepto de fondo, se suspenda el proceso y se solicite la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, conforme a la petición que en tal sentido formuló la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Yesid Rojas Serrano.*

POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites

Si para justificar la expedición del Reglamento, se invocan disposiciones constitucionales o legales que no se refieren para nada a la materia o materias sobre las cuales recae la reglamentación, es evidente que se ha hecho uso indebido de esa facultad o poder y el reglamento debe ser anulado, sin que sea admisible el argumento de que hubo un error "en la cita de las normas que lo facultan para reglamentar aspectos atinentes a las Loterías", sin indicar, por lo demás, entonces, las disposiciones legales que realmente se están reglamentando, siendo ésta una jurisdicción eminentemente rogada.

DECLARASE LA NULIDAD del artículo 1o. del Decreto Reglamentario 2000 de 1966, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1546. Actor: Luz Amparo Toro Bernal.– Acción de nulidad en relación con el artículo primero del Decreto 2000 de 1966, expedido por el señor Presidente de la República.

La ciudadana y abogada LUZ AMPARO TORO BERNAL, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación que, previos los trámites propios del juicio ordinario y con citación y audiencia de los Ministros de Salud Pública y de Trabajo y Seguridad Social, representantes de la Nación, se declare la nulidad del artículo primero del

Decreto de la referencia, "Por el cual se dictan disposiciones sobre Loterías", cuyo texto es el siguiente:

"Decreto 2000 de 1966 (julio 25), por el cual se dictan disposiciones sobre Loterías.

"El Presidente de la República de Colombia, en uso de las facultades que le confiere el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Política y las leyes 93 de 1938 y 12 de 1963,

"Decreta:

"Artículo 1o.— Las loterías del país pueden usar las letras del alfabeto castellano al igual que los números arábigos, en cualquier forma o sistema, para verificar los sorteos ordinarios o extraordinarios, quedando a salvo los derechos reconocidos conforme a las leyes".

I.— FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Considera el accionante que con el acto acusado se quebrantaron:

a) Por indebida aplicación, el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución Política de 1886, así como el artículo 5o. del Decreto Ley 3130 de 1968, por cuanto estas normas para nada se refieren a las loterías, ni éstas son instituciones de utilidad común.

b) También por aplicación indebida, las leyes 93 de 1938 y 12 de 1963, ninguna de las cuales hace referencia a las loterías.

Las loterías, dice la demandante, son entidades descentralizadas de carácter departamental, cuyo régimen está determinado por la ley, conforme a lo dispuesto en los artículos 183 y 187 de la Constitución de 1886, y, por consiguiente, el Gobierno Nacional, no podía tener ninguna ingerencia (sic) en tales Entes. Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que tanto los citados artículos de la C.N. y las disposiciones del Código de Régimen Departamental, atinentes a loterías y a entidades descentralizadas, como los artículos 193 y 252 y s.s. y concordantes del decreto ley 1222 de 1986, también fueron quebrantados con la expedición del acto acusado.

Finalmente, el acto administrativo fue expedido con falsa motivación, por cuanto como ya se ha visto, los motivos o fundamentos invocados por el Gobierno no tienen respaldo en el artículo 120, numeral 19, de la C.N., ni en la ley 93 de 1938, ni en la ley 12 de 1963, ya que estas normas no contienen facultades relacionadas con la expedición de disposiciones sobre loterías. Por ello, se quebrantó también el art. 84 del C.C.A.

II.– LA ACTUACION

Admitida la demanda mediante providencia de 11 de septiembre de 1991, se notificó personalmente al señor ministro de Salud Pública, y mediante aviso al señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social, ninguno de los cuales contestó la demanda, ni propuso excepciones, ni solicitó el decreto y práctica de pruebas.

Dentro del término para alegar de conclusión, presentó el correspondiente memorial la apoderada especial del Ministerio de Salud Pública, sin solicitar que se le tuviera como tal, pidiendo a la Sala que se denegaran las pretensiones de la demanda. La actora no hizo uso de dicho término.

La señora Fiscal Primera de la Corporación, por su parte, dentro del traslado personal que se le corrió, rindió su concepto sobre las súplicas de la demanda.

III.– LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDADA

La apoderada especial de la Nación –Ministerio de Salud Pública–, en su alegato de conclusión, fundamenta su solicitud, en las siguientes consideraciones jurídicas.

> "Si bien es cierto que el Gobierno Nacional erró en la cita de las normas que lo facultan para reglamentar aspectos atinentes a las Loterías, no es lo menos, que el artículo 120 numeral 3 de la Carta Fundamental, le reconoce amplias facultades de reglamentación así: ...
>
> "En consecuencia, dado que se ejerció la citada potestad, la norma acusada no reviste el carácter de nulidad pretendida por la parte actora, por lo cual respetuosamente, solicito sea denegada la pretensión.
>
> "Adicionalmente, considero que en la demanda no se explica claramente el concepto de la violación de las normas constitucionales allí aludidas: artículos 2, 20, 120, numeral 19 y 55.
>
> "Lo que se ha de dilucidar en la sentencia no es entonces ni la incompetencia, ni el exceso de las atribuciones, sino la consecuencia jurídica del error que esta parte reconoce, existe en el encabezamiento del decreto 2.000 de 1966, si genera la nulidad de su artículo 1o. (sic)"..

V.– CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Primera de la Corporación considera que tiene razón la accionante y que, en aras de la legalidad, es procedente acceder a la petición

que formula la demanda, pues realmente el Gobierno, al emitir la norma acusada, no está reglamentando las normas superiores que dice reglamentar.

La confrontación de la norma acusada con el mandato constitucional contenido en el numeral 19 del artículo 120 de la Constitución de 1886 y los estatutos legales que en aquél se citan como base del mismo, llevan a la conclusión de que uno y otros se ocupan de materias diferentes y que de las normas superiores invocadas no se deriva la competencia del Gobierno para reglamentar sobre loterías.

VI.– LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

1.– El ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución Política de 1986, vigente en la fecha de expedición del acto acusado, facultaba al Presidente de la República para "Ejercer inspección y vigilancia sobre instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores".

2.– La ley 93 de 1938 "sobre vigilancia de Instituciones de Utilidad común", se ocupa del ejercicio de la facultad de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común que el ordinal 19 del artículo 120 de la Constitución anterior atribuía al Presidente de la República. Algunos de esos artículos fueron declarados inexequibles por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de diciembre de 1973.

3.– Finalmente, la Ley 12 de 1963 "por la cual se ordena al Gobierno la elaboración del Plan Hospitalario Nacional y se dictan otras disposiciones", se ocupa de la contribución nacional a la construcción de los hospitales, centros de salud, ancianatos, orfanatos, asilos, etc. y demás entidades de asistencia pública; confía al Gobierno la elaboración del Plan Hospitalario Nacional y señala pautas para el efecto; reitera innecesariamente la facultad del Gobierno para ejercer inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común; autoriza al mismo para asesorarse y celebrar contratos con instituciones, asociaciones y personales nacionales y extranjeras para negociar empréstitos, etc., etc., etc.

Como se puede apreciar fácilmente, en ninguna de las disposiciones precitadas se hace referencia a las loterías, y si es cierto, como se ha dicho, que el reglamento es un acto por el cual se dan reglas de detalle para la aplicación de normas superiores (leyes, ordenanzas, acuerdos), y que quien reglamenta no puede exceder, so pena de nulidad, la norma reglamentada,

pues la potestad reglamentaria sólo tiene por fin dar vida práctica a la ley para ponerla en ejecución, supliendo aquellos detalles que sería exótico consignar en la propia ley, pero sin ampliar o restringir el sentido de la ley, dictando nuevas disposiciones o suprimiendo las contenidas en la norma superior, porque ello no sería reglamentar sino legislar, es claro que para poder hacer uso de ese poder o facultad es menester que exista norma que sea necesario reglamentar.

Si esa norma superior no existe, o si, como en este caso, para justificar la expedición del Reglamento, se invocan disposiciones constitucionales o legales que no se refieren para nada a la materia o materias sobre las cuales recae la reglamentación, es evidente que se ha hecho uso indebido de esa facultad o poder, y el reglamento debe ser anulado, sin que sea admisible el argumento de que hubo un error "en la cita de las normas que lo facultan para reglamentar aspectos atinentes a las Loterías", sin indicar, por lo demás, entonces, las disposiciones legales que realmente se están reglamentando, pues siendo esta jurisdicción eminentemente rogada, no le es dado buscar en la numerosa y dispersa legislación del país cuál o cuáles son realmente las normas superiores sobre esa materia de loterías que se están reglamentando por el acto acusado.

Por lo demás, si realmente esas normas existen, podrá dictarse nuevamente la reglamentación con fundamento en ellas y en ejercicio de la atribución constitucional que antes otorgaba al Presidente de la República el numeral 3o. del artículo 120 de la Carta de 1886, lo que le permitirá a los administrados y al juez administrativo hacer la confrontación entre norma reglamentada y norma reglamentaria, y hoy el artículo 189-11 de la actual Constitución.

En consecuencia, las súplicas de la demanda están llamadas a prosperar.

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 Ministerio Público y de acuerdo con él,

FALLA:

1o.– Declárase la nulidad del artículo primero del decreto reglamentario 2000 de 1966, expedido por el señor Presidente de la República.

2o.– Por la Secretaría, devuélvase a la accionante la suma de dinero consignada para gastos del proceso, que no hubiere sido utilizada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a los Ministros de Salud Pública y Trabajo y Seguridad Social, y archívese el expediente.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES/ASAMBLEA DEPARTAMENTAL–Facultades

Desde la vigencia de la Ley 1a./82 hasta la fecha de expedición de los actos acusados, la competencia para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes radicaba de manera exclusiva en el Gobierno Nacional, razón por la cual no le era dado ninguna otra autoridad administrativa del país proceder a dictar normas reglamentarias sobre esta materia. En consecuencia, la Asamblea del Valle del Cauca no podía legalmente invocar las facultades generales que le otorgaba el CRD, para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes, pues esta materia fue reservada por normas especiales de carácter legal al Gobierno Nacional y, además, por cuanto la facultad de reglamentación genérica de la ley estaba atribuida expresa y exclusivamente al Presidente de la República.

DECRETA LA NULIDAD de las siguientes normas de la Ordenanza número 016 de diciembre 1o. de 1986 expedida por la Asamblea Departamental del Departamento del Valle del Cauca: a) Del artículo 5o. la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes". b) Del artículo 10o. la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–", contenida en el inciso segundo, y las palabras "o formularios" del inciso tercero. c) Del artículo 11 la expresión "o formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–, contenida en el literal a) y la totalidad de los literales b), c), d), e) y f).

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1581. Actor: Alberto Montoya Montoya.

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 Valle del Cauca, de fecha 15 de junio de 1990.

I.– ANTECEDENTES

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

El ciudadano Alberto Montoya Montoya, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca la nulidad de los artículos 5o., 7o., 10 y 11 de la Ordenanza No. 016 de diciembre 1o. de 1986, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca, "Por la cual se modifican, subrogan y adicionan algunas disposiciones del Código de Rentas del Departamento del Valle, relativas a Loterías, Apuestas Permanentes, Chance y similares, y se conceden facultades al Gobernador del Departamento".

b.– Los actos acusados.

El texto de las normas acusadas que, como se expresó, forman parte de la Ordenanza No. 016 de 1986, expedida por la Asamblea Departamental del Valle del Cauca "... en uso de sus atribuciones legales, y en especial las que le confiere el artículo 62 numerales 5o. y 15 del Decreto 1222 de 1986 ...", expresan lo siguiente (fls. 3 a 9 Cdno. No. 2):

"ARTICULO QUINTO.– El artículo 62 del Código de Rentas del Departamento del Valle, quedará así:

"PRESUNCION.– Se presume que una o varias personas han incurrido en defraudación a las rentas, cuando en su poder, y en cualquier sitio, se localizan, sin los requisitos legales correspondientes, formularios para el juego de apuestas permanentes, billetes o fracciones de la lotería del Valle o loterías foráneas, productos cuya fabricación, distribución, conservación, emisión o venta se haya reservado el Departamento o alguna de sus Entidades descentralizadas".

"ARTICULO SEPTIMO.– Los numerales 4o. y 5o. del artículo 74 del Código de Rentas del Departamento del Valle, quedará así:

"4o.– Suspensión de la licencia o autorización otorgadas por la Industria de Licores del Valle, la Beneficencia del Valle o por la Unidad de Rentas Departamental.

"5o.– Cancelación de la Licencia de Funcionamiento o autorización otorgadas por la Industria de Licores del Valle, la Beneficencia del Valle o la Unidad de Rentas Departamental, según el caso, y pérdida temporal o definitiva del derecho a obtener licencia, concesión, permiso o autorización".

"ARTICULO DIEZ.– El artículo 130 del Código de Rentas del Departamento del Valle, quedará así:

"El que adultere, falsifique billetes o fracciones de la Lotería del Valle, de Loterías foráneas, formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–, o los tenga en su poder, incurrirá en una pena de uno (1) o dos (2) años de arresto y a una multa de seiscientos mil pesos ($600.000.oo) a un millón doscientos mil pesos ($1'200.000.oo) sin perjuicio de las demás sanciones legales.

"Si los billetes, fracciones o formularios fueren dados a la circulación, la pena se aumentará hasta en 1/3 parte".

"ARTICULO ONCE.– El artículo 131 del Código de Rentas del Departamento del Valle, quedará así:

"Son también defraudadores a las rentas y estarán sujetas a las siguientes penas:

"a) El que sin estar autorizado por la Entidad competente, posea o conserve en su poder elementos o materiales utilizables para la elaboración de billetes o fracciones de Lotería del Valle, Loterías foráneas o formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE– estará sujeto a una pena de seis (6) meses a dos (2) años de *arresto* y una *multa* de trescientos mil pesos ($300.000.oo) a un millón doscientos mil pesos ($1'200.000.oo).

"b) El comprador que a sabiendas realice apuestas permanentes –CHANCE– en formularios no oficiales, estará sujeto a una pena de uno (1) a seis (6) meses de *arresto* y a una multa de cincuenta mil pesos ($50.000.oo) a trescientos mil pesos ($300.000.oo).

"c) El que por sí, por interpuesta persona, o para un tercero imprima, emita, negocie o transporte formularios no oficiales destinados al juego de apuestas permanentes –CHANCE– estará sujeto a una pena de uno (1) a tres (3) años de *arresto* y a una *multa* de seiscientos mil pesos ($600.000.oo) a un millón ochocientos mil pesos ($1'800.000.oo).

"d) El que por sí, por interpuesta persona, o para un tercero explote el juego de apuestas permanentes –CHANCE– en formularios no ofi-

ciales, estará sujeto a una pena de uno (1) a tres (3) años de *arresto* y a una *multa* de seiscientos mil pesos ($600.000.oo) a un millón ochocientos mil pesos ($1'800.000.oo).

"e) El que expenda el juego de apuestas permanentes –CHANCE– en formularios no oficiales, estará sujeto a una pena de seis (6) meses a un (1) año de *arresto* y a una *multa* de trescientos mil pesos ($300.000.oo) a seiscientos mil pesos ($600.000.oo).

"f) El que promueva o permita la venta ilegal de apuestas permanentes –CHANCE– en establecimientos abiertos al público ya sean de su propiedad o estén bajo su administración, estará sujeto a una pena de seis (6) meses a dos (2) años de arresto o a una *multa* de trescientos mil pesos ($300.000.oo) a un millón doscientos mil pesos ($1'200.000.oo).

"g) El que expenda loterías foráneas sin el pago del impuesto establecido en el artículo 48 de este Código estará sujeto a una pena de seis (6) meses a un año de *arresto* y a una *multa* de trescientos mil pesos ($300.000.oo) a seiscientos mil pesos ($600.000.oo)".

c.– Los hechos de la demanda.

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus peticiones se reducen a indicar y explicar, a grandes rasgos, las normas legales que regulan el Juego de Apuestas Permanentes o CHANCE, y a expresar que cuando las normas acusadas estaban en proceso de formación, solicitó a la Asamblea Departamental la no aprobación del Proyecto de Ordenanza, fundamentado en la incompetencia de tales corporaciones para reglamentar dicha materia, solicitud que no fue atendida (fls. 25 y 26 Cdno. No. 2).

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

El actor considera que con la expedición de los artículos acusados se violaron las siguientes normas, por los motivos que se resumen a continuación, expresados en la demanda. Como quiera que algunos de los cargos se refieren a la totalidad de las normas demandadas y otros al ataque individual de las mismas, por razones metodológicas se presentarán debidamente separadas, a efecto de lograr su claro entendimiento (fls. 26 a 39 Cdno. No. 2).

d.– Cargos contra la totalidad de los actos acusados.

PRIMER CARGO.– Violación de los artículos 20 y 63 de la –hoy derogada– Constitución Política, pues ninguna de las normas que crean y reglamentan el Juego de Apuestas Permanentes o CHANCE facultan a las asambleas departamentales o a los concejos municipales para reglamentar esta ma-

teria. Por el contrario, la Ley 1a. de 1982, artículo 5o. facultó al Gobierno Nacional para reglamentar el mencionado juego de manera uniforme en los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales.

Además, el Decreto Legislativo 386 de 1983, artículos 6o. y 7o. consagra las sanciones a los concesionarios y compradores que a sabiendas realicen apuestas en formularios no oficiales, las cuales fueron complementadas en los artículos, 10, 22, 30 y 31, 64 a 87 y 91 del Decreto 33 de 1984, razón por la cual también se incurre en su violación.

SEGUNDO CARGO.– Violación de los artículos 5o. de la Ley 1a. de 1982 y 120 numeral 3o. de la –hoy derogada– Constitución Política, pues al haberse atribuido al Gobierno la facultad de reglamentación uniforme del Juego de Apuestas Permanentes para los ya mencionados entes territoriales, los actos acusados transgreden tal atribución de competencia y la facultad presidencial de reglamentación de la Ley.

Las violaciones expuestas tanto en este cargo, como en el anterior, conducen a predicar una incompetencia material de la Asamblea para reglamentar la materia reglamentada, incurriendo en usurpación de funciones públicas y con la consecuente violación del artículo 71, ordinal 2o. del Decreto 1222 de 1986, que le prohibe intervenir en asuntos que no sean de su competencia.

d".– Cargos contra determinados actos demandados.

a) Artículo 7o.–

CARGO UNICO.– Violación de los artículos 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 y 64 del Decreto 33 de 1984, por las siguientes razones:

El Decreto Legislativo 386 de 1983, por el cual se dictaron normas en materia de apuestas permanentes, autorizó en su artículo 1o. a las loterías o beneficencias a emitir formularios de distintos valores, por los cuales los concesionarios pagarían el 6% del monto total máximo de apuestas posibles hechas en ellos, y dispuso, igualmente, que el valor de tales formularios representaba el impuesto correspondiente.

"Este impuesto fue asimilado a una regalía, con lo cual desapareció, *ipso facto*, el control de defraudación a las rentas departamentales y con lo cual las Jefaturas de Rentas y los juzgados departamentales perdieron competencia en esta materia ya que dejó de ser un impuesto de la órbita departamental para convertirse en una regalía que aprovecha a los Servicios de Salud".

El artículo 11 del Decreto Legislativo 386 de 1983 derogó el artículo 4o. de la Ley 1a. de 1982 que obligaba a los concesionarios a pagar a las entidades concedentes un mínimo del 10% sobre el valor bruto de las apuestas y a acogerse a las normas reglamentarias "que para el efecto sean expedidas", derogatoria esta que implicó la desaparición del escenario jurídico del Decreto Reglamentario 421 de 1982, el cual contemplaba todo un régimen sancionatorio para los concesionarios y no concesionarios del juego.

Consecuencia de lo expuesto es que el artículo 7o. acusado viola el artículo 6o. del Decreto 386 de 1983 que señala las sanciones por incumplimiento de la Ley 1a. de 1982 y de los decretos reglamentarios, pues allí se modifican éstas y se establecen otras diferentes, más excesivas y rigurosas.

Resulta tan cierto lo hasta ahora expuesto, que los artículos 64 a 67 del Decreto 33 de 1984 señalaron las sanciones para los concesionarios por las conductas allí descritas, "... adecuándolas a las penas consagradas en el artículo 64 del Decreto 33 de 1984, en concordancia con el artículo 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983", normas que no tipifican el arresto como pena principal.

5) Artículo 11.–

PRIMER CARGO.– Violación de los artículos 20 y 39 de la –hoy derogada– Constitución Política, pues ni la Ley 1a. de 1982, ni el Decreto 386 de 1983 contemplaron sanciones para los concesionarios y, en consecuencia, no puede una Ordenanza establecerlas, pues sólo la Ley puede reglamentar el ejercicio de las profesiones, para el caso la de chancero o concesionario del Juego de Apuestas Permanentes.

SEGUNDO CARGO.– Violación de los artículos 185, 186, 187 y 188 del Código Nacional de Policía, pues mediante el acto acusado se prevén medidas correctivas que exceden las allí previstas, frente a lo cual no cabe argumentar la competencia residual de la Asamblea para reglamentar este aspecto, tal como lo prescribe el artículo 8o., en concordancia con el artículo 7o. del mismo Código.

TERCER CARGO.– Violación de los artículos 66 y 193 del Código Nacional de Policía, pues el literal a) del acto acusado no solo contempló multas por mayor valor que el allí establecido, sino que consagró como pena principal la de arresto de 6 meses a 2 años.

CUARTO CARGO.– Los literales b), c), d), e), y f) del acto acusado incurren en violación del artículo 7o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, en concordancia con el artículo 68 del Decreto Reglamentario 33 de 1984, y del artículo 26 del Decreto 522 de 1971, pues las "... conductas de explotación, expendio, compra, promoción o venta de CHANCE en formulario no

oficial, son tenidas por el Legislador como Juegos *ILEGALES O PROHIBIDOS*, y por lo tanto remite la sanción a lo establecido en el Código Nacional de Policía" (Subrayas del actor), en el cual se establecen sanciones mucho menores que las que consagra el acto demandado.

e.– Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 126 a 129 Cdno. No. 2):

Las normas demandadas se ajustan al régimen legal vigente y fueron expedidas por la Asamblea Departamental con fundamento en las facultades que se invocaron, por las siguientes razones:

El juego denominado CHANCE constituye una renta departamental que fue cedida a la Beneficencia del Valle por disposición del artículo 50 del Código de Rentas del Departamento (Decreto 1813 de 1982) y, en virtud de facultades conferidas por la ley, el ente territorial "... ejerce funciones relacionadas con el establecimiento, organización, percepción y fiscalización de las rentas, así como también la represión y castigo a quienes las defrauden".

Las sanciones modificadas por la Ordenanza demandada, corresponden a las consagradas en el Decreto 386 de 1983 y a las conductas catalogadas como infracciones por el Decreto 33 de 1984. En consecuencia, la Ordenanza no modifica la ley sino el Código de Rentas.

El Decreto Reglamentario 421 de 1982, que contempla sanciones por la explotación fraudulenta del juego, no desapareció de la vida jurídica, pues el Decreto 386 de 1983 sólo derogó expresamente el parágrafo del artículo 3o. y el artículo 4o.

Si el artículo 64 del Decreto 421 de 1982 establece que en caso de defraudación a las rentas se aplicará el Código de Rentas respectivo en cuanto a competencia, procedimiento y recursos, la Ordenanza demandada tan sólo acogió lo dispuesto por esta normal.

f.– 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 16 de junio de 1987 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los actos acusados (fls. 57 a 69 Cdno. No. 2).

No habiendo pruebas que practicar, y dentro del término de traslado para alegar de conclusión, tan solo hizo uso de este derecho la parte demandada, en cuyo escrito se remite a los argumentos planteados en la contestación de la demanda (fl. 133 Cdno. No. 2).

En el concepto del Agente del Ministerio Público se solicitó denegar las súplicas de la demanda (fls. 136 a 141 Cdno. No. 2).

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. 143 a 154 Cdno. No. 2):

Hasta la expedición del Decreto 1222 de 1986, el régimen legal del Juego de Apuestas Permanentes se encontraba establecido en la Ley 1a. de 1982, en el Decreto Legislativo 386 de 1983 y en el Decreto 33 de 1984, pues las demás normas que existieron sobre esta materia fueron derogadas.

Los artículos 199 a 204 del Decreto 1222 de 1986 regulan los Juegos de Apuestas Permanentes, normas éstas que reprodujeron algunas disposiciones de la ley 1a. de 1982 que habían sido derogadas expresamente por el Decreto 386 de 1983, razón por la cual el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1736 de 1986, con el cual se pretendió corregir el error de no haber codificado las disposiciones del Decreto 386 de 1983. Este último Decreto fue suspendido en sus efectos por el Consejo de Estado, según lo afirma la parte actora.

En consecuencia, si al momento de expedición de los actos acusados se encontraba vigente el Decreto 1222 de 1986, y en su artículo 339 se derogaron las normas no codificadas en ese Estatuto, ha de concluirse que en tal momento el Juego de Apuestas Permanentes estaba sin reglamentar.

Por otra parte, la Asamblea carecía de competencia para reglamentar esta materia, ni aún en ejercicio de la competencia residual, pues tal atribución pertenecía al Gobierno Nacional según lo dispuesto por el artículo 202 del Decreto 1222 de 1986, y por razón de la jerarquía de las disposiciones reglamentadas.

Si bien la Ordenanza demandada no podía violar normas derogadas, tales como los Decretos 386 de 1983 y 33 de 1984, citadas por el actor, resulta evidente el vicio de incompetencia alegado en la demanda y, en consecuencia, se incurrió en violación del artículo 120, numeral 3o. de la –hoy derogada– Constitución Política.

III.– LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la parte demandada fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia esencialmente en las mismas razones que planteó en su contestación de la demanda, e insiste en que los numerales 5 y 15 del artículo 62 del Decreto 1222 de 1986 sí otorgan competencia a las Asambleas para dictar actos como los acusados.

Finalmente se solicita que al decidir este recurso se tenga en cuenta el concepto rendido por el señor Fiscal ante el Tribunal.

IV.– LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte actora no se hizo presente durante el trámite de la segunda instancia.

V.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación solicita la confirmación del fallo apelado, con fundamento en los siguientes razonamientos (fls. 6 a 8 Cdno. No. 1):

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 03 de 1986, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1222 de 1986 y en su artículo 339 se consagró la derogatoria de las normas sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificados en tal estatuto.

Además de que la reglamentación del Decreto 1222 de 1986 corresponde al Presidente de la República según lo establecido en el ordinal 3o. del artículo 120 de la –hoy derogada– Constitución Política, el mismo Decreto, en su artículo 202 atribuye competencia al Gobierno para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes, el cual deberá ser el mismo para los departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales.

En consecuencia, la Asamblea Departamental del Valle, al expedir la Ordenanza 016 de 1986, se arrogó en las normas acusadas una competencia de que carecía, por estar ella atribuida al Gobierno Nacional.

Expresa adicionalmente que "cabe considerar, además que el inciso segundo del artículo 201 del Código de Régimen Departamental tantas veces citado establece que los demás aspectos inherentes a los juegos de apuestas permanentes no reguladas en dicho Código continuarán rigiéndose por el decreto legislativo 386 de 1983. Y en este estatuto están previstas las conductas defraudatorias y las sanciones correspondientes. Y la ordenanza sometida a examen no se ajusta siquiera a tales previsio-

nes sino que prescribe sanciones más drásticas. En efecto, se establece allí la pena de arresto que no contempla el decreto 386 ya citado, y se aumenta el valor de las multas.

"Finalmente, como lo anotó el demandante, está prohibido a las autoridades de policía, al Gobierno Nacional, a las Asambleas, a los Concejos, etc. estatuir medidas correctivas distintas a las previstas en el Decreto Ley 1355 de 1970, o Código Nacional de Policía. Y entre las sanciones allí indicadas no se contempla la pena de arresto (artículos 186 a 188 del citado Código)".

V.— CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

La Sala considera que como de la definición del problema jurídico central planteado en la apelación dependen los demás análisis que puedan derivarse de las disposiciones que se estimaron como violadas en la demanda, es necesario proceder, en primer término, a referirse al análisis de la sentencia de primera instancia, en cuanto encontró acertados los planteamientos de la parte actora sobre la incompetencia de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca para dictar los actos enjuiciados.

Para la expedición de las normas acusadas, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca derivó su competencia de las atribuciones que le confiere, en especial, el artículo 62 numerales 5) y 15) del Decreto Ley 1222 de 1986 (Código de Régimen Departamental), que expresan:

"Artículo 62.— Son funciones de las asambleas:

".....

".....

5) Administrar los bienes del Departamento y fiscalizar las rentas y gastos en los Distritos, de acuerdo con la Constitución y las leyes;

".....

".....

"15) Arreglar todo lo relativo a la organización, recaudación, manejo e inversión de las rentas del Departamento; a la formación y revisión de cuentas de los responsables y a la represión y castigo del fraude.

"..... ".

Toda vez que en el presente análisis solo tienen relevancia las normas que hasta la expedición de los actos demandados se encontraban vigentes en

relación con el Juego de Apuestas Permanentes, y de ellas en forma exclusiva las concernientes a la competencia para su reglamentación y al régimen de sanciones, para una mejor comprensión del problema jurídico central la Sala procede a referenciarlas en forma sistemática y abreviada, así:

Mediante el artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982 se atribuyó al Gobierno la facultad de reglamentación del Juego de Apuestas Permanentes, "... el cual será uniforme en los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales".

Por su parte, los artículos 6o., 7o. y 8o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 determinaron el régimen de sanciones a que estarían sujetos quienes infringieren "... lo previsto en la Ley 1a. de 1982, en los decretos reglamentarios y la presente norma...".

El Decreto 33 de 1984, reglamentario de la ley 1a. de 1982 y del Decreto Legislativo 386 de 1983, consagró en sus artículos 64 a 68 el régimen de sanciones para los concesionarios y vendedores del Juego de Apuestas Permanentes y, en cuanto a los compradores que realizaren apuestas en formularios no oficiales, estableció que estarían sujetos a las sanciones que consagra el Código Nacional de Policía para juegos ilegales.

Encontrándose establecido como quedó brevemente descrito el régimen de competencias para la reglamentación del Juego de Apuestas Permanentes y las sanciones por infracción a sus disposiciones reguladoras, el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 35, literal b) de la Ley 3a. de 1986, expidió el Decreto 1222 del citado año, mediante el cual se codificaron las disposiciones constitucionales y legales relativas a la organización y funcionamiento de la administración departamental. En los artículos 199 a 204 de este Estatuto se codificaron algunas normas relacionadas con el Juego de Apuestas Permanentes, disponiendo en su artículo 202 lo siguiente:

> "Artículo 202.– El Gobierno reglamentará el Juego de Apuestas Permanentes con premios en dinero al cual se refiere este Código. Dicho reglamento será el mismo para los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales".

De otra parte, los artículos 338 y 339 del mencionado Estatuto dispusieron:

> "Artículo 338.– Continuarán haciendo parte de los estatutos legales correspondientes, las normas que esta codificación tomó de leyes que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en el presente decreto".

"Artículo 339.— Conforme a lo dispuesto en el artículo 35, literal b), de la Ley 3a. de 1986, están derogadas las normas de carácter legal sobre organización y funcionamiento de la administración departamental no codificadas en este estatuto".

Del recuento normativo que ha quedado reseñado, la Sala deduce las siguientes conclusiones:

1.— Desde la vigencia de la Ley 1a. de 1982 hasta la fecha de expedición de los actos acusados, la competencia para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes radicaba de manera exclusiva y excluyente en el Gobierno Nacional, en virtud de lo dispuesto por los artículos 5o. de la citada Ley 1a. de 1982 y 202 del Decreto-Ley 1222 de 1986, razón por la cual no le era dado a ninguna otra autoridad administrativa del país proceder a dictar normas reglamentarias sobre esta materia.

2.— Como consecuencia de lo anterior, la Asamblea Departamental del Valle del Cauca no podía legalmente invocar las facultades generales que le otorgaba el artículo 62, numerales 5) y 15) del Decreto-Ley 1222 de 1986 para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes, pues esta materia fue reservada por normas especiales de carácter legal al Gobierno Nacional (Ley 57 de 1887, artículo 5o. ordinal primero) y, además, por cuanto la facultad de reglamentación genérica de la ley estaba y está atribuida expresa y exclusivamente al Presidente de la República.

3.— La Sala no comparte el criterio expresado por el *a-quo* en la sentencia apelada, cuando afirma que en virtud de lo dispuesto por el artículo 339 del Decreto-Ley 1222 de 1986 se produjo un vacío normativo en materia de regulación del Juego de Apuestas Permanentes, pues si el artículo 202 del mencionado Decreto, que contiene en esencia la misma disposición del artículo 5o. de la Ley 1a. de 1982, faculta al Gobierno Nacional para reglamentar de manera uniforme esta materia en los Departamentos, Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales, ello no quiere decir, de ninguna manera, que todas las normas de carácter legal expedidas con anterioridad hayan perdido su vigencia, no solo por cuanto el Decreto Ley 1222 de 1986 por parte alguna las deroga "en bloque", sino, y sobre todo, en razón del mandato contenido en el artículo 338 del mismo Decreto, que dispone la plena vigencia de aquéllas "... que no se refieren exclusivamente a las materias tratadas en el presente decreto", dentro de las cuales se encuentran, precisamente, las relacionadas con el régimen sancionatorio por violación de las disposiciones legales sobre el Juego de Apuestas Permanentes.

El razonamiento expuesto en el numeral anterior se complementa con lo expresado por esta misma Sala en sentencia de 12 de febrero de 1988, de la cual fue Consejero Ponente el doctor Guillermo Benavides Melo, dictada dentro del expediente No. 431, Actor: Alberto Montoya Montoya, en la cual se expresa:

"Sin embargo, todo el razonamiento anterior apunta exclusivamente a la consideración sobre la legalidad del Decreto acusado, sin que, como lo dice con acierto el Ministerio de Gobierno en sus escritos de impugnación de la demanda, tenga nada que ver la vigencia o no del Decreto Legislativo 386 de 1986. (sic) Porque, además de no ser verdad que este Decreto así como el Reglamentario del mismo, que lleva el número 33 de 1984, hayan sido expresamente derogados por el artículo 339 del Código de Régimen Departamental, todo indica que en gran medida son ajenos a la organización y funcionamiento de dichas administraciones. Por lo contrario, precisamente porque son ajenos a esas dos facetas o particularidades de la vida regional, su vigencia no estaba condicionada a la codificación que hiciera el Decreto Ley 1222 de 1986 y, en consecuencia, su derogatoria total o parcial solo sería posible por la expedición de normas contrarias a su contenido o por la manifestación expresa del legislador. Esta es la razón para que en los artículos 338 y 339 del Código en comentario se haga distinción entre las normas que se relacionan directamente con la organización y funcionamiento de los departamentos, y aquellas que no tienen relación exclusiva con tales fenómenos, las cuales, como lo dice el artículo 338 del Decreto Ley 1222/86, siguen haciendo parte, como disposiciones aplicables, de los estatutos vigentes de los que fueron tomadas. Avanzando en esta dirección, resulta preciso advertir que los artículos 193 a 204 inclusive del Código de Régimen Departamental, no son normas relacionadas con la organización y funcionamiento de los departamentos y por tal razón se hallan sometidos a lo dispuesto por el artículo 338 del mismo estatuto y se encuentran vigentes desde la fecha en que comenzó la vigencia de los estatutos o disposiciones de que fueron tomados, y no desde la fecha de vigencia del Decreto 1222/86. Valgan las anteriores consideraciones para enmendar el error cometido en el auto que decretó la suspensión provisional y en el cual se afirmó equivocadamente, como se desprende de lo dicho, que el Decreto 1222 de 1986 había derogado el Decreto Legislativo 386 de 1983 en cuanto estaba vigente para entonces. Se corrige el error porque, como ya se anotó, la compilación de normas y la derogatoria prevista en el Código se refiere (esta última) a los aspectos orgánicos y funcionales solamente".

Sin perjuicio de las precisiones anteriores, que conducen a predicar la incompetencia de la Asamblea Departamental del Valle del Cauca para reglamentar aspectos relacionados con el régimen legal del Juego de Apuestas Permanentes, la Sala observa que mediante el fallo apelado el *a-quo* procedió a declarar la nulidad de los actos acusados, basado en tal incompetencia, pasando por alto el hecho de que las normas demandadas regulan aspectos relacionados con otras materias, en unos casos y, en otros, sin poderse establecer dentro del acervo probatorio el asunto principal a que ellos se refieren.

Así, pues, sea lo primero indicar que dentro de las pruebas aportadas al proceso no aparece el acto administrativo denominado "Código de Rentas

del Departamento del Valle", el cual, por constituir normatividad de alcance no nacional, debió probarse, al tenor de lo dispuesto en el artículo 141 del C.C.A., y con mayor razón si se tiene en cuenta que las normas acusadas hacen expresa referencia a los artículos 62, 74, 130 y 131 del mencionado Estatuto, siendo imprescindible para el juzgador acudir a ellas para deducir la legalidad o ilegalidad de las normas demandadas cuando del contenido de estas no puede precisarse la materia de que tratan, como sucede con el artículo 7o. de la Ordenanza demandada, según se verá posteriormente.

De lo anterior se desprende, incuestionablemente, que si los fundamentos de violación aducidos por la parte actora en la demanda se refieren exclusivamente a la inconstitucionalidad o ilegalidad de los actos acusados en cuanto regulan o se refieren a la materia del Juego de Apuestas Permanentes, han de prosperar las nulidades propuestas, pero solo referidas a dicha materia, pues no podría el Juez Administrativo declarar aquéllas que nada tienen que ver con ella, en razón de que regulan aspectos que no fueron planteados, ni mucho menos debatidos, dentro del proceso.

En consecuencia, en este orden de ideas, y en relación con el artículo 5o. de la Ordenanza No. 016 de 1986, norma acusada, procederá tan solo la declaratoria de nulidad de la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes", habida cuenta que la presunción de defraudación contenida en la norma se extiende también a billetes o fracciones de lotería del Valle o loterías foráneas, y a productos cuya fabricación, distribución, conservación, emisión o venta se haya reservado el Departamento o alguna de sus entidades descentralizadas, aspectos estos a los que no se refiere ninguna de las disposiciones invocadas como fundamento de la demanda ni los conceptos de violación.

En cuanto se refiere a la solicitud de nulidad del artículo 7o. de la Ordenanza acusada, ella no ha de prosperar, ante la imposibilidad de establecerse por la Sala si dicha norma está regulando o no el Juego de Apuestas Permanentes, debido como atrás se expresó, a la ausencia dentro del acerbo probatorio del denominado "Código de Rentas del Departamento del Valle".

En relación con la petición de nulidad del artículo 10o. acusado, la Sala procederá a declarar la nulidad de la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–" contenida en su segundo inciso, y las palabras "o formularios" que se encuentra en el inciso tercero de la norma.

Por último, y en relación con la solicitud de nulidad del artículo 11 de la Ordenanza acusada, ella habrá de declararse solo en cuanto regula el Juego de Apuestas Permanentes, es decir, de la expresión "o formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–", contenida en el literal a) y de la totalidad de los literales b), c), d), e) y f).

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.– REVOCASE la sentencia de 15 de junio de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca y en su lugar se dispone:

Segundo.– Decrétase la nulidad de las siguientes normas de la Ordenanza No. 016 de diciembre 1o. de 1986 expedida por la Asamblea Departamental del Departamento del Valle del Cauca:

a) Del artículo 5o. la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes".

b) Del artículo 10o. la expresión "formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–, contenida en el inciso segundo, y las palabras "o formularios" del inciso tercero.

c) Del artículo 11 la expresión "o formularios para el juego de apuestas permanentes –CHANCE–", contenida en el literal a) y la totalidad de los literales b), c), d), e) y f).

Tercero.– Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

Cuarto.– En firme esta providencia, vuelva 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 catorce de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

INTRA/PARQUE AUTOMOTOR

El Instituto Nacional del Transporte, en desarrollo de las facultades conferidas en la normatividad que regula la actividad transportadora, no sólo puede intervenir en la industria del transporte, para ejercer el control y vigilancia que le ha sido encomendado, sino en las actividades afines, como en este caso, regulando lo relativo a la transfomación de camiones de carga teniendo en cuenta las necesidades prioritarias del servicio y las condiciones mecánicas de comodidad y seguridad que éstos ofrezcan, a fin de garantizar en forma eficaz, regular y contínua la prestación del servicio de transporte.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1613. Actor: Guillermo Salas Toro.— Acción de nulidad contra el artículo 1o. de la Resolución No. 01229 de 16 de agosto de 1988 expedida por el Director General del Instituto Nacional del Transporte.

El ciudadano GUILLERMO SALAS TORO, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de esta Corporación la declaratoria de nulidad del acto administrativo de la referencia, en el cual se dispone (fls. 1 y 2).

RESOLUCION No. 01229 DE 16 DE AGOSTO DE 1988.

"RESUELVE:

"ARTICULO 1o.– Suspéndense transitoriamente las autorizaciones para transformar camiones rígidos de dos ejes a camiones rígidos o articulados de tres ejes".

I.– DISPOSICIONES VIOLADAS

Cita el actor como quebrantados con el acto acusado, los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional de 1886; Ley 15 de 1959 y Decretos 770 de 1968, 1393 de 1970, 1447 de 1971 y Ley 33 de 1986.

Hace consistir el concepto de violación así:

a) Las personas naturales o jurídicas que se dedican a transformar camiones rígidos de dos ejes a camiones rígidos o articulados de tres ejes, tienen una empresa que constituye un derecho suspendido por la resolución acusada, la cual atenta contra el derecho a la seguridad económica.

b) El Intra no sólo excedió sus funciones sino que contrarió el artículo 32 de la Constitución de 1886 que permite al Estado intervenir en la producción pero por mandato de ley, pero no le permite intervenir en el proceso económico de las industrias.

c) El artículo 39 de la Constitución Nacional de 1886, la Ley 15 de 1959, los Decretos 770 de 1968, 1393 de 1970 artículo 2o., 1447 de 1971 artículo 1o. y Ley 33 de 1986, limitan al Intra para intervenir en la industria del transporte y le dan las funciones de organización, control y vigilancia de la actividad transportadora, pero en ningún caso lo facultan para intervenir en la construcción o transformación de vehículos.

II.– ACTUACION

Mediante proveído de fecha 23 de noviembre de 1990 (f. 29) se admitió la demanda, se denegó el decreto de suspensión provisional por ausencia de sustentación que respalde la infracción en que se afirma se incurrió con la expedición del acto acusado, y, se ordenó correr traslado del auto admisorio a la Nación –Instituto Nacional del Transporte–.

La Nación –Instituto Nacional del Transporte– se opuso a la prosperidad de las pretensiones excepcionando "ineptitud de la demanda", por cuanto los hechos relacionados por el actor son irrelevantes y se presenta un concepto de violación que no satisface las exigencias del artículo 137 del C.C.A., pues los mismos no demuestran la contradicción del presunto e inexistente acto demandado con las normas enunciadas como transgredidas, además que

el demandante no dio cumplimiento al artículo 139 del C.C.A., al no haber acompañado copia de los actos acusados, y, finalmente, en el *petitum* de la demanda se solicita la nulidad de un acto inexistente cual es el artículo 1o. de la resolución No. 01229 de 1980.

III.– CONCEPTO DE LA FISCALIA

La Fiscal Primera de la Corporación considera que no tiene fundamento la excepción propuesta ya que en cuanto a la fecha del acto acusado se trata de un error mecanográfico. Que no se advierte transgresión de las normas indicadas en la demanda pues el Instituto Nacional del Transporte, de conformidad con el decreto 770 de 1968 y 1393 de 1970, tiene la función de ejecutar la política del Estado en materia de transporte terrestre automotor y las facultades que en dichas disposiciones aparecen no dejan duda de la autorizada injerencia por parte de esta entidad en la actividad transportadora como rectora que es de este servicio vital del desarrollo.

IV.– LA DECISION

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

CONSIDERACIONES:

En primer término compete a la Sala referirse a la excepción de "ineptitud de la demanda" planteada por el Instituto Nacional del Transporte.

No encuentra esta Corporación que asista razón al excepcionante, toda vez que el actor en el capítulo referente al concepto de la violación de las normas citadas, no se limita a expresar el contenido de las mismas sino que indica el alcance del acto acusado frente a dichas disposiciones, lo cual satisface en este aspecto las exigencias del artículo 137 del C.C.A.

Tampoco tiene asidero la afirmación de la demandada en cuanto que a la demanda no se acompañó copia del acto acusado, pues, obra a los folios 1 y 2 del expediente fotocopia autenticada por el Secretario General del Instituto Nacional del Transporte de la resolución No. 01229 de 16 de agosto de 1988, lo que concuerda con lo manifestado por el actor en el capítulo referente a "pruebas y anexos" (fl. 27) de haber acompañado fotocopia de dicho acto con la demanda.

Y, finalmente, en lo tocante a la inexistencia del acto acusado por haberse indicado en el capítulo de "pretensiones" como expedido en el año de 1980, entiende la Sala que evidentemente se trata de un error mecanográfico, pues el acto aportado en los anexos como fundamento probatorio de la

demanda, corresponde a la resolución No. 01229 de 16 de agosto de 1988, además que tanto en el acápite de hechos (f. 24) como en el desarrollo del concepto de la violación (fls. 25 a 27) el actor señala la citada resolución correctamente en cuanto al año de su expedición, lo que no deja duda alguna a la Sala que el acto demandado lo constituye la resolución No. 01229 de 1988, en su artículo 1o.

Por lo anterior, no prospera la excepción propuesta.

En lo que hace relación con los cargos formulados por el actor en su libelo frente al acto acusado que dispuso la suspensión transitoria de las autorizaciones para transformar camiones rígidos de dos ejes a camiones rígidos o articulados de tres ejes, la Sala no observa quebranto de las normas citadas. En efecto:

En virtud de la expedición de la ley 15 de 1959, dictada precisamente en desarrollo de los artículos 30, 32 y 39 de la Constitución Nacional de 1886, se faculta al Gobierno, en representación del Estado, para intervenir en la industria del transporte automotor tanto urbano como en servicio de carreteras para movilización de carga y de pasajeros.

A través del decreto 770 de 1968 se crea el Instituto Nacional del Transporte para que ejecute la política del Estado en materia de transporte terrestre, fluvial y de cabotaje, pudiendo, entre otras funciones determinar, previo estudio, las necesidades del transporte, orientar la racional utilización de los equipos, con el objeto de garantizar la oportuna reposición y actualización del parque automotor, de acuerdo con los planes de desarrollo económico y social.

De otra parte, el Decreto 1393 de 6 de agosto de 1970 "por el cual se expide el Estatuto Nacional del Transporte Terrestre automotor" determina que son objetivos de dicho estatuto los de intervenir en la industria del transporte para su mejor desarrolllo y fijar las normas en relación con actividades afines al transporte, señalándole al Instituto Nacional del Transporte como ejecutor de la política del Estado, las funciones de organización, control y vigilancia de la actividad transportadora.

Además, el artículo 89 del citado estatuto establece:

"Los vehículos, las partes o los repuestos que se importen, ensamblen o fabriquen deberán satisfacer las condiciones mecánicas de comodidad y seguridad que señale el reglamento nacional de tránsito terrestre, ADEMAS DE LOS REQUISITOS ESPECIALES INDICADOS PARA CADA CASO POR EL INSTITUTO NACIONAL DE TRANSPORTE" (se resalta).

Lo anterior significa que el Instituto Nacional del Transporte, en desarrollo de las facultades conferidas en la extensa normatividad que regula la actividad transportadora, no sólo puede intervenir en la industria del transporte, para ejercer el control y vigilancia que le ha sido encomendado, sino en las ACTIVIDADES AFINES, como en este caso, regulando lo relativo a la transformación de camiones de carga teniendo en cuenta las necesidades prioritarias del servicio y las condiciones mecánicas de comodidad y seguridad que éstos ofrezcan, a fin de garantizar en forma eficaz, regular y contínua la prestación del servicio de transporte.

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

FALLA:

1o.– Deniéganse las súplicas de la demanda.

2o.– Devuélvase al demandante la suma de dinero consignada para gastos del proceso, por no haberse utilizado.

Cópiese, notifíquese, comunfquese al Intra y archívese.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ALCALDE MAYOR– Facultades/**CONSEJO DE JUSTICIA DE BOGOTA**

El Alcalde Mayor de Bogotá no estaba facultado para atribuir competencia en segunda instancia de los procesos policivos en organismos o funcionarios diferentes del Consejo de Justicia de Bogotá. Sus atribuciones estaban circunscritas a reglamentar dicho organismo mas no para sustituirlo transitoriamente por otro mientras entraba en funcionamiento.

DECRETA LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto No. 016 de 1990 (enero 22), expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1721. Actor: Jaime Iván Echandía Botero.– Recurso de apelación contra el auto de 17 de mayo de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide de plano el recurso de apelación interpuesto oportunamente por el actor contra el auto de 17 de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que no accedió a suspender provisionalmente el Decreto número 016 de 22 de enero de 1990 "por el cual se prolonga una competencia", expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial (hoy Distrito Capital).

I.– ANTECEDENTES

I.1.– El doctor JAIME IVAN ECHANDIA BOTERO, 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 de Cundinamarca tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto número 016 de 22 de enero de 1990, expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá.

I.2.– El acto acusado es del siguiente tenor:

"... ARTICULO PRIMERO.– Mientras se produzca reglamentación del artículo 464 numeral 4o., del Acuerdo 18 de 1989 –Código de Policía de Bogotá–, los procesos de carácter policivo que a la fecha se encuentren en trámite de Segunda Instancia, continuarán rigiéndose por el procedimiento y competencia anterior a la vigencia del citado Acuerdo.

ARTICULO SEGUNDO.– El presente Decreto rige a partir de la fecha de su expedición...".

I.3.– Como normas violadas se señalaron en la demanda los artículos 2o., 26 y 197 numerales 1o. y 3o. de la Constitución Nacional, 40 de la Ley 153 de 1887, 84 inciso 2o. y 152 inciso 2o. del C.C.A., 240 del C.R.P. y M., 13 del C.P.C., 5o. del C.P.P., 122, 130 y 132 numeral 1o. del C.R.M., 13, numerales 3o., 11, 14 y 15, y 16, numerales 10o. y 14 del Decreto 3133 de 1968, 373 literales a) y c) 374 literal b), 375, 464 numeral 4o. y 466 del Acuerdo número 18 de 1989 (Código de Policía del Distrito Especial de Bogotá).

II.– EL AUTO RECURRIDO

Para denegar la suspensión provisional del acto acusado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el auto de 17 de mayo de 1990 adujo las siguientes consideraciones:

1o.): Es cierto que el Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo 18 de 7 de diciembre de 1989 "Por el cual se expide el Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá", el cual, según su artículo 466, empezó a regir a partir de la fecha de su promulgación –15 de enero de 1990, en que fue publicado en el Registro Distrital número 550– y derogó el Acuerdo 36 de 1962 y las demás disposiciones que le fueron contrarias.

2o.): Es igualmente cierto que el Acuerdo número 18 de 1989 en su artículo 374 literales a) y b) estableció como competencia del Consejo de Justicia de Bogotá el conocimiento de los recursos de apelación, de hecho y el grado jurisdiccional de consulta en los procesos por contravenciones especia-

les de policía, así como de los recursos de apelación y queja en los procesos civiles de policía.

3o.): Así mismo, el Concejo Distrital mediante el artículo 464 numeral 4o. facultó al Alcalde Mayor del Distrito Especial de Bogotá para "Reglamentar lo atinente con el Consejo de Justicia". En ejercicio de estas facultades fue que se expidió el acto acusado –el Decreto número 016 de 22 de enero de 1990–, mediante el cual el Alcalde Mayor dispuso prolongar una competencia, al señalar en su artículo 1o., que mientras que se produjera la reglamentación del mencionado artículo 464 los procesos de carácter policivo que a la fecha se encontraran en trámite de segunda instancia continuaban rigiéndose por el procedimiento y competencia anterior a la vigencia del citado Acuerdo 18.

4o.): El Alcalde Mayor de Bogotá lo que en realidad quiso indicar con el acto acusado fue que el Consejo de Justicia sólo podía asumir su competencia cuando se produjera la reglamentación atinente a ese organismo.

5o.): La facultad otorgada al Alcalde Mayor de Bogotá para reglamentar lo atinente al Consejo de Justicia, en verdad conlleva las medidas orientadas a integrar, dotar de elementos y en general poner en funcionamiento ese organismo, pues no estaba creado con anterioridad a la expedición del Acuerdo 18 de 1989.

6o.): El Consejo de Justicia no podía entrar en funcionamiento de inmediato, es decir, a partir de la vigencia del Acuerdo 18 de 1989, como lo plantea el actor, por dos razones: la primera, por cuanto los actos administrativos sólo se pueden ejecutar a partir de su vigencia; y la segunda, porque para ello se requería que el Alcalde Mayor con base en las facultades otorgadas por el artículo 465 del mismo Acuerdo, con la aprobación de la Junta Asesora y de Contratos, efectuara los traslados o créditos adicionales necesarios para proveer los cargos de Vocales de dicho Consejo, así como la dotación necesaria, todo lo cual necesitaba de un trámite que sólo se podía iniciar a partir de la vigencia del Código de Policía de Bogotá.

7o.): La circunstancia de que el Consejo de Justicia no pudiera entrar en funcionamiento a partir de la vigencia del Acuerdo 18 de 1989 y que, por tanto, no resultara posible que asumiera el conocimiento de los procesos policivos que le asignaba dicho Acuerdo, hace necesario que para establecer si el acto acusado infringió las normas superiores de derecho invocadas en la demanda se requiere de un análisis más profundo que el exigido para el decreto de la medida de suspensión provisional, análisis que debe tener en cuenta la situación antes descrita, así como el contenido de algunas disposiciones que le asignan como atribuciones al Alcalde Mayor de Bogotá, entre ellas, las de "Dirigir y coordinar a las autoridades de policía en el territorio del Distrito..." (artículo 373 literal a) del citado Acuerdo), y las que lo señalan como

Jefe de la administración municipal en el Distrito Especial de Bogotá y lo facultan para "Dirigir la acción administrativa en el distrito" (artículos 15 y 16 numeral 2o. del Decreto 3133 de 1968).

III.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Para expresar su discrepancia con el auto apelado y pedir a esta Corporación su revocatoria el actor arguye, en esencia, lo siguiente:

1o.): No existe congruencia en la argumentación del Tribunal pues del hecho de que fuera muy difícil que el Consejo de Justicia pudiera funcionar a partir de la vigencia del Acuerdo 18 de 1989 por razones tales de que para ello el Alcalde tenía que efectuar los traslados presupuestales necesarios, con la aprobación de la Junta Asesora y de Contratos, no se puede inferir que no hubiese una manifiesta infracción de algunas de las disposiciones invocadas como fundamentos de la nulidad alegada.

2o.): El hecho de que el señor Alcalde Mayor del Distrito tuviera que agotar algunas instancias antes de reglamentar el funcionamiento del Consejo de Justicia, no lo autorizaba para tomarse atribuciones que le estaban vedadas y que correspondían al Consejo de Justicia de Bogotá a partir del 15 de enero de 1990, fecha en que fue publicado y entró en vigencia el Acuerdo número 18 de 1989.

3o.): El artículo 464 numeral 4o. del Acuerdo 18 de 1989 que facultó al Alcalde para reglamentar lo atinente al Consejo de Justicia no se puede entender como una autorización expresa para suspender la competencia de dicho Consejo ni para prorrogar la que pudiera tener el Secretario de Gobierno en el juzgamiento de la segunda instancia en los procesos de policía.

4o.): Según el artículo 373 literal c) del Acuerdo 18 en referencia el poder reglamentario del Alcalde en relación con el Código de Policía de Bogotá es para proveer a la exacta y debida ejecución de sus normas, es decir, en este caso específico para contribuir a la integración y funcionamiento del Consejo de Justicia de Bogotá.

5o.): El artículo 1o. del Decreto 016 de 1990 viola el artículo 374 del Acuerdo 18 de 1989, porque usurpa una competencia que éste le atribuye al Consejo de Justicia, a partir del 15 de enero de 1990, fecha en que entró a regir el mencionado Acuerdo. Tal violación aparece de bulto y surge en forma manifiesta de la comparación de las dos normas.

6o.): El Decreto 016 de 1990 infringió también los artículos 13 del C.P.C. y 5o. del C.P.P., en cuanto estos establecen que la competencia es improrrogable y que las normas que fijan la competencia, la jurisdicción y lo

concerniente a la sustanciación y ritualidad de los procesos se aplicarán desde que entren a regir.

IV.– CONSIDERACIONES DE SALA:

Al analizar detenidamente las censuras que plantea el actor contra el auto que no accedió a decretar la medida precautoria del Decreto acusado, la Sala estima que son atendibles, con base en las siguientes consideraciones:

1o.): El Concejo de Bogotá expidió el Acuerdo número 18 de 7 de diciembre de 1989 (Código de Policía para el Distrito Especial de Bogotá), el cual, según su artículo 466, empezó a regir a partir de su promulgación –el 15 de enero de 1990, en que fue publicado en el Registro Distrital número 550 (folio 21)– y derogó el Acuerdo 36 de 1962 y las demás disposiciones que le fueran contrarias.

2o.): El mencionado Acuerdo 18 en su artículo 374 estableció como competencia del Consejo de Justicia de Bogotá, entre otras funciones, las de: conocer de los recursos de apelación, de hecho y el grado jurisdiccional de consulta en los procesos por contravenciones especiales de policía (literal a); y conocer de los recursos de apelación y queja en los procesos civiles de policía (literal b).

3o.): Como el Consejo de Justicia de Bogotá no existía, el artículo 464 numeral 4o. del mismo Acuerdo, facultó al Alcalde Mayor del Distrito Especial para reglamentar lo atinente a dicho organismo. El artículo 465 siguiente, lo facultó también para que, con la aprobación de la Junta Asesora y de Contratos, efectuara los traslados presupuestales y abriera los créditos adicionales necesarios para proveer los cargos en la Administración Distrital –entre ellos los de Vocales del Consejo de Justicia– y realizara la dotación necesaria de los mismos.

4o.): Del acuerdo con los anteriores preceptos el Alcalde Mayor de Bogotá no estaba facultado para atribuir competencia en segunda instancia de los procesos policivos en organismos o funcionarios diferentes al Consejo de Justicia de Bogotá. Sus atribuciones estaban circunscritas a reglamentar dicho organismo mas no para sustituirlo transitoriamente por otro mientras entraba en funcionamiento.

Someter la segunda instancia de los procesos policivos al procedimiento y competencia anterior a la vigencia del Acuerdo 18 de 1989, como se hizo en el acto acusado, equivalía a revivir el Decreto número 1453 de 6 de octubre de 1986, de la misma Alcaldía Mayor (folio 16), el cual, con apoyo en el artículo 8o. del Acuerdo 36 de 1962, le delegó al Secretario de Gobierno la competencia en segunda instancia de los procesos policivos en el Distrito Especial de Bogotá. El mencionado Decreto 1453, se revivió, pues quedó sin

piso jurídico al ser derogado expresamente por el artículo 466 del Acuerdo 18 de 1989 la norma que le sirvió de fundamento: el Acuerdo número 36 de 1962 (antiguo Código de Policía de Bogotá).

El análisis anterior, permite llegar a la conclusión, que el Decreto contrarió en forma manifiesta las normas acuerdales enunciadas y que el Alcalde Mayor de Bogotá carecía de facultades para asignar transitoriamente la competencia que el artículo 374 del Acuerdo 18 de 1989 había atribuido al Consejo de Justicia de Bogotá, consideraciones que justifican la revocatoria del auto apelado y que se disponga, en su lugar, el decreto de suspensión provisional del acto acusado.

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

RESUELVE:

Revócase el punto 2o. del auto de 17 de mayo de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, se dispone: Decrétase la suspensión provisional del Decreto número 016 de 22 de enero de 1990 "Por el cual se prolonga una competencia", expedido por el señor Alcalde Mayor de Bogotá, Distrito Especial.

Ejecutoriado este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de orígen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 14 de noviembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CONGRESO/COMPETENCIA/LEY MARCO CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA/CONTROL FISCAL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA/FACULTADES EXTRAORDINARIAS– Inexistencia

Siendo función del Congreso dictar las normas orgánicas de la Contraloría General de la República y constituyendo la Ley 6a./71 un ejercicio de la actividad legislativa en las materias aduaneras de que trata el numeral 22 del artículo 76 de la –hoy derogada– Constitución Política, no cabe argumentarse que en dicha ley estén incluidas pautas o lineamientos generales que permitiesen al Ejecutivo dictar disposiciones relativas al ejercicio de la vigilancia y control fiscal, pues en primer término, el marco en ella señalado se refiere de manera exclusiva al desarrollo y puesta en marcha de una política arancelaria y aduanera, además de que en parte alguna de la misma se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tal efecto.

DECLARASE LA NULIDAD de las siguientes disposiciones: artículo 24 del Decreto 2666 de 1984; artículo 336 ibídem, en cuanto deroga los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, y artículo 10 del Decreto 0755 de 1990.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 1423 y 1589. Actor: Contraloría General de la República.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., fueron instauradas ante esta Corporación por la Contraloría General de la República, tendientes a obtener la declaratoria de nulidad de los actos que se expresan a continuación:

I.– ANTECEDENTES

a.– Los actos acusados.

1o.– Expediente No. 1423:

La totalidad del artículo 24 y, parcialmente, el artículo 336 en cuanto deroga los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, contenidos en el Decreto 2666 de 26 de octubre de 1984, "por el cual se revisa parcialmente la legislación aduanera", expedido por el Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico.

El siguiente es el texto íntegro de las normas acusadas:

"Artículo 24.– **Intervención de la Contraloría.**– La actuación de la Contraloría General de la República, dentro del proceso de despacho de las mercancías, se limitará el control numérico de la liquidación, de conformidad con las normas sobre la materia" (f. 7 vto.).

"Artículo 336.– **Normas que se derogan.**– Deróganse los artículos 1o. a 49, 51, 52, 54 a 257, 260 a 399, 407 a 434 de la Ley 79 de 1931, las normas que la modificaron en especial los Decretos 2266 de 1952, 134 de 1972, 471 de 1973, 1238 de 1976, 849, 2156 de 1979, 2999 de 1983, los reglamentos generales de aduana y las demás normas que sean contrarias al presente Decreto" (fl. 7-e).

2o.– Expediente No. 1589:

Artículo 10 del Decreto 0755 de abril 11 de 1990, "por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas", expedido por el Ministro de Gobierno, delegatario de funciones presidenciales, con la firma del Viceministro de Hacienda y Crédito Público, encargado de las funciones del Ministro de Hacienda y Crédito Público, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 10.– Adiciónase el artículo 24 del Decreto 2666 de 1984, con el siguiente parágrafo:

"Parágrafo.– No obstante lo dispuesto en el presente artículo, la intervención de un funcionario de la Contraloría General de la República

en una operación aduanera se efectuará por razones legales y previa resolución motivada en cada caso" (fl. 6 vto.).

b.– Los hechos de las demandas.

Se prescinde de la indicación de los hechos en que se fundamentan las demandas, en atención a que ellos se limitan a hacer referencia a los actos acusados.

c.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

En atención a que en los dos procesos acumulados tanto las normas que se estiman como violadas como el concepto de su violación guardan una absoluta identidad, a continuación se expondrán, en forma resumida, los cargos expresados en una y otra demanda y en los alegatos de conclusión (Exp. No. 1423, fls. 9 a 15 y 336 a 338. Exp. No. 1589, fls. 22 a 29 y 97 a 100).

Primer cargo.– Violación del artículo 20 de la –hoy derogada– Constitución Política, pues la Ley 6a. de 1971 no confirió al Gobierno Nacional la facultad de reglamentar el control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, facultad que por disposición del artículo 76 numerales 1 y 22 de la Carta estaba reservada al Congreso o era de competencia exclusiva del ente fiscalizador, conforme a lo dispuesto por los artículos 13 del Decreto 925 de 1976 y 2o. de la Ley 20 de 1975.

Segundo cargo.– Violación de los artículos 55, 59, 76 numerales 1 y 22 y 120 numeral 22 de la –hoy derogada– Constitución Política, pues el Gobierno Nacional, al dictar los actos acusados, se arrogó facultades legislativas al establecer la forma y el ejercicio del control fiscal, no atribuidas por el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971.

Tercer cargo.– Violación de la Ley 6a. de 1971, pues esta Ley Marco "... en ninguno de sus apartes le confirió (al Gobierno Nacional) la facultad de establecer el régimen de control fiscal o de limitar el ejercicio de éste por parte de la Contraloría General, como lo hizo con el artículo 24 del Decreto 2666 de 1984 (y 10o. del Decreto 0755 de 1990 que lo adiciona) desbordando con ello las reglas estatuídas en dicha ley marco lo que genera la violación de la misma".

Cuarto cargo.– Violación de los artículos 2o. y 44 de la Ley 20 de 1975 y de los artículos 1o. y 13 del Decreto 925 de 1976, pues de estas normas "... se deduce, indudablemente, que es a la Contraloría General de la República, a quien corresponde legal y constitucionalmente determinar la oportunidad, el momento del control fiscal sobre los impuestos aduaneros que se causen por el hecho de la nacionalización de las mercancías importadas mediante reglamentos que a su vez determinarán el sistema a aplicar y las

operaciones administrativas que serán fiscalizadas, con la finalidad de garantizar al Estado la conservación y adecuado rendimiento de sus ingresos".

d.– Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda dentro del expediente No. 1423 y en los alegatos de conclusión presentados en los dos expedientes acumulados, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (Exp. No. 1423, fls. 61 a 68, 95 a 98 y 339 a 340. Exp. No. 1589, fls. 48 a 55 y 92 a 96):

Tanto el Decreto 2666 de 1984, como el Decreto 0755 de 1990, contentivos de las normas acusadas, constituyen Ley en sentido material o Reglamentos Delegados, pues fueron expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad general de competencia consagrada en el ordinal 22 del artículo 120 de la –hoy derogada– Constitución Política, y que el Congreso consagró en las Leyes 6a. de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983. En este sentido ha de entenderse que el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia derivada del ordinal 22 del art. 120 de la Constitución Nacional, dictó normas básicas sobre el régimen de aduanas, las cuales, al incluir los procedimientos para el cobro de los derechos de importación, ubicó dentro de este proceso "... el momento de intervención de la Contraloría General de la República, en el lugar que por su naturaleza le tiene que corresponder: AL PRACTICARSE LA LIQUIDACION" (Exp. No. 1423, fl. 63. Exp. No. 1589, fl. 50).

"Ahora, se dice expresamente que ese control numérico de la liquidación de los derechos a recaudar se hará de conformidad con las normas sobre la materia, con lo cual se reitera que los sistemas o procedimientos para el control fiscal no se interfieren para nada en el Decreto 2666 de 1984" (Exp. No. 1423, fl. 63, Exp. No. 1589, fl. 50).

Por otra parte, si bien el artículo 1o. de la Ley 6a. de 1971 no faculta al Gobierno para dictar normas relativas al control fiscal, no lo es menos que las facultades utilizadas para dictar tanto el Decreto 2666 de 1984 como el Decreto 0755 de 1990 se derivan del artículo 3o. de la citada Ley, y mal puede deducirse, como lo deduce la parte actora, la violación de normas superiores por el mero hecho de que las normas acusadas, lejos de limitar la intervención de la Contraloría en materia aduanera, la garanticen, ubicándola donde razonable y jurídicamente le corresponde.

En lo que respecta a la violación de los artículos 2o. y 44 de la Ley 20 de 1975 y 1o. y 13 del Decreto 925 de 1976, cabe expresar que la parte actora desfigura la realidad, si se tiene en cuenta que ella misma "... reconoce que la potestad reglamentaria que cabe a la Contraloría debe restringirse a la

prescripción de los métodos de contabilidad de la Administración Nacional" (Exp. No. 1423, fl. 66, Exp. No. 1589, fl. 54).

En cuanto a la derogatoria tácita, y no expresa como se afirma en la demanda, de los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, debe tenerse en cuenta que ellos ya habían sido derogados por los actos legislativos números 1o. de 1945 y 1o. de 1968, como lo resolvió la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado desde el 2 de agosto de 1979, fecha en la cual absolvió la consulta formulada por el Ministro de Hacienda y Crédito Público.

e.– La actuación surtida.

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a los procesos se les dió el trámite establecido para los procesos ordinarios, dentro de los cuales merecen destacarse en cada uno de ellos las siguientes actuaciones:

Expediente No. 1423

Mediante providencia de 27 de abril de 1990 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la suspensión provisional de los efectos de los actos acusados (fls. 29 a 35).

Denegada como fue la práctica de pruebas (fl. 106), por auto de 28 de septiembre de 1990 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso las entidades demandante y demandada (fls. 335, 336 a 338 y 339 a 341).

El señor Fiscal Primero de la Corporación rindió el concepto que obra a fls. 343 a 346.

Expediente No. 1589

Por auto de 26 de octubre de 1990 se admitió la demanda, se dispuso darle el trámite correspondiente y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 34 a 40).

No existiendo pruebas que practicar, por auto de 1o. de marzo de 1991 se dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso las partes demandantes y demandada (fls. 92 a 96 y 97 a 100).

El concepto de fondo, emitido por la señora Fiscal Primera de la Corporación aparece visible a fls. 102 a 107.

Mediante providencia de 20 de septiembre de 1991 se dispuso la acumulación del proceso radicado bajo el No. 1423 al radicado bajo el No. 1589 (Fls. 112 a 115).

II.– LOS CONCEPTOS FISCALES

A continuación se presenta, de manera resumida, el concepto emitido por la Fiscalía Primera de esta Corporación en cada uno de los procesos acumulados (Exp. No. 1423, fls. 343 a 346, Exp. No. 1589, fls. 102 a 107).

Expediente No. 1423

De acuerdo con los numerales 27 de los artículos 76 y 120 de la –hoy derogada– Constitución Nacional, corresponde al Congreso en materia de aranceles y aduanas fijar directrices de la respectiva política y sus principios sustanciales, mediante "leyes cuadro", las cuales son consideradas por la Corte Suprema de Justicia como autorizaciones permanentes al Gobierno para que éste desarrolle dicha política, con la oportunidad y flexibilidad que las circunstancias lo demanden.

> Agrega que "no otra cosa es lo que trasunta del decreto ahora demandado como que el mismo se limitó a señalar la oportunidad de la intervención de la Contraloría General de la República y sin que, por otra parte, la normatividad como presuntamente violada mande situación distinta. Y para finiquitar este punto atinente al artículo 24 aquí demandado se verifica al folio 73 del proceso, como el decreto No. 755 de abril 11 de 1990, 'por el cual se modifica parcialmente el régimen de aduanas', adiciona este artículo en el sentido de determinar que la cuestionada intervención de la Contraloría General de la República deberá efectuarse cuando la ley lo ordene, o sea que es intervención no específica y concreta sino amplia y extensa hasta donde la misma ley lo señale".

Por lo anterior, considera la Fiscalía, no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

Expediente No. 1589

La norma acusada fue expedida por el Presidente de la República en ejercicio de la competencia que le asigna el ordinal 22 del artículo 120 de la –hoy derogada– Constitución Nacional, y en desarrollo de leyes contentivas de los lineamientos generales a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76 de la misma Carta Fundamental.

Examinadas las normas legales en que se sustente el acto acusado, se constata que ninguno de tales Estatutos autoriza al Gobierno "... para reglamen-

tar materias distintas de las enunciadas en el ordinal 22 del artículo 120 de la –hoy derogada– Constitución Nacional, como es el ejercicio de la gestión fiscal, ni para modificar o derogar las leyes pertinentes".

Si de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico compete a la Contraloría ejercer, de conformidad con la ley, el control al fiscal adecuando sus sistemas a las necesidades del servicio, el Gobierno carece de competencia para trazarle límites o condicionar su tarea fiscalizadora.

En consecuencia, considera la Fiscalía que debe declararse la nulidad de la norma demandada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La controversia planteada en las demandas que dan lugar al presente fallo se centra en la presunta falta de competencia del Gobierno Nacional para expedir los actos impugnados, por cuanto la parte actora considera que normas de tal naturaleza sólo puede dictarlas el Congreso o son de competencia de la Contraloría General de la República.

Para efecto del análisis correspondiente, se procederá, en primer lugar, a describir las normas que consagran las facultades de que hizo uso el Gobierno Nacional para expedir los Decretos 2666 de 1984 y 0755 de 1990, los cuales contienen los actos acusados, de la siguiente manera:

1.– Decreto 2666 de 1984

La parte enunciativa de este Decreto 2666 de 1984 dice expresamente: "El Presidente de la República de Colombia, *en uso de sus facultades constitucionales, en especial a la concedida por el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Nacional, y con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 y las leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983,* oído el concepto del Consejo Nacional de Zonas Francas, y CONSIDERANDO: ..." (Las subrayas son de la Sala).

De conformidad con el artículo 120-22 de la Constitución Política, *"Corresponde al Presidente de la República* como Jefe del Estado y suprema autoridad administrativa: (...) 22) Organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio, *regular* el cambio internacional y *el comercio exterior y modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas, con sujeción a las reglas previstas en las leyes a que se refiere el ordinal 22 del artículo 76".* (Se ha destacado).

A su turno, expresa el numeral 22 del canon 76 de la Carta: *"Corresponde al Congreso* hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: (...) 22) *Dictar las normas generales a las cuales deba sujetarse*

el Gobierno para los siguientes efectos; (...) regular el cambio internacional y *el comercio exterior; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".* (Subrayas fuera del texto).

Por su parte, las leyes 6a. de 1971, 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983 expresan en su encabezamiento o parte enunciativa lo siguiente, en su orden:

Ley 6a. de 1971 (septiembre 16): "por la cual se dictan *normas generales, a las cuales debe sujetarse el gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".*

Ley 67 de 1979 (Diciembre 26): "por la cual se dictan las *normas generales a las que deberá sujetarse el Presidente de la República para fomentar las exportaciones a través de las sociedades de comercialización internacional y se dictan otras disposiciones para el fomento del comercio exterior".*

Ley 49 de 1981 (mayo 14): "Por la cual se aprueba el 'Protocolo de Adhesión de Colombia al Acuerdo General sobre aranceles aduaneros y comercio', hecho en Ginebra el 28 de noviembre de 1979".

Ley 48 de 1983 (diciembre 20) "por la cual se expiden *normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular aspectos del comercio exterior colombiano"* (Las subrayas son de la Sala).

El artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971, preceptúa lo siguiente: *"Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, el esquema del Código Aduanero Uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente,* y en especial la Ley 79 de 1931" (Se ha resaltado).

2.– Decreto 0755 de 1980

La parte enunciativa del decreto 0755 de 1990 expresa: "El Ministro de Gobierno de la República de Colombia, delegatario de funciones presidenciales, en desarrollo del Decreto 676 del 28 de marzo de 1990 y en uso de sus facultades constitucionales, en especial de la conferida por el ordinal 22 del artículo 120 de la Constitución Política, y con sujeción a las pautas señaladas en el artículo 3o. de la Ley 6a. de 1971 y la Ley 48 de 1983,...".

La reseña de las normas citadas en este Decreto ya fue hecha en el numeral que antecede, a excepción del Decreto 676 de 1990, respecto del cual basta señalar que mediante él el Presidente de la República delegó algunas

funciones constitucionales en el Ministro de Gobierno, durante el tiempo que durase su ausencia del país.

Trazados como se encuentran los lineamientos generales, tanto constitucionales como legales, en que el Gobierno Nacional fundamentó su competencia para expedir los actos acusados, procede la Sala, en segundo lugar, a referirse en concreto a la naturaleza jurídica de la Ley 6a. de 1971 y a las facultades que respecto de ella se ejercitaron en desarrollo del ordinal 22 del artículo 120 de la –hoy derogada– Constitución Política y luego, dado el caso, se realizará el mismo estudio en relación con las demás normas de orden legal en que se basan los Decretos arriba referenciados.

A partir de la Reforma Constitucional de 1968, y de conformidad con el numeral 22 del artículo 76 de la –hoy derogada– Constitución Política, corresponde al Congreso dictar las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno, entre otros aspectos, para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

A través de este mecanismo, el Constituyente de 1968 buscó procurar o dotar al sistema jurídico colombiano de un sistema ágil para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas y que, dada su naturaleza, no pueden dar tregua a que se surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria y, además, evitar la frecuente y en veces excesiva utilización del numeral 22 del artículo 76 de la misma Carta, de tal manera que con base en las leyes expedidas con fundamento en esta última norma, el ejecutivo tuviera una facultad reglamentaria ampliada que le permitiera enfrentar aquellas situaciones.

En este orden de ideas se tiene que la Ley 6a. de 1971 buscó el mencionado efecto, al dictar "... normas generales, a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", lo cual se reafirma en su artículo 3o. cuando expresa que "Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar..., *con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931*" (Subraya la Sala).

Esta clase de leyes, que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "Leyes-Cuadro" se caracterizan por su generalidad, entendida ésta en relación con la correlativa facultad que el numeral 22 de la misma Constitución otorga al Presidente de la República para dictar las normas que las desarrollen y apliquen.

Otro aspecto importante que vale la pena resaltar de la Ley 6a. de 1971 es el que tiene que ver con la derogatoria tácita de "... las demás disposiciones contrarias a la presente Ley", contenida en su artículo 4o. Mediante ella

ha de entenderse que se dejan sin efecto las disposiciones que contraríen aquellas modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas y que guarden directa relación con las pautas generales trazadas al Gobierno.

Ahora bien, si al Gobierno Nacional se le asignó la cláusula general de competencia para modificar no sólo los aranceles y tarifas sino las "... demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas" y la de "... revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931", a fuerza ha de concluirse que la capacidad legal de éste tenía y sigue teniendo como límite aquellas materias que directa e inescindiblemente estén relacionadas con la actividad administrativa aduanera, mas en momento alguno comprenda la de introducir modificaciones a otras que no obstante tener relación con dicha operación, están reguladas por normas de carácter constitucional y legal especiales y perfectamente diferenciadas, tal como es el caso del control fiscal que sobre la actividad administrativa ejerce la Contraloría General de la República.

En efecto, siendo función del Congreso dictar las normas orgánicas de la Contraloría General de la República y constituyendo la Ley 6a. de 1971 un ejercicio de la actividad legislativa en las materias aduaneras de que trata el numeral 22 del artículo 76 de la –hoy derogada– Constitución Política, no cabe argumentarse que en dicha Ley estén incluidas pautas o lineamientos generales que permitiesen al Ejecutivo dictar disposiciones relativas al ejercicio de la vigilancia y control fiscal, pues en primer término, el marco en ella señalado se refiere de manera exclusiva al desarrollo y puesta en marcha de una política arancelaria y aduanera, además de que en parte alguna de la misma se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias para tal efecto.

Considera la Sala, adicionalmente, que la forma tan amplia como se redactaron en el texto de la Ley 6a. de 1971, las pautas o lineamientos generales arriba anotados, con fundamento en los cuales el Gobierno puede modificar el arancel, incluyendo aquellas materias que tienen que ver con la legislación aduanera, se debió al tránsito constitucional que para la época recién se había operado, consistente en que antes de la reforma de 1968 las normas aduaneras en todos sus detalles, habían sido expedidas por el Congreso y a que desde hacía 38 años gobernaba al país en dicho aspecto la Ley 79 de 1931, la cual había sido objeto de múltiples modificaciones inconexas y a veces contradictorias.

Por otra parte, habiéndose procedido por la Sala a la atenta lectura de las Leyes 67 de 1979, 49 de 1981 y 48 de 1983, citadas también como fundamento de los Decretos 2666 de 1984 y 0755 de 1990, constata que ninguna de ellas autoriza al Gobierno para reglamentar la intervención de la Contraloría General de la República en cualquier clase de operación aduanera, así como tampoco para modificar o derogar leyes sobre esta materia.

Respecto de esta última, es decir, de la derogatoria que el artículo 336 del Decreto 2666 de 1984 hace de los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931, la Sala considera que dentro del marco expuesto es evidente la ilegalidad de dicha disposición, así pueda afirmarse que dichos preceptos legales ya se encontraban derogados, como lo concluyó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación en concepto del 2 de agosto de 1979 (Radicación No. 1301, Consejero Ponente: Doctor Jaime Betancur Cuartas, Anales Nos. 463 y 464, 2o. Semestre 1979, págs. 15 y ss).

Corolario de lo anterior es que el Gobierno Nacional, al regular mediante los actos acusados aspectos que tienen que ver con la gestión de vigilancia y control fiscal que compete a la Contraloría General de la República, excedió el marco y los límites trazados por la Ley 6a. de 1971 y, como consecuencia de ello, incurrió en la violación de los artículos 20, 55, 76 numeral 22 y 120 numeral 22 de la anterior Constitución Política que, además de otras normas, fueron citadas como violadas en la demanda, razón suficiente para que esta Corporación declare su nulidad.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero.– DECLARASE la nulidad del artículo 24 del Decreto 2666 de 1984.

Segundo.– Declárase la nulidad del artículo 336 del Decreto 2666 de 1984, en cuanto deroga los artículos 245, 246 y 247 de la Ley 79 de 1931.

Tercero.– Declárase la nulidad del artículo 10o. del Decreto 0755 de 1990.

Cuarto.– En firme esta providencia, 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 veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz; Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

NACIONALIZACION DE LA BANCA/BANCO DEL ESTADO– Nacionalización/**SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA**

Siendo el decreto acusado, un desarrollo del D.L. 2920/82, y habiendo encontrado la Corte Suprema de Justicia ajustado este último a los artículos 30 y 12 de la Constitución vigente en ese momento, desde el punto de vista de su contenido general no puede afirmarse que el decreto demandado sea violatorio de las citadas normas constitucionales. A su vez, por las mismas razones aducidas por la Corte en relación con la figura de la nacionalización, la Sala considera que de allí resulta una sociedad del Estado con los particulares como consecuencia de una conversión o transformación que si bien es excepcional y sometida a un régimen diferente del de las sociedades tradicionales en las cuales predomina la voluntad de los socios originales para decretarla, no por ello puede afirmar que dicha transformación sea violatoria del artículo 44 de la anterior Constitución.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 261. Actor: Grupo Financiero del Estado.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la Sociedad GRUPO FINANCIERO DEL ESTADO S.A., en ejercicio de la acción de nulidad que consagraba el artículo 66 de la Ley 167 de 1941, hoy artículo 84 del C.C.A., contra el Decreto Ejecutivo Nacional No. 1258

de 29 de abril de 1983, expedido por el Presidente de la República, con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura, Desarrollo Económico y Minas y Energía.

I.– ANTECEDENTES

a.– El acto acusado

Es el Decreto Ejecutivo Nacional No. 1258 de 29 de abril de 1983 expedido por el Presidente de la República, por medio del cual se aprobaron los estatutos del Banco del Estado, contenidos en el Acuerdo No. 007 del 10 de marzo de 1983, expedido por la Junta Directiva del citado Banco, en cuarenta y cinco artículos (fls. 19 a 33).

b.– Los hechos de la demanda

El actor se limita a individualizar el acto acusado, a solicitar su declaratoria de nulidad y a identificar el Diario Oficial en que fue publicado (fl. 2).

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 expresadas en la demanda (fls. 3 a 18), así:

Primer concepto.– Violación de los artículos 12 y 44 de la Constitución Nacional, por cuanto el Decreto que aprueba los estatutos de la sociedad de economía mixta denominada "Banco del Estado" determina que existe una participación del Estado y de los particulares en un porcentaje de capital mínimo, pero en ninguna parte del estatuto se encuentra la expresión manifiesta de los particulares de conformar con el Estado este tipo de sociedad, desconociendo así la libertad que tienen las personas para asociarse en actividades con ánimo de lucro o de utilidad común.

Segundo concepto.– Violación del artículo 76 numeral 10 de la Constitución Nacional, por cuanto los Estatutos del Banco del Estado, aprobados por el decreto en cuestión, son estatutos básicos que consagran la capacidad, representación, naturaleza jurídica, formación del patrimonio, vinculación y objeto de una sociedad de economía mixta, cuya aprobación corresponde al Congreso Nacional y no al Ejecutivo Nacional, ni mucho menos a una junta directiva, pues tratándose del Banco del Estado, no se ha producido ninguna reforma de estatutos, sino una constitución de una sociedad, por lo que le es aplicable al artículo 76 nu. 10 ibíden y no el Decreto 2920 de 1982.

Tercer concepto.– Violación del artículo 30 de la Constitución Nacional, ya que el Banco del Estado era una sociedad privada de naturaleza co-

mercial con aportes de capital de personas particulares entre cuyos accionistas figura la parte actora, y en los estatutos del Banco no se reconoce la propiedad accionaria que los particulares tenían de dicho Banco.

Cuarto concepto.— Violación del artículo 207 de la Constitución Nacional y violación indirecta del artículo 76 num. 11 ibídem, ya que el artículo 6o. de los estatutos, al preceptuar que la Nación ha pagado y suscrito al Banco del Estado la suma de $5.173.616.600.00 con el producto resultante de la asunción de la deuda que tenía el citado banco en el Banco de la República el 9 de octubre de 1982, para capitalizar en sociedades de economía mixta, está disponiendo de los créditos del Banco Emisor para convertirlos en aportes de capital en sociedades particulares, desconociendo así normas que regulan el manejo del presupuesto nacional, y además, al asumir el Estado la deuda que un banco particular tiene contraída con el Banco de la República, no solo la Nación debe contratar con el Banco Emisor las condiciones para el pago de la obligación que asume, sino que la misma debe estar contemplada dentro del presupuesto respectivo.

Quinto concepto.— Violación del artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968, puesto que el artículo 1o. de los estatutos determina que el Banco del Estado es una sociedad de economía mixta según lo dispuesto en el Decreto 2920 de 1982 y Resolución Ejecutiva No. 203 del mismo año, pero en ninguna parte de dichas normas se autoriza al Presidente de la República ni a las juntas directivas, la creación de sociedades de economía mixta, sino que en ellos se establece la "nacionalización" que no es sino una manera de "administrar" una institución financiera.

Sexto concepto.— Violación del artículo 5o. del Decreto 130 de 1976, teniendo en cuenta que en el artículo 6o. de los Estatutos se determinan los aportes del Estado en la sociedad de economía mixta Banco del Estado, pero no se precisa la proporción de la participación de los particulares y el Estado ni tampoco la intención de los creadores.

Séptimo concepto.— Señala el actor como violado el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 por cuanto el estatuto aprobado por el Decreto cuya nulidad se demanda omite la clasificación de los servidores del Banco del Estado entre trabajadores oficiales y empleados públicos y no define cuáles son los funcionarios de confianza y manejo.

Octavo concepto.— Violación del artículo 110 en consonancia con el artículo 468 del C. de Co., ya que los estatutos aprobados por el Ejecutivo Nacional no cumplen las disposiciones del C. de Co. en cuanto al nombre de las personas particulares, su domicilio, documento de identificación etc., que forzosamente el Estado ha asociado.

d.– Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión, la parte demandada, en este caso integrada por el Ministerio de Agricultura y el Banco del Estado, expresan, en síntesis, los siguientes argumentos (fl. 167 a 178 y 224 a 231):

1.– El Ministerio de Agricultura se opuso a la prosperidad de las pretensiones teniendo en cuenta que el Decreto impugnado tuvo como orígen una declaratoria de estado de emergencia económica en cuyo desarrollo fue expedido el Decreto 2920 de 1982 "por el cual se dictaron normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano". Que, además, la creación de entidades descentralizadas está expresamente atribuida a la ley por la Constitución Política, entre las cuales están las sociedades de economía mixta e igualmente corresponde al Gobierno en circunstancias especiales, dictar decretos con fuerza de ley que puedan dar surgimiento a este tipo de entes públicos.

Y, finalmente, que la nacionalización no es una creación de empresas de economía mixta, sino una conversión que constituye una de las formas de surgimiento de los entes descentralizados que tienen como consecuencia una convención entre el Estado y los particulares que le permiten a aquél adquirir empresas de propiedad de los particulares a través de las normas del derecho privado.

2.– El Banco del Estado argumenta ineptitud de la demanda por sustracción de materia toda vez que los estatutos aprobados por el decreto acusado han padecido sucesivas modificaciones que a su vez han sido aprobadas por otros decretos posteriores, lo que hace que el Decreto 1258 de 1983 ya no exista como regla de derecho vigente.

Que el decreto demandado es el resultado indirecto de los Decretos Legislativos 2919 y 2920 de 1982 y consecuencia inmediata de la Resolución Ejecutiva No. 203 de octubre 9 de 1982, por lo que se está en presencia de un acto administrativo complejo que ha debido ser demandado en su integridad, lo que impone un pronunciamiento inhibitorio.

Que, en relación con los cargos esgrimidos, en virtud de la declaratoria de estado de emergencia, el ejecutivo actúa como sustituto del Congreso en materias económicas, y que, además, la Corte Suprema de Justicia declaró exequible el Decreto 2920 de 1982 con base en el cual se produjo la nacionalización del Banco del Estado, por lo que resulta inocuo todo lo que se arguya en torno a la inconstitucionalidad o no de los actos y operaciones por los que se llevó a cabo dicha nacionalización.

e.– La actuacion surtida

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

Por auto de fecha 30 de septiembre de 1983 se admitió la demanda y en consecuencia se ordenó darle el trámite correspondiente (fl. 34).

No obstante haberse surtido todas las etapas procesales, en virtud de los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, el proceso que se encontraba para fallo fue destruido, por lo que en razón de la solicitud que obra a los folios 68 a 71, esta Corporación decretó la reconstrucción del mismo, por auto de fecha 20 de octubre de 1987 visible al folio 133.

Mediante providencia de fecha 16 de enero de 1989 (fls. 141 a 143) se ordenó notificar el auto admisorio de la demanda de fecha 30 de septiembre de 1983 al Fiscal Primero de la Corporación y a la parte demandada integrada por los Ministros de Hacienda y Crédito Público, Agricultura, Minas y Energía, lo mismo que al representante legal del Banco del Estado, como consecuencia de haberse declarado la nulidad procesal a partir de la notificación de aquél proveído, por no haberse vinculado al proceso al Banco del Estado, en virtud de incidente propuesto por el Fiscal Primero de esta Corporación y el mandatario judicial de la citada entidad bancaria.

Por auto de fecha 11 de mayo de 1990 visible al folio 181 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron como tales las solicitadas por el Banco del Estado.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, hicieron uso de este derecho los mandatarios judiciales del Ministerio de Agricultura y del Banco del Estado (fl. 224 a 231).

II.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera que debe prosperar la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda ya que el acto acusado que aprueba los estatutos del Banco del Estado, es un acto administrativo que surgió a la vida jurídica indirectamente por los Decretos 2919 y 2920 de 1982 y Resolución Ejecutiva No. 203 del mismo año, por lo que el Decreto 1258 de 1983 es pues, un acto administrativo accesorio, reglado y complejo de contenido jurídico personal y concreto. Que sinembargo, de no acogerse esta excepción, no asiste razón a la parte demandante en los cargos formulados en la demanda, por lo que deben denegarse las pretensiones de la misma (fls. 233 a 236).

III.– CONSIDERACIONES DEL CONSEJO DE ESTADO

Concierne a la Sala en primer término referirse a las excepciones de inepta demanda propuestas por la demandada Banco del Estado y por el señor Agente del Ministerio Público, las cuales fundamentan así:

1.– Sustracción de materia, por cuanto los estatutos aprobados por el Decreto acusado han padecido sucesivas modificaciones que a su vez han sido aprobadas por otros decretos posteriores, lo que hace que el Decreto 1258 de 1983 ya no exista como regla de derecho vigente.

2.– El decreto demandado es el resultado indirecto de los Decretos Legislativos 2919 y 2920 de 1982 y consecuencia inmediata de la Resolución Ejecutiva No. 203 de 1982, por lo que se está en presencia de un acto administrativo complejo que ha debido ser demandado en su integridad, lo que impone un pronunciamiento inhibitorio.

En lo referente a la excepción de inepta demanda por sustracción de materia, la Sala, acogiendo la tesis sostenida por la Sala Plena de esta Corporación en la providencia de 14 de enero de 1991, expediente S–157, Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, considera que a pesar de las modificaciones que ha sufrido el decreto en estudio, que según la demandada hacen que ya no exista como regla de derecho vigente, se hace necesario proferir pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad del mismo.

En efecto, dijo esta Corporación en el fallo referido:

> "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 lo anterior, la excepción planteada en cuanto a la sustracción de materia no tiene asidero y por lo mismo no puede prosperar.

En lo que respecta a la excepción de inepta demanda por tratarse el acto acusado de un acto complejo que ha debido demandarse en su integridad, la Sala hace las siguientes precisiones:

a) En términos generales la jurisprudencia y la doctrina, al referirse al acto complejo, han dicho que este es una manifestación de la voluntad estatal, formada por pronunciamientos sucesivos de dos o más autoridades administrativas, obra de diversas etapas que la ley ha previsto para la conformación de la voluntad administrativa, que constituyen una unidad jurídica y que requieren unidad de acción de control.

b) En el evento *sub lite*, los Decretos 2919 y 2920 de 1982 al igual que la Resolución Ejecutiva No. 203 de 1982 son cada uno de ellos ACTOS SIMPLES, que aunque guardan íntima relación con el estado de emergencia económica que dió lugar a la nacionalización del Banco del Estado, no por ello pierden su naturaleza de tales, pues cada uno posee existencia jurídica propia e independiente.

c) Los decretos dictados en virtud de la emergencia económica no constituyen una aplicación o ejecución de ninguna ley, se sitúan en el mismo nivel jerárquico de las leyes del Congreso y la Constitución de 1886 (art. 118, ord. 8o. y 122), así como la nueva Carta Política (art. 215), les atribuyen "fuerza legislativa" y los someten a la competencia de los órganos encargados del control constitucional, por lo cual están excluidos de la competencia de esta jurisdicción. Por lo mismo, no puede pretenderse que su control se realice conjuntamente con el decreto demandado en este proceso, que es de carácter administrativo y cuyo control sí corresponde a esta jurisdicción.

Por consiguiente, no prospera la excepción planteada.

El apoderado del Banco del Estado menciona igualmente, en la contestación de la demanda (fl. 177), la excepción de "carencia de causa para pedir", sin hacer ninguna sustentación de ella, por lo cual la Sala se abstendrá de considerarla.

De otra parte, para efectos del análisis de los cargos y del consiguiente estudio de fondo del asunto, la Sala considera necesario tener presente los siguientes aspectos:

1o.– El acto acusado, Decreto 1258 del 29 de abril de 1983, fue expedido como culminación de un proceso normativo de carácter excepcional que se inició con la expedición del Decreto Legislativo 2919 del 8 de octubre de 1982, por el cual se declaró el estado de emergencia económica en todo el territorio nacional, en aplicación del artículo 122 de la Constitución Política entonces vigente.

2o.– En desarrollo de la citada declaración del estado de emergencia económica, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 2920 de 1982 "por el cual se dictan normas para asegurar la confianza del público en el sector financiero colombiano". Este decreto fue objeto del control auto-

mático de constitucionalidad que consagraba el artículo 122 de la anterior Carta Política, por parte de la H. Corte Suprema de Justicia, la cual, mediante sentencia del 2 de diciembre de 1982 (Proceso No. 1001–113 E), lo declaró exequible con excepción de una parte del literal c) del artículo 6o. y una palabra del artículo 10.

3o.– El artículo 5o. del citado Decreto 2920 de 1982 establece que el Presidente de la República podrá decretar por Resolución Ejecutiva la nacionalización de cualquier institución financiera, cuando se presenten las causales previstas en el mismo artículo.

4o.– Fue así como por Resolución Ejecutiva No. 203 de 1982 el Presidente de la República dispuso la nacionalización del Banco del Estado, en cuyo artículo 7o. se expresó:

> "Cuando el Gobierno integre la nueva Junta Directiva del Banco del Estado, ésta procederá a modificar los Estatutos de la entidad, de manera que reflejen su nueva naturaleza jurídica, con arreglo a la clasificación establecida por los Decretos 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976. El Banco estará vinculado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Además, debe tenerse en cuenta que esta disposición ya estaba contenida en el artículo 14 del Decreto Legislativo 2920 de 1982, del cual es casi que una transcripción textual.

5o.– En desarrollo de las normas anteriores, la Junta Directiva del Banco del Estado expidió el Acuerdo No. 007 de 10 de marzo de 1983, contentivo de los estatutos de dicha entidad, el cual, a su vez, fue aprobado por el Decreto Ejecutivo No. 1258 del 29 de abril de 1983, que es el acto acusado en este proceso.

Contra este último acto se plantean los cargos ya identificados en el acápite correspondiente de esta sentencia, a los cuales procede a referirse la Sala a través de las siguientes consideraciones y teniendo en cuenta los antecedentes citados:

EN RELACION CON EL PRIMER Y TERCER CONCEPTO DE VIOLACION.– Consisten estos cargos en ser el acto acusado violatorio de los artículos 12, 30 y 44 de la Constitución Nacional de 1886, por cuanto el Decreto que aprueba los estatutos determina que existe una participación del Estado y de los particulares en un porcentaje de capital mínimo, pero en ninguna parte del estatuto se encuentra la expresión manifiesta de los particulares de conformar con el Estado este tipo de sociedades, desconociendo así la libertad que tienen las personas para asociarse en actividades con ánimo de lucro o de utilidad común, además de que el Banco del Estado era

una sociedad privada de naturaleza comercial con aporte de capital de personas particulares y en sus estatutos no se reconoce la propiedad accionaria que los particulares tenían en dicho Banco, por lo cual serían inconstitucionales, en particular, los artículos 6o. y 8o. del acto demandado.

En relación con estos ataques, la Sala reitera que el decreto acusado es un desarrollo del Decreto Legislativo 2920 de 1982, dentro del marco de un estado excepcional de emergencia económica. En concordancia con lo anterior, al examinar la constitucionalidad del mencionado decreto dijo la Corte en la ya citada sentencia del 2 de diciembre de 1982:

> "Por otra parte y para precisar aún más los contornos jurídicos de dicha nacionalización, deben mencionarse algunas de las consecuencias vinculadas por el Decreto No. 2920 a la realización de la misma, consecuencias que por lo demás y en su condición de tales, frente al respectivo juicio de constitucionalidad, deberán seguir la misma suerte de aquélla. En efecto, vale destacar entre tales consecuencias: el derecho del Presidente a nombrar el representante legal de la empresa, artículo 6o., literal a); la pérdida por parte de los particulares del derecho a participar en la administración de la institución, artículo 6o., literal c); el rechazo del cumplimiento de obligaciones adquiridas en favor de administradores o accionistas o de personas estrechamente vinculadas con ellos, artículo 6o., literal e); la posibilidad del Gobierno de asumir la totalidad de las obligaciones respectivas, artículo 7o.; la adquisición en ciertos casos de las acciones de los particulares por parte del Estado, artículo 12 y finalmente la venta de tales acciones por el mismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 13, con lo cual en este último caso se da lugar a lo que podría llamarse la "desnacionalización" de las instituciones que hayan sido objeto de tales medidas.
>
> "En los términos anteriores puede en consecuencia definirse la nacionalización prevista en el Decreto 2920 como la toma de posesión de una entidad crediticia en estado de falencia, financiada con recursos externos a los del establecimiento intervenido y de origen oficial, para lograr así la supervivencia y evitar la desaparición de la entidad, cuya naturaleza por razón del aporte estatal, puede pasar del campo de la actividad privada al sector oficial de la economía.
>
> "Se trata por tanto de una nueva figura jurídica, autónoma e independiente cuyo contenido y características permiten diferenciarla claramente, tanto de la confiscación como de la expropiación según el alcance de éstas, adecuadamente precisado en la primera parte de esta providencia, en razón de lo cual no encuentra la Corte que pueda predicarse de la misma la inconstitucionalidad alegada por los impugnantes.

"Es dable concluir, en consecuencia, que no existe fundamento alguno para calificar como inconstitucional la nacionalización prevista por el decreto que se revisa. Antes bien, es racional y válido considerar que su naturaleza resulta claramente compatible con la Constitución y, en especial, con lo dispuesto acerca de la propiedad y de la libertad de empresa en los artículos 30 y 32 de la misma, en conexión con las facultades presidenciales que consagra el artículo 122.

"Igual cosa cabe predicarse de lo dispuesto en el artículo 12 del decreto, al tenor del cual, realizada la nacionalización, se dispone que el Estado "podrá adquirir las acciones que las personas jurídicas de carácter privado o las personas naturales" posean en las instituciones financieras que hayan sido objeto de aquélla, norma ésta cuya constitucionalidad ha sido impugnada igualmente por quienes han intervenido en el proceso.

"Nada sin embargo dentro del contexto del artículo en cuestión, ni de los demás en alguna forma relacionados con él, permite concluir que el propietario de las acciones se encuentre en la obligación de vender al Estado las acciones correspondientes. Por el contrario aquellos tienen la opción de hacerlo o no, de acuerdo con los diversos parámetros consagrados en el decreto para determinar el valor de las acciones. Se trata por lo tanto de un auténtico negocio jurídico, de un acuerdo realizable entre el Estado y el propietario, todo lo cual impide de manera absoluta que dicha negociación se pueda considerar como expropiación o como confiscación al tenor de lo expresado anteriormente".

Dentro del marco de la jurisprudencia anterior la Sala encuentra que siendo el decreto acusado, como ya se ha reiterado, un desarrollo del Decreto Legisltivo 2920 de 1982, y habiendo encontrado la Corte Suprema de Justicia ajustado este último a los artículos 30 y 12 de la Constitución vigente en ese momento, desde el punto de vista de su contenido general no puede afirmarse que el decreto demandado sea violatorio de las citadas normas constitucionales.

A su vez, por las mismas razones aducidas por la Corte en relación con la figura de la nacionalización en los apartes transcritos y en otros de la misma sentencia, la Sala considera que de allí resulta una sociedad del Estado con los particulares como consecuencia de una conversión o transformación que si bien es excepcional y sometida a un régimen diferente del de las sociedades tradicionales en las cuales predomina la voluntad de los socios originales para decretarla, no por ello pueda afirmarse que dicha transformación sea violatoria del artículo 44 de la anterior Constitución.

En lo que respecta a la posible inconstitucionalidad específica de los artículos 6o. y 8o. del decreto acusado, en cuanto implicarían el desconoci-

miento de la propiedad accionaria que los particulares tenían en el Banco, la Sala tampoco la encuentra por la sencilla razón de que si bien en dichos artículos no se identifican los accionistas particulares, el artículo 8o. sí reconoce su existencia al referirse a las acciones de clase "B" y el artículo 10o. prevé que "el Banco llevará un libro de registro de accionistas, inscrito en la Cámara de Comercio de su domicilio principal, en el cual se anotará el nombre, razón o denominación social, nacionalidad, domicilio o identificación del accionista, número de acciones de que sea titular cada socio, así como las fechas de las transferencias y limitaciones al dominio y los embargos judiciales que se relacionen con ellas".

Por lo anterior, no prosperan los citados cargos.

EN RELACION CON EL SEGUNDO CONCEPTO DE VIOLACION.– Considera la Sala que dada la naturaleza excepcional de la figura de la nacionalización, el estatuto básico de las sociedades resultantes de aquella figura está contenido precisamente en el Decreto 2920 de 1982, que es de carácter legislativo y que, por consiguiente, reemplaza la voluntad del Congreso a que se refiere el numeral 10 del artículo 76 de la antigua Carta en virtud de las características propias de los decretos de emergencia económica, junto con la Resolución Ejecutiva No. 203 de 1982, por lo cual no puede pretenderse violada la citada norma constitucional.

De tal manera que para la Sala es claro que los estatutos contenidos en el Acuerdo 007 de 1983, aprobados por el decreto acusado, no son el estatuto básico del Banco del Estado, como entidad nacionalizada, sino apenas el desarrollo de las normas, ellas sí constituyentes del estatuto básico, contenidas en el Decreto Legislativo 2920 de 1982 y la Resolución Ejecutiva 203 del mismo año.

Por lo tanto, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL CUARTO CONCEPTO DE VIOLACION.– Presunta violación de los artículos 207 y 76 numeral 11 de la Constitución, por parte del artículo 6o. de los estatutos, al establecer que la Nación ha pagado y suscrito al Banco del Estado la suma de $5.173.616.600.oo con el producto resultante de la asunción de la deuda que tenía el citado banco en el Banco de la República el 9 de octubre de 1982. Para la Sala este cargo tampoco puede prosperar, por cuanto la citada norma de los estatutos aprobados por el decreto acusado es simple y llanamente la aplicación de lo previsto en los artículos 7o., 8o., 9o., 10 y 11 del Decreto Legislativo 2920 de 1982 y 2o., 3o., 4o. y 5o. de la Resolución Ejecutiva 203 de 1982, cuya constitucionalidad no se discute en este proceso y, por el contrario, la del Decreto 2920 ya fue declarada por la Corte, como quedó visto, por lo cual no puede pretenderse la violación de las citadas normas constitucionales.

En consecuencia, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL QUINTO CONCEPTO DE VIOLACION.– Presunta violación del artículo 8o. del Decreto 1050 de 1968, que contiene la definición de las sociedades de economía mixta, ya que "los estatutos del Banco del Estado no han sido dictados por ninguna ley de la República ni la creación del Banco del Estado como sociedad de economía mixta ha sido autorizada por el Congreso Nacional ni las condiciones de participación del Estado han sido precisadas por una ley expedida por el Congreso".

De acuerdo con los análisis expresados en relación con los cargos anteriores, para la Sala es claro que no le asiste razón al demandante, ya que si los estatutos básicos de las entidades nacionalizadas y concretamente del Banco del Estado están contenidos en el Decreto Legislativo 2920 de 1982 y en la Resolución Ejecutiva 203 del mismo año, es evidente que por lo menos el primero de los actos mencionados es la expresión del legislador a través del Presidente de la República investido de facultades legislativas en reemplazo del Congreso, y de ellos mismos se deriva la transformación del Banco del Estado en sociedad de economía mixta y las condiciones de participación del Estado en ella.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL SEXTO CONCEPTO DE VIOLACION.– No encuentra la Sala que el decreto acusado pueda violar el artículo 5o. del Decreto Ley 130 de 1976, por la sencilla razón de que la indicación de la proporción de las participaciones y la intención de los creadores de la sociedad, previstas en esta última norma, están relacionadas con el hecho de que esos factores, entre otros, deben tenerse en cuenta para definir la pertenencia de la sociedad a las órdenes nacional, departamental o municipal y, evidentemente, en el artículo 1o. de los estatutos aprobados por el decreto acusado se expresa que "el Banco del Estado... es una sociead de economía mixta del orden nacional, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público".

Por lo tanto, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL SEPTIMO CONCEPTO DE VIOLACION.– Presenta violación del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, por omitir el decreto acusado la clasificación de los servidores del Banco del Estado entre trabajadores oficiales y empleados públicos.

Respecto de este cargo, para la Sala es suficiente hacer notar que por tratarse de una institución nacionalizada, en lo que tiene que ver con el régimen laboral la norma legal aplicable es la especial contenida en el artículo 15 del Decreto Legislativo 2920 de 1982, de acuerdo con el cual "Las rela-

ciones laborales en las instituciones financieras que se nacionalicen, seguirán rigiéndose por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, y por las disposiciones legales y convencionales vigentes, sin que los derechos sociales de los trabajadores puedan ser desmejorados como consecuencia de la aplicación del presente Decreto...".

De tal manera que como el artículo 25 de los estatutos del Banco del Estado, contenidos en el decreto acusado, se limita a repetir aquella prescripción legal aplicable al caso, mal podría predicarse su ilegalidad en relación con el artículo 5o. del Decreto Ley 3135 de 1968, que si bien regula el régimen laboral de las sociedades de economía mixta sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, no tiene aplicación respecto de las sociedades de esa naturaleza que resulten de la nacionalización, en virtud del régimen especial vigente para estas últimas.

En consecuencia, no prospera el cargo.

EN RELACION CON EL OCTAVO CONCEPTO DE VIOLACION.– Presunta violación del artículo 110 ordinal 1o., en concordancia con el artículo 468 del Código de Comercio.

Como ha quedado sentado a lo largo de esta providencia, el carácter de sociedad de economía mixta adquirido por el Banco del Estado es el resultado de su transformación originada en la nacionalización decretada mediante la Resolución Ejecutiva 203 de 1982, con fundamento en el Decreto Legislativo 2920 del mismo año. Por lo mismo, no se trata de la creación de una nueva sociedad, a la que sea aplicable estrictamente el artículo 110 del Código de Comercio, de acuerdo con cuyos términos "la sociedad comercial se constituirá por escritura pública en la cual se expresará: 1o.) El nombre y domicilio de las personas que intervengan como otorgantes...", sino de la transformación de una ya existente, en virtud del mecanismo excepcional a que se ha hecho referencia.

Además, la Sala hace notar que aun en el caso de que la reforma de los estatutos contenidos en el Acuerdo No. 007 de 1983 y aprobados por el Decreto 1258 de 1983, deba reducirse a escritura pública como se dispone para la escritura de constitución, en virtud de lo previsto en el artículo 158 del Código de Comercio, lo cual nos trasladaría a la aplicación del citado artículo 110, en el caso de las sociedades de economía mixta, que tienen orígen en una ley o decreto, la escritura pública a la que se refieren las mencionadas disposiciones del estatuto mercantil es posterior a la ley o decreto a que se ha hecho referencia, por lo cual la legalidad de estos últimos, incluyendo el decreto aprobatorio de estatutos, no puede depender del cumplimiento de ese requisito posterior.

Por lo tanto, tampoco prospera este último cargo.

En mérito de las consideraciones anteriores, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Primera, oído el concepto del señor Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.– Declárase no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la parte demandanda y por el señor Agente del Ministerio Público.

Segundo.– Deniéganse las pretensiones de la demanda.

Tercero.– En firme esta sentencia, archívese el expediente, 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 veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DEMANDA– Retiro/**DEMANDA**–Sustitución

El retiro de la demanda, a diferencia de la sustitución de la misma, resta todo efecto procesal a su presentación y eventual admisión no notificada, y ella fue seguramente la razón que indujo a consagrar la figura de la sustitución, que no implica retiro, ni tiene las consecuencias procesales de éste. La sustitución o el retiro de la demanda –que son cosas diferentes– procede cuando se ha dictado auto que la admita pero que no se ha notificado a ninguno de los demandados, cuando no se haya dictado esa misma providencia, pues lo que el legislador ha señalado es una oportunidad hasta la cual se puede hacer uso de esas facultades y no ha dicho expresamente que esas mismas facultades no se puedan utilizar antes de que se produzca el auto admisorio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1234. Actor: Transportes La Veloz Moisés Pinilla e Hijas S.C.A.– Acción de nulidad con restablecimiento del derecho promovida en relación con resolución proferida por el Instituto Nacional de Transporte.

Se decide el recurso de súplica interpuesto por la parte actora, contra la providencia del 24 de julio de 1990 por medio de la cual la Sala Unitaria del entonces consejero de Estado Dr. Simón Rodríguez R., resolvió no acceder a la solicitud de sustituir la demanda que formulara la demandante, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1.– El C. de P.C., artículos 88 y 89, reformados por el Decreto-Ley 2282 de 1989, establece las siguientes condiciones para que se produzca legalmente la sustitución y ésta obligue al juez del conocimiento tenerla como presentada en la oportunidad de la sustituida:

a) La sustitución de la demanda procede *a condición de que el auto admisorio no se haya notificado a ninguno de los demandados* (art. 88).

b) En caso de que se haya notificado el auto admisorio de la demanda a todos los demandados, procederá la reforma, por una sola vez.

c) La reforma se tramita cuando hay, como en el caso de autos, alteración de las pretensiones.

d) La ley autoriza a prescindir de alguna pretensión.

e) Reformada la demanda, se corre traslado de ella, mediante notificación por estado, al demandado o a su apoderado.

2.– En el caso que ocupa la Sala, hay que observar que no se dan los supuestos para la sustitución de la demanda por las siguientes consideraciones:

El supuesto de la sustitución de demanda parte de la base de que haya un auto admisorio de la misma; mas sucede en el evento *sub-lite* que no existe esta actuación procesal de juez sino una bien distinta cual es la de haberse declarado la nulidad de este proceso, desde el auto de 15 de agosto de 1989, que ordenó corregir la demanda, inclusive, y haber dispuesto el envío del expediente al Tribunal Administrativo de Cundinamarca para que decida lo pertinente, y ello por la consideración de que por haber el actor aducido pretensiones de carácter económico, las reglas de competencia radican en ese Tribunal el conocimiento del asunto.

A lo anterior se agrega la potísima razón de que habiendo sido confirmado el auto antes mencionado por el de 15 de junio de 1990 que se encuentra en firme, habrá de estarse a lo decidido en ellos, esto es, enviarse la causa al indicado Tribunal.

I.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado de la demandante-recurrente sostiene en su escrito de interposición y fundamentación del recurso, que la condición *positiva,* de que exista auto admisorio de la demanda, (en firme), no figura en el texto del artículo 88 del C. de P.C., y que es frecuente, en la práxis judicial, que una vez que se ha producido auto que inadmite la demanda –lo que significa que no hay auto admisorio– los litigantes retiren la demanda, para presentar-

la nuevamente, por considerar que el juez está equivocado al invocar una causal de inadmisión, como también lo es, que se retire la demanda por haberse llegado a un acuerdo extrajudicial, aunque no se haya dictado auto admisorio.

Después de invocar algunos tratadistas de derecho procesal que se refieren a dicha materia, concluye que, en el presente caso, no se da ninguna de las dos circunstancias limitantes para que proceda la sustitución de la demanda, a saber: a) que se haya notificado el auto admisorio de la demanda; y b) que se hayan tomado medidas cautelares.

II.– LA DECISION

Para resolver, **se considera:**

1.– Según la ley procesal civil, que en esa materia de la demanda no es enteramente aplicable al procedimiento contencioso-administrativo pues lo que se denomina en aquélla "reforma de la demanda" y su reglamentación no tiene operancia en los procesos o juicios de conocimiento de esta jurisdicción, en razón de la existencia de los artículos 208 y 230 del C. C. A. que expresamente reglamentan la facultad de aclaración o corrección de la demanda que se le reconoce al demandante, en términos diferentes, en los procesos civiles de conocimiento de la jurisdicción ordinaria cabe distinguir entre: a) *sustitución de la demanda,* o sea, cambiar la original por otra; b) *retiro de la demanda*, con el objeto de presentar posteriormente una nueva o no hacerlo por consideraciones diferentes; y c) *Reforma de la demanda* con el objeto de producir una alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamentan, así como también cuando, en aquélla, se piden nuevas pruebas (arts. 88 y 89 C.P.C.).

2.– El retiro de la demanda, a diferencia de la sustitución de la misma, resta todo efecto procesal a su presentación y eventual admisión no notificada, y ella fue seguramente la razón que indujo a consagrar la figura de la sustitución, que no implica retiro, ni tiene las consecuencias procesales de éste.

3.– Para la Sala es claro que, en razón de la remisión que hace el artículo 267 del C.C.A., tienen aplicación en el proceso contencioso administrativo las figuras de la sustitución y de retiro de la demanda; no así, como se dijo, en su totalidad lo dispuesto en el artículo 89 del C. de P.C. sobre "reforma de la demanda", específicamente las reglas contenidas en el numeral 1 de dicha norma.

4.– Dicho lo anterior, cree la Sala que le asiste la razón al recurrente cuando sostiene que para que proceda la sustitución o el retiro de la deman-

da, es menester que "el auto que admite la demanda no se haya notificado a ninguno de los demandados" y que, además, "no se hubiera practicado medidas cautelares", y no, como se sostiene en la providencia recurrida, que haya auto admisorio de la demanda no notificado a ninguno de los demandados. En otras palabras, la sustitución de la demanda o el retiro de ésta –que son cosas diferentes, se repite– procede: a) cuando se ha dictado auto que la admita pero que no se ha notificado a ninguno de los demandandos; b) cuando no se haya dictado esa misma providencia, pues lo que el legislador ha señalado es una oportunidad hasta la cual se puede hacer uso de esas facultades (hasta antes de notificar el auto admisorio y trabarse la relación procesal), y no ha dicho expresamente que esas mismas facultades no se puedan utilizar antes de que se produzca el auto admisorio, es decir, estando el proceso para decidir sobre la admisión de la demanda, o como, en el caso del proceso contencioso administrativo, para decidir sobre la petición previa de que se solicite la expedición, con destino al juicio, de copia autenticada del acto acusado o de la diligencia de notificación, etc., por ejemplo, como paso anterior a la etapa procesal de consideración y admisión, rechazo o inadmisión de la demanda.

En consecuenica, el recurso de súplica está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

RESUELVE:

1o.– REVOCASE la providencia de 24 de julio de 1990, dictada por la Sala Unitaria del entonces consejero de Estado, Dr. Simón Rodríguez R., en cuanto por ella no se accedió a la solicitud de sustitución de la demanda.

2o.– En su lugar, se admite la sustitución de la demanda original presentada por la sociedad actora, y se dispone en relación con ella:

a) Notifíquese personalmente a la señora Fiscal Primera de la Corporación.

b) Notifíquese personalmente al señor Director General del Instituto Nacional del Transporte, con entrega de copia de la demanda y sus anexos.

c) Notifíquese personalmente a la Empresa Compañía Libertador S.A., por medio de su representante legal, a cuyo efecto la parte demandante suministrará su dirección y el certificado de constitución y gerencia respectivo, así como copia de la demanda y sus anexos.

d) Fíjese en lista por el término de cinco (5) días para que los demandados e intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones

o solicitar la práctica de pruebas, y el demandante hacer uso de la facultad que le concede el artículo 208 del C.C.A., si lo tiene a bien.

e) Consígnese en la Secretaría de la Sección la suma de diez mil pesos ($10.000.oo) para atender a los gastos del proceso.

f) Solicítese al Instituto Nacional de Transporte los antecedentes administrativos del acto acusado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

DANCOOP– Facultades/**CAJA POPULAR COOPERATIVA**– Vigilancia

El Dancoop sólo puede tomar medidas dirigidas u orientadas a que determinada cooperativa cumpla con las exigencias legales para la designación del Gerente cuando se encuentre debidamente comprobado el desconocimiento del artículo 34 del Decreto 2059/68, no pudiendo en consecuencia, efectuar registros provisionales de los Gerentes elegidos por una cooperativa. La connotación de provisionalidad que Dancoop le otorgó al registro del representante legal de la entidad demandante, constituye un acto de intromisión indebida en la función administrativa de la Caja Cooperativa.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1007. Actor: Caja Popular Cooperativa Ltda. y otro.

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 el 29 de febrero de 1988.

I.– ANTECEDENTES

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

El ciudadano Luis Alberto Guerrero Valero, en su propio nombre y en calidad de Gerente de la CAJA POPULAR COOPERATIVA LTDA., con do-

micilio principal en Tunja (Boyacá), en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de la Resolución No. 1279 expedida el 27 de julio de 1984 por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas –DANCOOP– y la nulidad parcial del oficio No. 3–1442–A, fechado el 10 de julio de 1984, suscrito por el Jefe de la División de Asuntos Legales del organismo mencionado, así como el restablecimiento del derecho violado con dichos actos, el cual se traduce en la reparación del daño causado, pagando el valor de los perjuicios que se comprobaren en la liquidación incidental según lo establecido por el artículo 172 del C.C.A.

b.– Los actos acusados (fls. 40 a 42 del Cdno. No. 1).

1o.– El oficio citado en el párrafo que antecede en lo referente a la expresión "... en forma provisional..." contenida en el primer párrafo y el texto de los dos párrafos finales que dicen:

"Lo anterior por las razones expuestas al Consejo de Administración el día 4 de julio, en el Despacho del Jefe del Departamento.

"Una vez terminen las diligencias encaminadas a establecer el cumplimiento del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968, se resolverá en forma definitiva".

2.– La Resolución, igualmente citada, la cual confirma "en todas sus partes la decisión administrativa contenida en el oficio No. 3–1442–A suscrito el 10 de julio de 1984 por el Jefe de la División de Asuntos Legales del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, por medio del cual se decide registrar en forma provisional al señor LUIS ALBERTO GUERRERO VALERO", quien, agrega la Resolución, fue elegido como Gerente General por el Consejo de Administración de la Caja Popular Cooperativa Ltda. en su sesión del 28 de junio de 1984, según acta No. 28 de dicho Consejo.

c.– Los hechos de la demanda

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 3 a 12 del Cdno. No. 1):

1.– La CAJA POPULAR COOPERATIVA LTDA. es una entidad constituida bajo el régimen jurídico de las sociedades cooperativas, esto es por el comprendido originalmente en la Ley 134 de 1931 y disposiciones concordantes, y regulado en la actualidad por el Decreto Ley 1598 de 1963, por el Decreto Reglamentario 2059 de 1968 y por las normas que los adicionan o reforman.

2.– El organismo gubernamental legalmente facultado para ejercer el control y vigilancia de las sociedades cooperativas así como responsable de su fomento y desarrollo es el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE COOPERATIVAS –DANCOOP–, cuyas atribuciones deben cumplirse en los términos previstos tanto en la Ley 24 de 1981 como en las disposiciones citadas del régimen orgánico de las sociedades cooperativas.

3.– La Caja Popular Cooperativa otuvo su personería jurídica hace treinta y cinco años, tiene más de 80 oficinas en diferentes regiones del país, brinda sus servicios a más de 200.000 socios, ahorradores y cuentahabientes y ha alcanzado un altísimo grado de desarrollo como se registra en los documentos pertinentes que se allegan.

4o.– El Consejo de Administración de la Caja, órgano de dirección debidamente registrado en DANCOOP, en reunión estatutaria celebrada en Tunja el 26 de abril de 1984, designó como Gerente al doctor Luis Guillermo Nieto Roa, nombramiento oportunamente registrado en DANCOOP.

5.– El mismo Consejo de Administración, en idéntico ejercicio de sus atribuciones estatutarias y en reunión ordinaria verificada en Tunja el 28 de junio siguiente (Acta No. 28), dio por terminado el contrato de trabajo existente entre la Cooperativa y el mencionado doctor Nieto Roa, designando en su reemplazo, esto es, como Gerente de la entidad, al doctor LUIS ALBERTO GUERRERO VALERO.

6.– El DANCOOP tuvo inmediata información del cambio en la Gerencia de la Caja.

7.– El 30 de junio siguiente la fuerza pública impidió el acceso de los empleados de la Caja a sus oficinas, quienes debían efectuar el cierre del Balance Semestral y atender compromisos impostergables en los Talleres de la Imprenta de la entidad en Tunja, hechos que se pusieron en conocimiento de las autoridades nacionales correspondientes, habiéndose igualmente solicitado al Jefe del DANCOOP ordenar el registro del nombramiento del doctor Luis Alberto Guerrero Valero como Gerente General de la Caja Popular Cooperativa y expedir el correspondiente certificado de representación legal, a la mayor brevedad en aras de la estabilidad de la entidad y para impedir los gravísimos perjuicios que podrían sobrevenirle, petición que consta en oficio suscrito por los directivos de la Caja el 2 de julio, en Tunja.

8.– En reunión celebrada en Bogotá, el 4 de julio con el Jefe del DANCOOP, todos los directivos de la Cooperativa insisten en el registro de Guerrero Valero como Gerente General de la Caja, a lo cual aquél manifiesta que previamente al reconocimiento y/o registro del doctor Guerrero como Gerente, debe clarificarse una queja formulada contra él contenida en escrito presentado por el señor Cayo Antonio Piracoca Acuña a nombre propio y en el de su sobrino Adolfo Duarte Piracoca.

9.– Concluida la anterior reunión, el Consejo de Administración de la Caja Cooperativa ratifica al doctor Guerrero Valero como Gerente General de la Caja y decide que se adelanten las actuaciones administrativas tendientes a dicho reconocimiento y registro.

10.– Posteriormente se hace saber al Jefe del DANCOOP la manifestación ante notario del señor Adolfo Duarte Piracoca sobre la indebida utilización de su nombre en la queja referida, y, luego, la retractación expresa, total e inequívoca de la acusación contra el doctor Guerrero Valero, hecha por el mismo Piracoca Acuña, cuya firma aparece autenticada ante el notario 2o. de Tunja.

11.– Entre la correspondencia originada en la investigación contra el doctor Guerrero Valero se halla el oficio JDAL No. 100, fechado el 13 de agosto y suscrito por el Jefe de la División de Asuntos Legales del DANCOOP en el que se destaca "... Que la facultad de investigación es una actividad discrecional de la administración que ejerce el Departamento sin tener que notificar al investigado de sus actuaciones...", y se expresa que "En la fecha se ha enviado al doctor Guerrero fotocopia de la investigación que se adelanta con el fin de que se le (sic) la respuesta que considere conveniente", circunstancia esta última que se le hizo saber psteriormente, el 22 de agosto, con oficio del Director regional del DANCOOP en Boyacá, y a lo que se le dio respuesta el 10 de septiembre de 1984 en memorial de 11 folios.

12.– La actuación administrativa culminó con los actos acusados. Y posteriormente, el 27 de septiembre de 1984 se le precisó por escrito al señor Jefe del DANCOOP sobre las implicaciones del Decreto 2263, expedido por el Gobierno Nacional el 14 del mismo mes, acerca del "veto" que de hecho se realizó para el registro definitivo del Gerente Guerrero Valero.

d.– Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación (fls. 12 a 24 del Cdno. No. 1)

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación:

1.– Artículo 16 de la Constitución Nacional.– Su quebrantamiento se evidencia al afirmarse que los actos y calidades de Luis Alberto Guerrero Valero "... se encuentran en investigación por parte del DANCOOP, en virtud de una queja a la que se debe dar el trámite respectivo", aseveración que está absolutamente desvirtuada con documentos debidamente autenticados que obran en poder del ente oficial, con antelación a la Resolución No. 1279 de 1984.

2.– **Artículo 20 de la Constitución Nacional.**– Los funcionarios públicos que profirieron los actos impugnados han vulnerado disposiciones constitucionales y legales, pues en el evento de que las quejas contra Guerrero Valero constituyesen delito su obligación insoslayable debió ser ponerlas en conocimiento de la autoridad competente en cumplimiento de las disposiciones penales correspondientes.

3.– **Artículo 26 de la Constitución Nacional.**– Vulnerando este canon fundamental se adelanta la investigación sobre los actos y calidades de honorabilidad y corrección del doctor Guerrero Valero. Insólita violación reafirmada por el Jefe de la División de Asuntos Legales de DANCOOP en su oficio JDAL No. 110 del 13 de agosto de 1984, citado en los hechos de la demanda, con cuyo criterio, el allí señalado, se violaron los artículos 3o..-8, 14 y 28 del C.C.A.

4.– **Artículos 35 y 45 del Decreto Ley 1598 de 1963, 34 del Decreto 2059 de 1968 y 25 de la Ley 24 de 1981.**– La Caja Popular dio cumplimiento exacto a los artículos 35, 45 y 34 precitados en cuanto a la elección y solicitud de inscripción de su Gerente General y a la constitución de fianza ordenada por resolución de DANCOOP. En virtud de este cumplimiento normativo, es incontrastable la violación de las normas mencionadas por los actos impugnados toda vez que el reconocimiento y/o registro del Gerente así designado, mal puede efectuarse "... en forma provisional".

5.– **Artículo 96 del Decreto Ley 1598 de 1963.**– Al inscribir con carácter provisional la elección del doctor Luis Alberto Guerrero Valero como Gerente General de la Caja Popular Cooperativa Ltda., se quebranta esta norma que al consagrar a favor de DANCOOP la atribución de vigilar y controlar las cooperativas, señala igualmente que el ejercicio de dicha función no implica por ningún motivo, la facultad de cogestión o intervención en la autonomía jurídica y democrática de las cooperativas.

6.– **Artículos 25-3 y 26-3 de la Ley 24 de 1981.– Se produce** violación de estas disposiciones por cuanto los funcionarios de **DANCOOP** no tienen competencia para reconocer provisionalmente a los gerentes, menos aún para ordenar un registro provisional de los mismos representantes legales de las cooperativas.

Como valioso antecedente sobre el sentido y alcance de la facultad para reconocer y registrar cuerpos directivos y representantes legales de las Cooperativas existe un concepto emanado del H. Consejo de Estado calendado el 13 de junio de 1977, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No. 1144, Consejero Ponente doctor Samuel Arango Reyes, con la apreciación de que la norma materia de la consulta, esto es, el literal e) del artículo 14 del Decreto 611 de 1974 corresponde al numeral 3o. del artículo 25 de la Ley 24 de 1981.

7 – Artículos 8o., 9o., 20, 23, 62 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo.– Se violan estas normas porque entre la Cooperativa y el doctor Guerrero Valero existe un contrato de carácter laboral regulado por dicho Código con las características y consecuencias derivadas al asumir sus funciones de Gerente General a partir del día 28 de junio de 1984 y por un tiempo fijo que vence el 14 de mayo de 1986 y cuando se determina el registro ante el DANCOOP esta situación es declarativa, mas no constitutiva del carácter de Gerente, toda vez que el Código del Trabajo no comprende el pronunciamiento gubernamental para configurar los contratos de trabajo entre las socidedades y los gerentes, ni la legislación cooperativa ha modificado estos aspectos del ordenamiento laboral que bien se sabe son de orden público y de aplicación prioritaria.

8.– Artículos 35 y 59 del C.C.A.– La decisión contenida en el Oficio 3–1442–A impugnado, no resolvió todas las cuestiones planteadas tanto inicialmente (3 de julio) como durante el trámite y en consecuencia es patente la violación del artículo 35 inciso 2o. del C.C.A. Posteriormente la Resolución No. 1279 del 27 de julio de 1984 proferida por el Jefe del DANCOOP quebrantó por idéntica razón el citado inciso 2o. del artículo 35 del C.C.A., como también vulneró el artículo 59 ibídem al omitir su motivación sobre todos los aspectos de hecho y de derecho contenidos en la sustentación del recurso de apelación.

9.– Estatutos de la Cooperativa.– La intervención en la autonomía jurídica de la CAJA POPULAR COOPERATIVA se manifiesta también con el desconocimiento de los estatutos sociales que en sus artículos 55 literales c) y l) asignan al Consejo de Administración la atribución de nombrar Gerente sin exigencia del asentimiento del organismo gubernamental que ejerce su vigilancia y control, del 58 que fija las funciones de la Junta de Vigilancia responsable ante la Asamblea General y sin dependencia funcional del DANCOOP, del 77, parágrafo, que señala el período del cargo de dos (2) años, disposición ésta que en la práctica quedó subrogada por la voluntad del DANCOOP de conceder el registro provisional o de mantenerlo indefinidamente con la diaria zozobra dentro de la entidad así intervenida de hecho.

e.– Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis los siguientes argumentos (fls. 92 a 96 y 143 a 147 del Cdno. No. 1):

El nombramiento del Gerente no se registró en forma definitiva por cuanto estaba en trámite la queja del señor Cayo Antonio Piracoca Acuña, y en aplicación del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968 debía esperarse el resultado de la investigación.

Los actos acusados se expidieron justamente para evitar las prevenciones que en libelo manifiesta el actor cuando dice: "pero los actos demandados constituyen comprobable medio para precitar retiros masivos de fondos ahorrados y/o dineros depositados generando un pánico de imprevisibles consecuencias económicas para la CAJA POPULAR COOPERATIVA por la pérdida de la confianza en un Gerente "Investigado" por el Estado y por la obvia reacción ante recientes escándalos de grupos financieros controlados por la Superintendencia Bancaria".

No se violan, entonces, los artículos 16 y 20 de la C.N. por cuanto con los actos acusados lo que se trata es de proteger los bienes de los socios y ahorradores de la Caja Popular Cooperativa.

Tampoco se produjo la presunta violación del artículo 26 de la C.N., pues con el escrito dirigido por el actor al Jefe del DANCOOP el 10 de septiembre de 1984 se acredita que Guerrero Valero fue informado de la investigación y pudo ejercer el derecho de defensa, tanto que interpuso los recursos correspondientes en la vía gubernativa.

Conforme al artículo 1o. de la Ley 24 de 1981 y del Decreto 1598 de 1963, la vigilancia y control de las sociedades cooperativas constituyen una función del DANCOOP, que debe cumplir teniendo en cuenta como principio fundamental los fines de interés social de tales organizaciones, y que su funcionamiento debe ajustarse a las disposiciones legales y a los intereses de los asociados.

Si el DANCOOP debe velar porque el funcionamiento de las asociaciones cooperativas se ajuste a las disposiciones legales, tenía el deber de verificar si para la elección del Gerente en el caso *sub examine* se consideraron las "condiciones de honorabilidad y corrección", particularmente en el manejo de fondos y bienes de entidades cooperativas y demás que establece el artículo 34 del Decreto 2059 de 1968. Registrar simplemente al nuevo Gerente en cumplimiento del artículo 25, numeral 3o., de la Ley 24 de 1981 implicaba la aplicación de una norma sin tener en cuenta el sentido de los objetivos del DANCOOP y el deber de proteger los intereses de los asociados, y, además, eludir su labor de vigilancia dados los antecedentes referidos.

Es cierto que no existía una disposición que previera el registro provisional, sin embargo, en la misma Ley 24 de 1981 se consagran medidas de carácter transitorio: el literal f) del numeral 12 del mencionado artículo 2o. de la Ley 24 de 1981, prevé que el DANCOOP podrá excluir temporalmente a las sociedades cooperativas de su registro y el literal c) de ese numeral permite: "Congelar los fondos y suspender o clausurar temporal o definitivamente el desarrollo de sus operaciones".

Si los antecedentes lo justificaban el DANCOOP podía entonces suspender temporalmente el desarrollo de las operaciones de la Cooperativa. Se

puede considerar entonces violatorio de normas legales el registro provisional hecho como medida de protección para los intereses de sus asociados y el cual no se comprende cómo podría perjudicar a la asociación o a su Gerente: Si el DANCOOP tiene atribución para excluir temporalmente a las cooperativas de su registro, con una interpretación de contexto es válido afirmar que actuó ilegalmente al hacer un registro provisional de representante de una de ellas existiendo fundamentos para tomar esa medida? Por otra parte, ante los hechos concretos estaría cumpliendo su función de vigilancia el DANCOOP si se limita a hacer el registro en cuestión no obstante los antecedentes?

Al ejecutar el DANCOOP su función de vigilancia y control de las cooperativas, interpreta y aplica las disposiciones legales de tal manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, conforme a la previsión contenida en el artículo 30 del Código Civil.

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 13 de noviembre de 1984 se admitió la demanda, se ordenaron las notificaciones de ley, se dispuso fijar en lista el negocio, se tuvo a Luis Alberto Guerrero Valero y a la Caja Popular Cooperativa Ltda. como parte actora y se reconoció al doctor Ismael Enrique Márquez como su apoderado judicial.

Se ordenó, igualmente, que antes de cumplirse la notificación al DANCOOP y efectuarse la fijación en lista regresara el negocio al Despacho para decidir sobre la solicitud de suspensión provisional (fl. 74 del Cdno. 1).

Por auto de febrero 7 de 1985 (fl. 77 a 83 del Cdno. No. 1) se resolvió suspender provisionalmente los actos acusados.

Mediante auto del 27 de mayo de 1985 se decretó la práctica de las pruebas solicitadas por la parte actora (fl. 88 del Cdno. No. 1).

Mediante proveído del 8 de julio de 1985 (fls. 109 y 110 del Cdno. No. 1) se reconoció al doctor Jairo José Ayala Medina como apoderado judicial del DANCOOP y se abstuvo el Despacho de tomar en cuenta su escrito de contestación de demanda visible a folios 92 a 96, por extemporáneo.

Por auto del 8 de junio de 1987 (fl. 142 del Cdno. No. 1) se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual ellas hicieron uso (fls. 143 a 147 y 151 a 157 del Cdno. No. 1).

La Agencia del Ministerio Público ante el Tribunal de origen emitió el concepto visible a folios 160 a 162 del Cdno. No. 1, el cual concluye señalando que los actos demandados deben ser anulados.

II.– LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia denegó las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 164 a 185 del Cdno. No. 1).

Se discute en este proceso la legalidad de la decisión adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas –DANCOOP– en el sentido de registrar en forma provisional al señor LUIS ALBERTO GUERRERO VALERO como Gerente de la Caja Popular Cooperativa, quien fue elegido para ese cargo en reunión del Consejo de Administración de esa entidad efectuada el 28 de junio de 1984.

El Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas –antes Superintendencia Nacional de Cooperativas– tiene como una de sus funciones principales la de ejercer la inspección y vigilancia de las Cooperativas, conforme a lo dispuesto en los artículos 96 y 97 del Decreto 1598 de 1963, 1o. y 2o. del Decreto 611 de 1974 y 1o., 30 y 33 de la Ley 24 de 1981. Dichas funciones no implican injerencia en las actuaciones de las cooperativas, sino que solo buscan que éstas ejerzan de conformidad con la ley y los reglamentos, adoptando para ello las medidas y providencias del caso, pero sin llegar a menoscabar la autonomía e independencia jurídica y administrativa de tales entidades; es decir, que se pueden impartir instrucciones y órdenes, imponer medidas coercitivas, pero no sustituir al órgano de administración, principio que se encuentra reconocido en forma explícita en el artículo 96 del Decreto 1598 de 1963. Tratamiento este que obedece a la consideración de que si bien es cierto las Cooperativas debidamente reconocidas se tienen como entidades de utilidad pública y de interés social, también lo es que son organismos de derecho privado, con personería jurídica y autonomía administrativa, en las cuales la Administración no puede asumir o compartir las gestiones que en el giro ordinario solo a las vigiladas les corresponde.

En esencia pues, afirma el *a-quo*, se debe dilucidar si en el evento de que se haya presentado una queja o se adelante una investigación contra el Gerente de una Cooperativa, el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas puede hacer un registro provisional o no hacer el registro mientras se esclarezca la conducta del funcionario.

Es cierto que dentro de sus facultades de investigación la entidad demandada en su condición de vigilante, puede adelantar las diligencias tendientes a esclarecer los hechos relativos a la conducta de la persona designada como Gerente de una Cooperativa, funciones comprendidas dentro de los artículos 30 y 33 de la Ley 24 de 1981.

También es evidente que las Cooperativas deben elegir como Gerente a una persona que reúna determinadas condiciones profesionales y humanas, dentro de las cuales figuran la honestidad y la corrección, particularmente en el manejo de fondos y bienes; aptitud e idoneidad, singularmente en los aspectos relacionados con el objeto social de la respectiva cooperativa, y capacitación en cuestiones cooperativas, como se exige por el artículo 34 del Decreto 2059 de 1968.

Si los Consejos de Administración de las Cooperativas no actúan de esa manera y eligen a una persona con desconocimiento de la citada norma, el DANCOOP puede adoptar medidas enderezadas a conseguir ese cumplimiento, acudiendo, por ejemplo, a lo previsto en el artículo 97 del Decreto 1598 de 1963 que lo autoriza para señalar un plazo a fin de que se corrija la anomalía y a imponer la sanción correspondiente en el evento de que no se acate la recomendación de la vigilante.

Pero obviamente que el DANCOOP solo puede tomar medidas orientadas a que determinada Cooperativa cumpla con las exigencias legales para la designación del Gerente cuando se encuentre debidamente comprobado el desconocimiento del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968. No puede, por tanto, adoptar medidas, así sean provisionales, cuando carece de las suficientes medidas probatorias que permitan llegar a la conclusión en el sentido de que el Gerente elegido no reúne las condiciones exigidas en la ley para su designación. Si la administración tiene alguna información o queja que permita poner en duda la capacidad, honorabilidad e idoneidad del Gerente de una Cooperativa debe proceder a adelantar la investigación correspondiente en orden a verificar la versión que ha recibido para tomar las medidas respectivas. Esto porque se entiende que si el DANCOOP no tiene la certeza sobre la carencia de las condiciones del Gerente para ser elegido en cuanto depende del resultado de una investigación que no se ha efectuado, en principio, puede ocurrir que la Cooperativa que lo designó tampoco conociera la queja y mucho menos su comprobación en razón a que precisamente no se habían esclarecido los hechos.

Esto significa que el DANCOOP no se encuentra facultado para efectuar registros provisionales de los Gerentes elegidos por una Cooperativa, como se afirmó en el auto que decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

Como la misma apoderada de la entidad demandada lo reconoce en el alegato de conclusión, no existe ninguna norma legal que permita el registro

provisional y los casos en que la ley prevé que el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas tome medidas temporales en relación con estas entidades tienen operancia frente a situaciones irregulares comprobadas que ameriten esa medida, mas no cuando esa comprobación no se ha efectuado, como ocurrió en el presente asunto, en que, además, no resultarían aplicables las normas que claramente se dirigen a otras situaciones y no con respecto a las investigaciones de las conductas de las personas, que no permiten la analogía.

Cuando al designar un Gerente la Cooperativa no hace ninguna distinción en cuanto a la forma de vinculación, es decir si en propiedad, en provisionalidad, en interinidad o en encargo, el DANCOOP no puede proceder a efectuar el registro en forma provisional, sino que debe hacerlo sin ninguna modalidad que signifique una limitación a la decisión de la entidad que hizo la designación, pues ello ciertamente significaría una injerencia en la autonomía de la Cooperativa.

Ahora, en el caso de estudio ocurrió que la administración decidió hacer el registro en forma provisional bajo la consideración de que se había formulado una queja contra el Gerente Luis Alberto Guerrero Valero y que, por tanto, se debía hacer la investigación correspondiente. Esto indica, precisamente, que al tomar esa decisión la entidad demandada no había establecido que efectivamente el Gerente estuviese incurso en alguna irregularidad que lo hiciese inelegible para ese cargo, pues, según el mismo acto acusado, apenas se le había formulado la queja y la administración procedería a la investigación respectiva. Quiere decir que en ese momento la administración no había establecido que la Cooperativa demandante hubiese incurrido en desconocimiento del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968, como para que entrara a tomar una primera medida que reportaba un registro provisional. De esta manera la administración ciertamente infringió el artículo 25, numeral 3, en cuanto lo interpretó erróneamente para hacer un registro provisional que no contempla esa norma.

El acta donde quedó consignada la elección del Gerente no hizo ninguna alusión en cuanto a su forma de vinculación, luego la demandada no podía hacer el registro en forma que contradijera esa manifestación de voluntad, como en efecto lo hizo al realizar el registro provisionalmente, vulnerando con ello el artículo 96 del Decreto 1598 de 1963 que le prohíbe al DANCOOP intervenir en la autonomía democrática de las Cooperativas.

El 14 de septiembre de 1984, el Gobierno expidió el Decreto 2263 mediante el cual le confirió al DANCOOP la atribución de ejercer el poder de veto sobre las personas que ejerzan o vayan a ejercer cargos en las cooperativas, cuando quiera que a su juicio no reúnan condiciones adecuadas de idoneidad técnica y profesional o existan antecedentes que hagan desaconsejable su vinculación a tales cargos. Es decir, que esta norma significa un re-

conocimiento en el sentido de que antes de su expedición la administración no podía tomar medidas discrecionales dirigidas a impedir que determinada persona que hubiese sido elegida para un cargo de dirección, administración, vigilancia y control de una cooperativa pudiera ejercer el cargo o que lo ejerciese en forma provisional. Sólo a partir de la vigencia de esa norma DANCOOP podía hacerlo.

Las razones expuestas, concluye el Tribunal, son suficientes para afirmar que ciertamente al ordenar el registro provisional del demandante como Gerente de la Caja Popular Cooperativa se infringieron normas de contenido superior y, por tanto, resulta innecesario el análisis de los demás cargos formulados en la demanda.

En estas condiciones la Sala, de acuerdo con la señora Fiscal, accederá a la declaración de nulidad de los actos acusados. En cambio no se atiende favorablemente la petición para que se condene a la parte demandada por perjuicios, por cuanto no se encuentran demostrados ni se adelantó gestión probatoria alguna sobre ese punto. No se estableció que la Cooperativa hubiese sufrido los perjuicios económicos descritos en la demanda por el retiro masivo de depósitos y/o dineros. En cuanto al demandante Luis Alberto Guerrero Valero tampoco cabe la condena a su favor por perjuicios morales, pues con la sola expedición de los actos acusados no se desprende que efectivamente se le hubiese causado un daño de esa naturaleza, teniendo en cuenta que la administración no le hizo en ese momento ningún cargo sino que simplemente enunció la existencia de una queja que ciertamente se había formulado por un ciudadano y de la cual si se pudiera deducir algún menoscabo en el patrimonio moral sería atribuible a la persona que la presentó, en el caso de que los hechos en que se apoyaban no hubiesen sido ciertos.

III.– 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. 187 a 190 Cdno. No. 1):

La sentencia apelada se refiere al cargo 6o., específicamente al artículo 25, numeral 3, de la Ley 24 de 1981, y en sus consideraciones plantea apreciaciones incontrovertibles que la llevan a concluir que con los actos acusados "se infringieron normas de contenido superior y, por lo tanto, resulta innecesario el análisis de los demás cargos formulados en la demanda" y que "En estas condiciones la Sala, de acuerdo con la señora Fiscal, accederá a la declaración de nulidad de los actos acusados...".

Sin embargo, en forma flagrantemente contradictoria el fallo deniega las peticiones de la demanda, cuando debió ser consecuente con las consideraciones accediendo a la declaración de nulidad impetrada.

IV.- LA IMPUGNACION DEL RECURSO

A su vez, la parte demandada se opone a las pretensiones del recurrente por las siguientes razones aducidas en su alegato de conclusión de la segunda instancia (fls. 8 y 9 del Cdno. No. 3):

El artículo 1o. de la Ley 24 de 1981 prevé que la vigilancia y control sobre las cooperativas corresponde al DANCOOP, función que debe orientar al cumplimiento de las disposiciones legales sobre el particular y la preservación de los intereses de los asociados, mientras el artículo 1o. del Decreto 1598 de 1963 recalca que las sociedades cooperativas, como personas jurídicas de derecho privado, deben cumplir sus actividades con fines de interés social, criterio este que debe imperar al tenor de lo previsto en el artículo 30 del Código Civil, pues el DANCOOP, en el momento de su actuación debía tomar una decisión que protegiera, por encima de todo, los intereses de los asociados, fin que se logró con el nombramiento provisional impugnado, mediante el cual se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 34 del Decreto 2059 de 1968 relacionado con las condiciones de honorabilidad y corrección.

V.- EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, (fls. 12 a 21 del Cdno. No. 3) el señor Fiscal Primero de la Corporación manifiesta que comparte los razonados motivos del apoderado de la parte actora en su apelación, que no solamente solicita que se revoque la sentencia apelada, sino que se acceda a la nulidad de los actos demandados por las consideraciones contenidas en la parte motiva de la providencia recurrida, y que ojalá se logre obtener por algún conducto, explicación para tan insólita e injurídica determinación del *a-quo*. Consigna que "Hay todo un título, el XIV del Código Judicial, que habla sobre las providencias del Juez y de las sentencias judiciales, cuyas normas fueron desconocidas y violadas olímpicamente".

VI.- CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

El disentimiento del apelante se fundamenta en que la decisión del *a-quo* es inconsecuente con las incontrovertibles motivaciones de la sentencia.

Como ha sido reseñado en este proveído, el aspecto central del debate lo constituye la legalidad o no de la determinación adoptada por el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas de registrar en forma provisional la designación como Gerente de la Caja Popular Cooperativa Ltda. del señor Luis Alberto Guerrero Valero, quien fuera elegido para ese cargo por el Consejo de Administración de esa asociación en reunión que efectuara el 28 de junio de 1984, en Tunja, asiento de su domicilio principal.

Está plenamente acreditado en el proceso que el señor Guerrero Valero fue designado Gerente de la mencionada cooperativa, sin que tal designación se hubiese hecho bajo alguna modalidad específica o particular calificación, como se evidencia en el acta de la aludida reunión, cuya copia obra a folios 61 a 68 del Cdno. No. 2 del expediente.

Esta designación fue transmitida al Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas mediante comunicación de 2 de julio de 1984 (fl. 97 del Cdno. No. 2) para efectos de su reconocimiento y registro, en atención a lo dispuesto en el artículo 25, numeral 3o., de la Ley 24 de 1981 que al efecto señala:

"ARTICULO 25o.– Son funciones de la División de Asuntos Legales:

"....

"3o.– Reconocer y registrar los cuerpos directivos y los representantes legales de las entidades sometidas a la acción del Departamento y autorizar la expedición de los certificados sobre la existencia jurídica y representación legal".

Pese a que ni el texto transcrito, ni ninguna otra norma legal cooperativa, añade característica o particularidad alguna a la forma de registrar los representantes legales de los organismos cooperativos, el DANCOOP decidió "registrar en forma provisional" al elegido Gerente Luis Alberto Guerrero Valero, aduciendo que lo hacía con este carácter en virtud a que era preciso clarificar lo relacionado con una queja que ponía en tela de juicio su corrección y honorabilidad, apreciación que consigna en los considerandos de la Resolución diciendo "Que los actos y calidades" del Gerente nombrado "se encuentran en investigación por parte del Dancoop, en virtud de una queja a la que se debe dar el trámite respectivo".

Pero que se adelantara una investigación contra el señor Guerrero Valero, que bien estaba el DANCOOP facultado legalmente para hacerla, no significaba, ni significa, en manera alguna, que ello tuviese la virtualidad de autorizarlo para efectuar el registro con la limitante de la provisionalidad. No se deduce así del claro texto del numeral 3o. del artículo 25 de la Ley 24 de 1981, transcrito, y citado como fundamento de la Resolución impugnada que resulta por esta razón vulnerado.

La legislación cooperativa reseñada en este proveído tampoco confiere al DANCOOP la atribución aludida y menos aún con el alcance que se consagra en los actos acusados. El haber procedido así lo ubica en una conducta que rebasa igualmente los términos del artículo 97 del Decreto Reglamentario 1598 de 1963 que sólo lo autoriza, cuando detecte una irregularidad, por ejemplo la carencia de determinadas condiciones profesionales y

humanas en la persona que se escoja o pretenda escoger como Gerente de una cooperativa, dentro de las cuales figura en el artículo 34 del Decreto 2059 de 1968 la "honorabilidad y corrección", para señalar un plazo a fin de que se corrija la anomalía y a imponer la sanción correspondiente a la infracción en el evento de que no se acate su recomendación.

De esta manera ejerce el DANCOOP la función de control y vigilancia, en casos como el que se examina, sobre la entidades sometidas a control, para que su funcionamiento se ajuste a las disposiciones legales sobre el particular y los intereses de los asociados, pues el artículo 97 citado corresponde a un desarrollo de este principio de vigilancia y control que está consagrado en el ordinal 5o. del artículo 2o. de la Ley 24 de 1981, principio que se reitera en el artículo 151 de la Ley 79 de 1988, según el cual las cooperativas están sujetas a permanente inspección y vigilancia con la finalidad de asegurar que los actos atinentes a su constitución, funcionamiento, cumplimiento del objeto social y disolución y liquidación, se ajusten a las normas legales y estatutarias, pero que sin que dichas funciones impliquen por ningún motivo facultad de cogestión o intervención en su autonomía jurídica y democrática (artículo 96 del Decreto 1598 de 1963, vigente a la sazón y hoy derogado expresamente por la citada Ley 79 de 1988).

Estas precisiones permiten entender inequívocamente, como así lo entendió el Tribunal, que el DANCOOP sólo puede tomar medidas dirigidas u orientadas a que determinada cooperativa cumpla con las exigencias legales para la designación de Gerente cuando se encuentre debidamente comprobado el desconocimiento del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968, no pudiendo en consecuencia, efectuar registros provisionales de los Gerentes elegidos por una cooperativa, criterio que ya estaba sentado en este proceso en el auto que decretó la suspensión provisional de los actos acusados, al expresar que esa entidad tiene "la obligación de verificar los registros de los cuerpos directivos y representantes legales de las entidades sometidas a vigilancia, sin ordenar distinciones de ninguna naturaleza para que se haga de manera provisional, definitiva, en propiedad o interinamente, etc....".

La connotación de provisionalidad que DANCOOP le otorgó al registro del representante legal de la entidad demandante, constituye para la Sala un acto de intromisión indebida en la función administrativa de la Caja Cooperativa que está protegida en su autonomía jurídica y democrática por la ley (art. 96 del Decreto Ley 1598 y 151 de la Ley 79 de 1988), lo cual se traduce en una flagrante violación de estas normas, con el consecuente corolario de nulidad de los actos acusados.

La demandada, después de reconocer en el alegato de conclusión que no existe norma legal que permita el registro provisional, acude, con la pretensión de justificarlo al argumento de que la Ley 24 de 1981 consagra medidas de carácter transitorio, como la que prevé "congelar los fondos y suspen-

der o clausurar temporal o definitivamente el desarrollo de sus operaciones" y la que faculta para excluir a las cooperativas temporal o definitivamente del registro del DANCOOP, sin percatarse de que se trata, precisamente, de tipificaciones normativas específicas y concretas, y que son medidas que podrá tomar cuando las circunstancias deducidas en una investigación o visita lo ameriten plenamente, como se colige del artículo 33 ibídem, el cual detalla las funciones de la Sección de Visitaduría e Investigaciones.

Estas medidas temporales son de aplicación restringida, lo que impide trasladar aquel criterio –el de temporalidad que equivale a provisionalidad en este evento–, a situaciones como la del asunto *sub examine*, menos todavía cuando la comprobación de la presunta falta de "corrección y honorabilidad" no se ha producido, además de que la analogía que propone la apoderada del DANCOOP no es de recibo en las investigaciones sobre la conducta de las personas.

Claras, lógicas y jurídicas son las argumentaciones consignadas en la parte motiva de la sentencia apelada, ninguna de las cuales permite siquiera remotamente suponer una decisión denegatoria de la pretensión de nulidad de la demanda. Tan evidente es ésto, que el *a-quo* terminó sus consideraciones manifestando, como no podía ser de ninguna otra manera, que "de acuerdo con la señora Fiscal, accederá a la declaración de nulidad de los actos acusados" "En cambio, –continuó diciendo con justa razón–, no se atiende favorablemente la petición para que se condene a la parte demandada por perjuicios, por cuanto no se encuentran demostrados ni se adelantó gestión probatoria alguna sobre ese punto".

Ciertamente, como lo anota la demandante en la sustentación del recurso, pese a que el Tribunal admitió razonablemente al concluir sus extensas y sólidas consideraciones que "se infringieron normas de contenido superior y, por lo tanto, resulta innecesario el análisis de los demás cargos formulados en la demanda", en forma flagrantemente contradictoria deniega la petición anulatoria de la demanda, cuando lo lógico y consecuente con las motivaciones debió ser acceder a ello.

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.– REVOCASE la sentencia de primera instancia proferida en este proceso por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 29 de febrero de 1988, en cuanto denegó la petición de nulidad de los actos demandados y en su lugar, declárase la nulidad de los citados actos, así:

a) De la Resolución No. 1279 de 27 de julio de 1984, en su integridad, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, y

b) Del oficio 3–1442–A, fechado el 10 de julio de 1984, suscrito por el Jefe de la División de Asuntos Legales del mencionado organismo, en los siguientes apartes:

– La expresión "... en forma provisional...", que hace parte del inciso primero.

– El penúltimo párrafo, que dice:

"Lo anterior por las razones expuestas al Consejo de Administración el día 4 de julio, en el Despacho del Jefe del Departamento".

– El último párrafo, que dice:

"Una vez terminen las diligencias encaminadas a establecer el cumplimiento del artículo 34 del Decreto 2059 de 1968, se resolverá en forma definitiva".

Segundo.– CONFIRMASE la sentencia en cuanto no accedió a declarar a la Nación-Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, responsable de perjuicios, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia impugnada.

Tercero.– 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 veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO DE TRAMITE/RECUSACION

El acto acusado, por el cual se resolvió la recusación propuesta, no sólo no define la investigación o actuación administrativa, ni directa ni indirectamente, como tampoco impidió continuarla, sino que, antes bien, permitió proseguir ésta y decidirla como está plenamente acreditado. Esta interpretación dialéctica que corresponde a la naturaleza de la institución –impedimentos y recusaciones–, permite así darle al acto censurado el alcance de uno de trámite pero que no reúne los supuestos exigidos por el C.C.A., que excepcionalmente autoriza aducir pretensión de nulidad o de restablecimiento del derecho contra actos de trámite.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero pontente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1064. Actor: Juan Claudio Morales González.– Acción de nulidad contra el Decreto número 2192 de 24 de octubre de 1988, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El ciudadano JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ, a través de apoderado, ha acudido ante esta Corporación a demandar la nulidad parcial del Decreto 2192 de 24 de octubre de 1988, expedido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, "Por la (sic) cual se resuelve una recusación contra un funcionario de la Superintendencia de Control de Cambios".

I.– EL ACTO ACUSADO

El acto cuya nulidad parcial se pide es del siguiente tenor:

"ARTICULO 1o.– No acepar la recusación propuesta por el doctor Juan Claudio Morales González, contra la Superintendente de Control de Cambios, doctora CLARA LAIGNELET GARAVITO *y, en consecuencia, disponder (sic) que continúe adelantanto (sic) la investigación No. 9392"*, sólo en la parte subrayada.

"ARTICULO 2o.– *De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la vigencia del presente decreto se reanudan los términos de caducidad de que dispone la Superintendencia de Control de Cambios* para decidir sobre la investigación adelantada a Juan Claudio Morales González", sólo en la parte subrayada.

"ARTICULO 3o.– Contra la presente decisión no procede recurso alguno por la vía gubernativa".

"ARTICULO 4o.– El presente decreto rige a partir de su publicación.

II.– CAUSA PETENDI

II.1.– FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Como normas violadas se señalan en la demanda los artículos 2o., 10, 16, 26 y 76-1 de la Constitución, 1o. de la Ley 33 de 1975, 38, 50, 160 y 267 del C.C.A., 146 y 408 del C.P.C.

Para fundamentar los cargos de violación, se aduce en la demanda, en síntesis, lo siguiente:

Es apenas obvio que si un decreto ejecutivo ordena la reanudación de los términos de caducidad, deviene en violatorio de las normas superiores y debe ser anulado.

En el caso en estudio es claro que el Presidente de la República debió limitarse exclusivamente a decidir la recusación. Ni siquiera disponer que se continúe adelantando la investigación, porque él no sabe si el proceso se encuentra o no dentro del término de caducidad. Y porque en la recusación lo que se suspende es el proceso, no los términos, y menos los de caducidad, conforme al artículo 146 del C. de P.C.

Es decir, buscando una interpretación del artículo 1o. que se ajuste a la legalidad habría que aceptar que la orden de "disponer que se continúe ade-

lantando la investigación" debe entenderse solamente para el caso que el proceso no se encuentre dentro del término de caducidad. En este evento, por imperativo mandato legal, la única actuación posible es la declaratoria de la caducidad, la que como institución procesal de orden público, no puede ser objeto de interrupción, ni suspensión, ni prórroga, ni reanudación, como lo tiene definido la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, incluida la de la Sala Plena del Consejo de Estado.

Conforme al artículo 76-1 de la Constitución, mal puede el Presidente de la República, por medio de un decreto ejecutivo, modificar una ley que ha establecido un término de prescripción y, aún, uno más breve de caducidad, de la facultad que tienen las autoridades administrativas para imponer sanciones.

Igualmente hay quebrantamiento de los artículos 10, 16 y 26 de la C.N. por las razones expuestas.

Consecuencia de lo anterior es que, al no tener competencia el Presidente de la República para elaborar o modificar las leyes, el decreto que suspende u ordena la reanudación de los términos de caducidad señalados en las leyes, está viciado de nulidad.

Los artículos 3o. y 4o. del Decreto acusado desconocen los recursos de la vía gubernativa y particularmente el de reposición que procede por regla general según el artículo 50 del C.C.A.

III.– TRAMITE DE LA ACCION

Se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las siguientes etapas: admisión de la demanda, fijación en lista, probatoria, alegaciones y concepto fiscal.

En el auto admisorio de la demanda, proferido el 13 de diciembre de 1988, se denegó la suspensión provisional del acto acusado por cuanto no aparecía a primera vista el quebrantamiento de las disposiciones invocadas como infringidas.

III.1.– LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, se hizo parte en el proceso y por medio de apoderada contestó la demanda, escrito en el cual sostuvo, principalmente, lo siguiente:

1.– El actor había iniciado un incidente de recusación dentro de la investigación No. 9392, por lo cual se suspendió el término con el que conta-

ba la Superintendencia de Control de Cambios para decidirla, pues así lo ordena el artículo 30 del C.C.A. Y una vez decidida la recusación lo lógico, y así se dispuso, era que a partir de la vigencia de tal decisión se reanudara el término del respectivo procedimiento administrativo.

2.– El término previsto en el artículo 38 del C.C.A. no es aplicable a la investigación que adelanta la Superintendencia de Control de Cambios, porque ella se rige en tal evento por los especiales términos que establece la Ley 33 de 1975.

3.– El Decreto acusado fue expedido con plena competencia funcional. En efecto, la orden de continuar la investigación No. 9392, como la de reanudar el término de caducidad, constituyen una decisión respecto de un punto que surge de suyo con la interposición del incidente de recusación. De otra parte, al disponer el mismo artículo 30 del C.C.A. que la autoridad que decide la recusación debe señalar quién debe continuar el trámite, previa la suspensión de términos, le está dando competencia a dicha autoridad para señalar quién debe decidir (ya sea el recusado u otra autoridad en caso de prosperar el incidente), lo que la ley prescribe, es decir, la reanudación del término, que se da una vez decidido el incidente y publicado el acto respectivo.

4.– En relación con lo que dispone el Decreto impugnado en sus artículos 3o. y 4o., cabe decir que es el propio artículo 30 del C.C.A. el que establece en forma expresa que contra la decisión tomada dentro de un incidente de recusación no cabe recurso alguno.

Y, de otro lado, el acto que decide la recusación rige a partir del día siguiente a su publicación.

Excepciones.– Propone la demandada la siguiente:

A). Ineptitud sustantiva de la demanda, con fundamento en:

1.– No enunciación de los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones.

2.– Escogencia de la vía procesal inadecuada, por las razones que se resumen a continuación.

a.– El móvil de este proceso es la tutela de los derechos subjetivos del señor Juan Claudio Morales. En efecto, al acto demandado resolvió un incidente de recusación que se presentó en el curso de una actuación administrativa –investigación No. 9392– adelantada por la Superintendencia de Control de Cambios, la cual resolvió en tiempo, al haberse reanudado los términos después de decidirse la recusación, la situación jurídica cambiaria del señor Juan

Claudio Morales y otros, mediante Resolución No. 1206 de 3 de noviembre de 1988 que impuso al mencionado Morales González, aquí demandante, una multa que asciende a la suma de $182'648.324.oo.

b.– Entonces, el propósito de la parte actora no es en interés general de la defensa de la legalidad y del orden jurídico, sino la posibilidad de dejar sin piso jurídico la citada Resolución 1206, expedida en oportunidad legal.

c.– Conforme a la doctrina de los móviles y las finalidades, si la ley ha regulado una vía especial para el restablecimiento del derecho o el mantenimiento del imperio de la legalidad, no tendrá el administrado la opción para elegir y deberá someterse a ella; y si así no lo hiciere, el juez deberá declarar la ineptitud sustantiva de la demanda.

d.– Tan cierto es que la acción a impetrar era la de restablecimiento del derecho, que el señor Juan Claudio Morales a través de apoderado, presentó el 6 de marzo de 1989, contra el mismo Decreto 2192 de 24 de octubre de 1988, demanda en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la que fue admitida por auto del 1o. de septiembre de 1989 proferido por el Magistrado doctor Guillermo Benavides Melo en el expediente No. 1143.

3.– Incompleta individualización del acto acusado, porque ha debido demandarse no sólo el Decreto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sino también la Resolución 1206 citada, de la Superintendencia de Control de Cambios, pero en conjunto, por ser conformantes de una unidad compleja.

B). La legalidad del Decreto 2192 de 24 de octubre de 1988, de conformidad con las argumentaciones iniciales.

III.2.– CONCEPTO FISCAL.

El señor Fiscal Primero de la Corporación en su vista de fondo manifiesta que de acuerdo con el artículo 30 del C.C.A., el trámite de un impedimento "suspenderá los plazos para decidir" cuando se trate de otorgar la "garantía de imparcialidad", evento para el cual se aplicarán las causales de recusación de que trata el artículo 150 del C. de P.C., circunstancia bien distinta a la que contempla la normatividad citada por el actor: Ley 33 de 1975, que se refiere a los eventos de prescripción de la acción y de la interrupción de ésta pero por el auto de apertura de la investigación en las acciones contravencionales al régimen de cambios internacionales y de comercio exterior.

Por lo anterior, estima que no deben prosperar las pretensiones del actor.

IV.– CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El acto administrativo impugnado resuelve una recusación formulada por el aquí demandante contra la señora Superintendente de Control de Cambios, tendiente a separar a ésta del conocimiento de una investigación adelantada por la señalada entidad oficial contra aquél y otras personas por infracción del Decreto Ley 444 de 1967 y de la Resolución 37 de 1983 de la Junta Monetaria.

En las consideraciones del acto acusado se alude a dicha investigación, la cual culminó con la Resolución No. 01206 de 3 de noviembre de 1988 sancionando al señor Juan Claudio Morales González con multa de $182'648.324.oo (fls. 2 y 266 a 351).

Conforme al artículo 84 del C.C.A., (Decreto Ley 01 de 1984), vigente al momento de incoarse la demanda que dio origen al presente proceso, son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa los actos administrativos de carácter definitivo y excepcionalmente los preparatorios, de trámite y de ejecución, en los casos señalados en los artículos 50, 88 y 153 ibídem (derogado este último por el artículo 68 del Decreto ley 2304 de 1989).

Dicha preceptiva, interpretada reiteradamente por esta Corporación, quiere, pues decir, que al lado de los actos administrativos que resuelven determinados asuntos o actuaciones, conocidos como definitivos, existen los que sirven de medio para que los anteriores se pronuncien, o ejecuten, llamados actos de trámite, preparatorios o de ejecución.

El artículo 50 del C.C.A., al cual remite expresamente el 84 ibídem, previene que "Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla", en cuyo caso, estos últimos, son susceptibles de ser acusados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La actuación principal la constituye en el presente caso, indubitablemente, la investigación administrativa adelantada por la señora Superintendente de Control de Cambios contra el señor JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ por la infracción contravencional cambiaria, quien fuera recusada por éste, determinando así la suspensión de la investigación administrativa, toda vez que dicho incidente trasciende en la competencia del funcionario que adelanta la actuación investigativa, ya separándolo de su conocimiento, ora permitiendo que continúe en él, como así se decidió en el acto censurado y corresponde a lo que está previsto en el artículo 30 del C.C.A., que en lo pertienente preceptúa que la autoridad encargada de decidir la recusación –o el impedimento– "señalará quién debe continuar el trámite,

pudiendo si es preciso designar funcionario *ad hoc*; en el mismo acto ordenará la entrega del expediente al designado que ha de sustituir al separado del conocimiento", de lo cual, además, se infiere nítidamente la existencia de una actuación principal, sin la cual es inconcebible dicho trámite recusatorio.

En otro giro, no es dable suponer que exista un trámite de recusación o de impedimento, que por lo demás es un episodio ocasional de debate, sin una actuación con la cual se relacione necesariamente, o mejor a la que pertenezca, así su efecto sea únicamente el relacionado con la competencia, como acaba de exponerse, lo cual traduce la filosofía de asegurar la imparcialidad e independencia de los funcionarios para decidir los negocios a su cargo.

Cabe anotar finalmente que por el carácter incidental de la recusación, se suspende el trámite de una actuación administrativa (incidente viene del latín *incidere* que significa interrumpir), pero ello no sucede de manera definitiva, porque, por el contrario, al decidirse aquella se reanuda la actuación principal.

Fácilmente, se deduce de lo expuesto que el acto acusado, por el cual se resolvió la recusación propuesta, no sólo no define, como en efecto no definió, la investigación o actuación administrativa, ni directa ni indirectamente, como tampoco impidió continuarla contra el señor Morales González, sino que, antes bien, permitió proseguir ésta y decidirla como está plenamente acreditado en el expediente.

Esta interpretación dialéctica que corresponde a la naturaleza de la institución –impedimentos y recusaciones– permite así darle al acto censurado el alcance de uno de trámite pero que no reúne los supuestos exigidos por los artículos 50, inciso final, 84 y 85 del C.C.A. que autorizan por excepción, aducir pretensión de nulidad o de restablecimiento del derecho contra actos de trámite.

Como complemento a la argumentación aquí desarrollada, cabe decir, siguiendo los términos del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el día 2 de marzo de 1989, con ponencia del H. Consejero Jaime Paredes Tamayo, que "1. La decisión de una recusación no es acto de carácter general ni creador o modificador de una situación jurídica de carácter particular. Se tramita como incidente y se decide para que pueda continuar una actuación suspendida por efecto de la recusación".

Lo expuesto en esta providencia corresponde a una sana interpretación y correcta aplicación de las disposiciones legales citadas, y en este sentido constituye una clara categórica rectificación de la doctrina contenida en la sentencia del 2 de diciembre de 1988, con ponencia del doctor Guillermo Be

navides Melo en el expediente No. 220, donde se permitió el juzgamiento de un acto de trámite.

De todo lo anterior, se colige, que se configura carencia de jurisdicción de esta Corporación para conocer y pronunciarse sobre la pretensión aducida, lo cual impone un pronunciamiento inhibitorio.

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

FALLA:

Declárase que no hay lugar a pronunciamiento de mérito en el presente asunto, con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 28 de noviembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES

El juego de apuestas permanentes tiene como característica que sólo puede ser regulado en virtud de ley; su reglamentación corresponde al gobierno nacional; las loterías o beneficencias pueden explotar dicho monopolio por sí mismas o mediante contratos de concesión con particulares; los ingresos que produzca dicho juego se destinarán exclusivamente a los programas que adelanten los Servicios Seccionales de Salud, y las Asambleas Departamentales carecen, por consiguiente, de facultades para establecer régimen sancionatorio por la infracción de las normas legales y reglamentarias del juego de apuestas permanentes.

DECRETA LA NULIDAD de los artículos 107 a 110 del Decreto 1562 de 1984 (agosto 15) "Por medio del cual se modifica y actualiza el Código de Rentas de Antioquia", expedido por el Gobernador de Antioquia.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1541. Actor: Alberto Montoya Montoya.— Recurso de apelación contra la sentencia de 1o. de junio de 1990, del Tribunal Administrativo de Antioquia.— Acción: nulidad.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 1o. de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que denegó las súplicas de la demanda.

I.– ANTECEDENTES.

I.1.– El ciudadano ALBERTO MONTOYA MONTOYA, 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 de Antioquia, tendiente a obtener la nulidad de los artículos 107 a 110 del Decreto Extraordinario 1562 de 15 de agosto de 1984 "Por medio del cual se modifica y actualiza el Código de Rentas de Antioquia, adoptado mediante la Ordenanza No. 61 de diciembre 15 de 1977 y reformado por el Decreto No. 0653 de abril 29 de 1982", expedido por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia.

I.2.– Los artículos acusados son del siguiente tenor:

"... Artículo 107. El que fabrique, negocie o transporte formularios destinados al juego ilegal de apuestas permanentes, incurrirá en arresto hasta por un año.

Artículo 108. El que tenga en su poder formularios no oficiales para el juego de apuestas permanentes, o los expenda, incurrirá en arresto hasta por un año.

En igual sanción incurrirá el que por sí o por interpuesta persona, venda apuestas sin la respectiva licencia oficial.

Si se tratare de personas o entidades que tengan suscrito contrato de concesión con la Beneficencia de Antioquia o posean carné o credencial de vendedores, se enviará a ésta copia de lo actuado para los efectos administrativos a que hubiere lugar.

Artículo 109. El que promueve o permita en establecimientos abiertos al público, de su propiedad o que esté bajo su administración, la venta ilegal de apuestas permanentes, incurrirá en arresto hasta por un año y en la suspensión de las licencias de rentas y de funcionamiento hasta por treinta (30) días o en su cancelación según la gravedad del hecho.

Artículo 110. En todos los casos a que se refieren los artículos anteriores se decomisarán los elementos utilizados en la contravención, los cuales serán adjudicados en favor del Departamento o se ordenará su destrucción, según el caso...".

I.3.– Como normas violadas se señalaron los artículos 20, 63, 120 ordinal 3o. y 187 ordinal 9o. de la Constitución Nacional; 5o. de la Ley 1a. de 1982 (artículo 202 del C.R.D.); 6o. y 7o. del Decreto Legislativo 386 de 1983; 10, 22, 30, 31, 64 a 87 y 91 del Decreto Reglamentario 33 de 1984

y 27 –equivocadamente se citó el 26– del Decreto Ley 522 de 1971 (Código Nacional de Policía).

I.4.– A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con el proferimiento de la sentencia de 1o. de junio de 1990, la cual fue oportunamente apelada por el actor.

II.– LA SENTENCIA RECURRIDA.

Para denegar las súplicas de la demanda el Tribunal *a-quo*, razonó de la siguiente manera:

1o.): En primer lugar, con apoyo en el artículo 175 del C.C.A., se considera que respecto del artículo 109 acusado operó el principio de la cosa juzgada en cuanto toca con la violación de los artículos 187 ordinal 9o. de la Constitución de 1886 y 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983, porque esta Corporación se pronunció adversamente sobre su violación en sentencia de 24 de octubre de 1984, en un proceso de nulidad instaurado contra el mencionado artículo 109, que obra a folio 59 a 64 del expediente.

2o.): El artículo 109 demandado no viola el artículo 7o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 ni las normas del Decreto Reglamentario 33 de 1984, por cuanto éstos se refieren a una materia diferente a la contemplada en aquél: regulan aspectos atinentes a los concesionarios y vendedores de apuestas, no a personas diferentes como los propietarios o administradores de establecimientos abiertos al público.

3o.): El artículo 109 no viola el artículo 27 del Decreto Ley 522 de 1971, que sanciona la explotación de juegos prohibidos, por cuanto el de apuestas permanentes o chance no se puede considerar como tal, ya que fue legalizado y permitido por la Ley 1o. de 1982 y porque no afecta el orden social. No es, por lo tanto, materia policiva, de la regulada por dicho Decreto.

4o.): El artículo 109 es una norma de policía local, cuya validez tiene su fundamento en el artículo 62 numeral 15 del C.R.D., que señala como función de las Asambleas "La represión y castigo del fraude".

5o.): Los artículos 107, 108 y 110 acusados no reproducen la Ordenanza número 34 de 7 de diciembre de 1989 de la Asamblea Departamental de Antioquia, anulada por el Tribunal en sentencia de 30 de mayo de 1988 (folio 74 a 78), como lo afirma el demandante con fundamento en el artículo 158 del C.C.A., por cuanto ellos no corresponden al ejercicio de las atribuciones de los artículos 187 ordinal 9o. de la Constitución Nacional y 60 numeral 9o. del C.R.D., sino a la prevista en el artículo 62 numeral 15 de este

último que, como se ha visto, facultaba al Gobernador para reprimir y castigar el fraude al fisco.

III.– SUSTENTACION DEL RECURSO

El actor, en el escrito en que interpuso y sustentó la apelación, pide la revocatoria de la providencia apelada y que en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda, aduciendo lo siguiente:

1o.): Los artículos impugnados al establecer como sanción, penas de arresto hasta por un año, están tipificando como punibles unas conductas contravencionales, las cuales sólo puede establecer el legislador. Es la ley penal la que debe definir el hecho punible de manera inequívoca.

2o.): La creación de tipos delictivos y contravencionales, es un mandato que le está otorgado al legislador y su aplicación al juez, así lo señala claramente el artículo 18 del Código de Procedimiento Penal y el artículo 1o. del Código Penal, al establecer este último el principio de la legalidad como norma rectora de la ley penal colombiana. Este principio constituye el más valioso amparo contra la arbitrariedad judicial y administrativa, pues, según él, tanto el hecho punible como el contravencional y las penas o medidas de seguridad, deben estar previa y claramente definidas por la ley penal. No pueden, por consiguiente, ni el juez ni los funcionarios administrativos crear tipos delictivos o contravencionales, pues esta es una función estrictamente reservada al legislador.

3o.): Los artículos impugnados al establecer penas de arresto hasta de un año, crearon un tipo de conducta punitivo que sólo le es dable establecerlo al legislador, violándose así los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional.

4o.): El artículo 7o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 fue el que estableció sanciones para los compradores o apostadores de chance ilegal, remitiendo la sanción aplicada a lo dispuesto en el Código Nacional de Policía, el cual, en su artículo 27, establece sanciones de multa de un mil a cinco mil pesos y la clausura definitiva del establecimiento, si lo tuviere. Toda sanción o pena contravencional por fraude a las rentas, diferente a la norma policiva, así sea en función residual, es abiertamente contraria a las normas legales antes citadas.

IV.– CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Primero de la Corporación estima que se debe confirmar la providencia apelada habida cuenta que no se encuentra fundamentación a las pretensiones del actor.

V.– CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con la primera censura que plantea el recurrente, de violación de los artículos 18 del Código de Procedimiento Penal y 1o. del Código Penal, por los actos acusados, la Sala se abstiene de analizarla habida cuenta que no se invocó su violación en el libelo de la demanda y no fue, por consiguiente, objeto de pronunciamiento del fallador de primer grado.

Sobre la segunda censura, de que con los artículos acusados al establecer sanciones y como punibles unas conductas contravencionales se invadió el campo reservado al legislador y se quebrantaron los artículos 20 y 63 de la Constitución Nacional –que corresponden a los artículos 6o. y 122 de la actual–, 7o. del Decreto Legislativo 386 de 1983 y 27 del Decreto Ley 522 de 1971 (Código Nacional de Policía), la Sala se permite hacer las siguientes consideraciones:

1o.) La Ley 1a. de 1982, con miras a establecer una nueva fuente de financiación de los programas de los Servicios Seccionales de Salud, autorizó a las Loterías o a las Beneficencias que las administren "para utilizar los resultados de los premios mayores de los sorteos de todas ellas en juegos de apuestas permanentes con premios en dinero". Estos juegos pueden ser realizados por las mismas entidades o mediante contratos de concesión con particulares (artículo 1o.). Según la Corte Suprema de Justicia, tal modalidad de juego no es sino la ampliación del viejo monopolio de las loterías y sorteos.

El artículo 5o. de la mencionada Ley (que corresponde al 202 del C.R.D.), autorizó al Gobierno Nacional para reglamentar el Juego de Apuestas Permanentes en forma uniforme en los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá y los Territorios Nacionales.

2o.): Mediante el Decreto Legislativo 386 de 1983, se estableció en sus artículos 6o. y 8o., un régimen de sanciones para quienes infringieran la Ley 1a. de 1982, sus Decretos Reglamentarios y dicho Decreto.

3o.): Posteriormente se expidió el Decreto 33 de 12 de enero de 1984, reglamentario de la Ley 1a. de 1982 y del Decreto Legislativo 386 de 1983, el cual, en sus artículos 64 a 68, consagró un régimen de sanciones para los concesionarios y vendedores o colocadores del Juego de Apuestas Permanentes, así como para los compradores que realizaren apuestas en formularios no oficiales (consagrando para estos últimos las sanciones establecidas en el Código Nacional de Policía para juegos ilegales).

De las normas legales y reglamentarias antes enunciadas, así como del carácter del monopolio que tiene el Juego de Apuestas Permanentes, fluye con claridad: a): que sólo puede ser regulado en virtud de ley, por mandato

del artículo 31 de la Constitución de 1886 (336 de la actual); b): que su reglamentación corresponde al Gobierno Nacional, quien la establecerá de manera uniforme para los Departamentos, el Distrito Especial de Bogotá (hoy Distrito Capital), y los Territorios Nacionales; c): que las Loterías o Beneficencias pueden explotar dicho monopolio por sí mismas o mediante contratos de concesión con particulares; d): que los ingresos que produzca dicho juego se destinarán exclusivamente a los programas que adelanten los Servicios Seccionales de Salud; y e): que las Asambleas Departamentales carecen, por consiguiente, de facultades para establecer régimen sancionatorio por la infracción de las normas legales y reglamentarias del Juego de Apuestas Permanentes.

Del análisis precedente, emerge como conclusión, que el señor Gobernador de Antioquia –como también la Asamblea Departamental que le confirió facultades extraordinarias– se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y por tal razón quebrantó los mandatos constitucionales, legales y reglamentarios invocados por el recurrente, razón potísima para que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se disponga decretar la nulidad de los actos acusados.

La Sala se permite advertir que dicho pronunciamiento cobija también al artículo 109 demandado, dado que la excepción de cosa juzgada que se aplicó sobre él, solamente opera respecto de dos de los artículos invocados como violados: el 187 ordinal 9o. de la Constitución de 1866 y el 6o. del Decreto Legislativo 386 de 1983.

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.) Revócase la sentencia apelada de 1o. de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, y, en su lugar, se dispone: decrétase la nulidad de los artículos 107 a 110 del Decreto número 1562 de 15 de agosto de 1984 "Por medio del cual se modifica y actualiza el Código de Rentas de Antioquia, adoptado mediante la Ordenanza No. 61 de diciembre 15 de 1977 y reformado por el Decreto No. 0653 de abril 29 de 1982", expedido por el señor Gobernador del Departamento de Antioquia.

2o.): En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 28 de noviembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

AGENTE DEL GOBERNADOR/GOBERNADOR/COMPETENCIA

La determinación de la calidad que ostenta el Agente Fiscal de Santander en Bogotá depende de la naturaleza de las funciones tanto generales como especiales que le han sido asignadas por las ordenanzas que de ello se han ocupado. Analizando tales funciones, el cargo es de aquéllos a los cuales la naturaleza de las mismas le imprimen el carácter de agente del Gobernador, de lo cual resulta que el Gobernador, como jefe de la administración seccional, es competente, privativamente, tanto de su nombramiento como de su remoción.

CONFIRMA LA NULIDAD del artículo 1o. de la Ordenanza No. 08 de 1976 (noviembre 16), expedida por la Asamblea Departamental de Santander, y REVOCA LA NULIDAD de los artículos 2o. y 3o. de la misma.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1672. Actor: Departamento de Santander.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Reinaldo Ramírez, en su condición de parte impugnadora, contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de diciembre de 1990.

I.— ANTECEDENTES

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

El señor Eduardo Camacho Barco, en su condición de Gobernador del Departamento de Santander, y como tal su representante legal, en ejercicio de la acción pública de nulidad, consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó, a través de apoderado, ante el Tribunal Administrativo de dicho Departamento la nulidad de la Ordenanza No. 08 de 16 de noviembre de 1976, expedida por la Asamblea de Santander.

b.— El acto acusado.

Lo es la mencionada Ordenanza No. 08 de 1976, "Por la cual se establece la elección de Agente Fiscal de Santander en Bogotá y se fijan requisitos para ocupar el cargo" (fl. 2 Cdno. No. 1).

En ella se estableció que a partir de su vigencia "... la Asamblea elegirá para períodos de dos años, al funcionario que desempeñe el cargo de Agente Fiscal de Santander en Bogotá" (art. 1o.); se dispuso que para ser elegido en dicho cargo "se requiere haber sido miembro principal del Congreso de la República, o Gobernador del Departamento, Contralor Departamental, o profesional con título universitario" (art. 2o.) y se determinó la fecha de su vigencia (art. 3o.).

c.— Los hechos de la demanda.

Los hechos que la parte actora cita como fundamento de sus pretensiones, pueden resumirse así (fls. 3 y 4 Cdno. No. 1):

Mediante la Ordenanza No. 3 de 1915, la Asamblea de Santander estableció en la capital de la República una Agencia Fiscal del Departamento, encargada de cobrar las sumas que la Nación u otras entidades adeudasen a dicho ente territorial, por cualquier concepto. Allí mismo se determinó que la designación de los Agentes Fiscales y los asuntos a confiárseles estarían a cargo y serían determinados por el Gobernador.

Por Ordenanza No. 16 de 1961 se organizó la mencionada Agencia Fiscal y se señaló, como función general, la de representar al Departamento en la capital de la República, asignándole claras y precisas funciones que indican su condición de agente del Gobernador.

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. 5 y 6 Cdno. No. 1):

Primer cargo.– Violación indirecta de los artículos 187 y 194 ordinal 2o. de la Constitución Política y de los artículos 97 y 127 de la Ley 4a. de 1913, estos últimos vigentes al momento de expedirse el acto impugnado, toda vez que la Asamblea asumió funciones asignadas exclusivamente al Gobernador, las cuales señalan a este la facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes. Por el contrario, tanto la Constitución como la ley sólo asignan a la Asamblea la facultad de elegir Contralor del Departamento.

Segundo cargo.– Violación directa del artículo 98, ordinal 2o. de la Ley 4a. de 1913, pues mediante el acto acusado se interviene en un aspecto administrativo ya asignado a distinta autoridad y excluido, por tanto, del ámbito de gestión de la Asamblea.

Tercer cargo.– Violación de los artículos 20 y 63 de la Constitución Política, pues la Asamblea de Santander desbordó el marco normativo de sus actuaciones, dando con ello lugar a una de las causales de nulidad que consagra el artículo 84 del Decreto-Ley 01 de 1984.

Cuarto cargo.– Violación indirecta del artículo 84 del C.C.A., por cuanto el acto acusado fue expedido por organismo incompetente, de acuerdo con los anteriores cargos.

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:

Mediante providencia de 6 de marzo de 1990 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 9 a 13 Cdno. No. 1).

Decretadas como pruebas las aducidas con la demanda (fl. 16 Cdno. No. 1) y dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión, ninguna de ellas hizo uso de tal derecho (fl. 17 Cdno. No. 1).

En el concepto de fondo del Agente del Ministerio Público ante el Tribunal se solicitó acceder a las súplicas de la demanda (fls. 19 a 22 Cdno. No. 1).

Por auto de 18 de septiembre de 1990 se decretó como prueba de oficio al expediente las Ordenanzas de la Asamblea de Santander Nos. 06 de 1928, 16 de 1961 y 69 de 1963.

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. 34 a 41 Cdno. No. 1).

"... Si bien cuando se expidió el acto acusado se encontraba vigente la Ley 4a. de 1913, a la fecha de presentación de la demanda se encuentra rigiendo el Decreto 1222 de 1986, cuyas disposiciones hubieran debido invocarse como violadas, por ello nos limitaremos a los preceptos constitucionales planteados en el libelo".

Aun cuando no aparece en forma clara la violación de los artículos 20 y 63 de la Constitución Política, se considera que la parte actora atribuye su quebranto a la extralimitación de funciones en que incurrió la Asamblea Departamental al expedir el acto acusado.

Analizadas las atribuciones constitucionales de las asambleas, se observa que en ninguna de ellas se consagra la de elegir funcionarios diferentes al de Contralor Departamental, según lo determina el artículo 187, ordinal 8o. de la C.N., además de que el ordinal 5o. de la misma norma precisa que la estructura de la administración departamental se determina a iniciativa del Gobernador, al igual que las funciones de las diferentes dependencias y las escalas de remuneración correspondientes a las diferentes categorías de empleos.

Se estima, igualmente, que el Agente Fiscal del Departamento de Santander en Bogotá tiene la categoría de agente del Gobernador, por las siguientes razones:

Las Ordenanzas números 06 de 1928, 16 de 1961 y 69 de 1963 ratifican en forma sucesiva la condición del mencionado funcionario como Agente del Gobernador y de ellas se deduce que su función principal es la de representar al Departamento en todos los asuntos en que este tenga interés, conforme a las instrucciones que reciba de la Gobernación, "... es decir, la Gobernación delegó en este funcionario y para los efectos previstos en los actos aludidos, la representación que por mandato legal corresponde al ejecutivo local...".

Por otra parte, al preceptuarse en el artículo 3o. de la Ordenanza No; 69 de 1963 que el Agente Fiscal tendrá una asignación mensual igual a la de un Secretario de la Gobernación, por tener la misma categoría, ratifica el hecho de que el Gobernador continúa teniendo una injerencia determinante en el manejo de esa oficina.

Si una de las funciones asignadas constitucionalmente a los Gobernadores es la de nombrar y separar libremente a sus agentes, en virtud de la natu-

raleza de los actos a ellos encomendados, que se tipifican en la representación que hacen del Gobernador, no cabe duda que las funciones asignadas al Agente Fiscal demuestran una interrelación entre estos dos funcionarios.

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. 45 a 51 Cdno. No. 1).

Luego de hacer un recuento histórico sobre las facultades de las asambleas departamentales desde 1886 y de criticar la tendencia de concentrar el poder político en el ejecutivo nacional y local, el recurrente expresa que el Congreso, en ejercicio de la atribución constitucional prevista en el artículo 76, ordinal 7o., en concordancia con el artículo 187 ibídem, expidió la Ley 84 de 1915 que permite a las asambleas "reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas y que no tengan el carácter de agentes del Gobernador, excepto los Tesoreros Generales del Departamento, los Recaudadores Gerentes o Administradores Generales de las Rentas que siempre serán nombrados por el Gobernador del Departamento" (art. 5o.).

A raíz de las controversias que generó la norma anteriormente mencionada, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 604 de 1933, con el fin de determinar el alcance de tal atribución, ratificando la facultad del Gobernador para nombrar y remover libremente sus agentes y efectuar una enumeración de los empleados que son considerados como tales, agregando que tienen tal carácter, de manera genérica "... todo el personal subalterno de los servicios públicos departamentales como de policía, de construcción de obras públicas, de administración de empresas, bienes y servicios públicos y de recaudación de rentas".

El Consejo de Estado, en sentencias de julio 21 de 1933 y septiembre 25 de 1934, ha fijado pautas, precisado y aclarado el concepto de Agente del Gobernador, dentro del cual no cabe situarse el "Agente Fiscal", creado por Ordenanza y quien, de ninguna manera, ejerce sus funciones bajo la dependencia directa del Gobernador.

El artículo 187, ordinal 8o. de la Constitución, carece del aspecto negativo que dedujo el Tribunal y sólo se limita a conceder a las asambleas una atribución de carácter exclusivo que no puede ser asumida por ninguna otra autoridad.

En la segunda de las providencias mencionadas, el Consejo de Estado ha definido que "El empleado departamental que ejercite sus funciones fuera de la dependencia directa del Gobernador, no es agente de éste".

IV.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación considera que la sentencia del Tribunal debe ser revocada, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 7 a 10 Cdno. No. 2):

En virtud de lo dispuesto por el artículo 5o. de la Ley 84 de 1915, la competencia de la Asamblea para reservarse el nombramiento del Agente Fiscal de Santander en Bogotá depende de si tal funcionario tiene o no el carácter de agente del Gobernador.

Considerando que el cargo no hace parte de la estructura de la administración departamental, que el funcionario no depende directamente del Gobernador y que cumple sus funciones fuera de la órbita del mandatario seccional, ello "parece indicar" que el Agente Fiscal de Santander no tiene el carácter de agente del Gobernador.

Para llegar a la segura conclusión de que el citado funcionario no tiene el carácter de agente del Gobernador, debe considerarse su origen y evolución ordenanzal, tal como se establece en la demanda, "... y no se ve la razón para que la Asamblea no pueda crear tales cargos y establecer, por ejemplo, que el Agente Fiscal de Santander en Bogotá no tenga la calidad de Agente del Gobernador".

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del análisis de los cargos formulados contra la sentencia apelada, se deduce que el aspecto central del caso en estudio consiste en determinar si el "Agente Fiscal de Santander en Bogotá" tiene o no el carácter de agente del Gobernador de dicho Departamento, pues mientras el *a-quo* le atribuye tal carácter, el recurrente sostiene que dentro de las pautas generales y la enumeración de los empleos que hace la Ley 84 de 1915 y el Decreto 604 de 1933, no se encuentra que el empleado en mención ostente dicha calidad.

Al respecto y en primer término, la Sala debe puntualizar que, contrariamente a lo expuesto por el Tribunal de origen, las normas que de la Ley 4a. de 1913 el actor citó como fundamento de su demanda debieron ser tenidas en cuenta al dictarse la sentencia apelada, pues al momento de expedición del acto acusado, noviembre 16 de 1976, ellas se encontraban vigentes y por tal razón tenían, entre otras, relación con el nacimiento a la vida jurídica del acto enjuiciado.

Igualmente, al momento de expedirse el acto acusado se encontraba vigente el artículo 5o. de la Ley 84 de 1915, que expresaba:

"Artículo 5o. Las Asambleas de los Departamentos pueden reservarse el nombramiento de los empleados departamentales creados por ordenanzas y que no tengan el carácter de agentes del Gobernador, excepto los Tesoreros Generales del Departamento, los Recaudadores, Gerentes o Administradores Generales de las rentas, que siempre serán nombrados por el Gobernador del Departamento".

Por su parte, los artículos 1o. y 2o. del Decreto 604 de 1933, a los cuales parece hacer referencia el recurrente, disponían:

"Artículo 1o. A los Gobernadores de los Departamentos como Jefes de las Administraciones Seccionales y Agentes del Poder Ejecutivo, corresponde dirigir la acción administrativa de aquéllas y pueden nombrar y remover libremente sus agentes.

"Artículo 2o. Los Gobernadores nombrarán, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo precedente, Prefectos, Alcaldes, Tesoreros y Recaudadores de rentas o impuestos departamentales, funcionarios o Jefes de Policía Departamental, Directores y Administradores de obras, empresas y servicios públicos de los Departamentos, cualquiera que sea la denominación que se dé a estos empleados; y todo el personal subalterno de los servicios públicos departamentales como de Policía, de construcción de obras públicas, de administración de las empresas, bienes y servicios públicos, y de recaudación de las rentas".

De las normas que se acaban de transcribir, se desprende claramente que la facultad que la ley otorgaba a las asambleas departamentales para nombrar empleados de ese orden, creados por ordenanzas, tenía su limitante en el hecho de que "no tengan el carácter de agentes del Gobernador", pues a este último les está reservada la atribución de nombramiento y remoción de sus agentes.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto por el artículo 181 de la anterior Constitución Política, en concordancia con el artículo 123 de la Ley 4a. de 1913, en cada Departamento había un Gobernador, que era al mismo tiempo agente del gobierno y jefe de la administración seccional, y a quien, de conformidad con la atribución segunda del artículo 194 de la referida Carta Política, le correspondía dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando sus agentes.

A su vez, desde el punto de vista actual y a título ilustrativo, la Constitución de 1991 consagra la existencia de gobernadores en cada uno de los departamentos, con la calidad de jefes de la administración seccional, representantes legales de los mismos y agentes del Presidente de la República para determinados asuntos (art. 303). La misma Carta Política consagra en su artículo 305, numeral 2, como atribución del gobernador la de "Dirigir y

coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio, de conformidad con la Constitución y las leyes". Aún cuando la nueva Carta Política no consagra expresamente como facultad del Gobernador la de libre nombramiento y remoción de los funcionarios bajo su dependencia, como sí lo hace frente a los alcaldes en el numeral 3, del artículo 305, de las normas que se acaban de citar se infiere que si a aquél le está encomendada la dirección de la acción administrativa del territorio bajo su jurisdicción y le compete, igualmente, gestionar y promover su desarrollo, ello sólo le será posible con la consiguiente facultad de nombrar y remover libremente a sus agentes, quienes vienen a ser, en definitiva, los ejecutores de los planes y políticas que se tracen.

Hechas las precisiones anteriores, considera la Sala que la determinación de la calidad que ostenta el Agente Fiscal de Santander en Bogotá depende de la naturaleza de las funciones tanto generales como especiales que le han sido asignadas por las ordenanzas que de ello se han ocupado, pues el acto acusado sólo hace referencia a su elección por parte de la Asamblea y a determinar las calidades que se requieren para desempeñar el cargo, sin que existan disposiciones constitucionales o legales que hayan definido lo que se entiende por "agente del Gobernador". Es por ello que tal concepto "... sólo puede deducirse de la subordinación de las funciones de cada empleado al respectivo plan administrativo, en cuyo desarrollo el Gobernador asuma la dirección y la responsabilidad por mandato legal". (Consejo de Estado, Sentencia de julio 21 de 1933, Consejero Ponente doctor Julio E. Cancino. Anales Año XVI, Núms. 209 a 211, Pág. 90).

Así, de acuerdo con la Ordenanza No. 16 de 1961, tal como quedó modificada por la No. 69 de 1963, que en copia auténtica obran en el expediente (fls. 29 a 32 Cdno. No. 1), la referida Agencia Fiscal tiene a su cargo las siguientes funciones:

1.– "... representar al Departamento en todos los asuntos en que éste tenga interés y que se ventilen en cualquiera de las oficinas públicas existentes en Bogotá o con los particulares, conforme a las instrucciones que reciba de la Gobernación, o del funcionario o entidad a quien corresponda dárselas.

2.– "... Intervenir para que sean incluidas en los Presupuestos Nacionales las sumas que corresponden al Departamento, por auxilios, subvenciones, participaciones, reintegros, indemnizaciones o por cualquier otra causa y hacer las gestiones de cobro de las mismas sumas.

3.– "... Hacer activas gestiones para que por las Cámaras Legislativas y por el Gobierno Nacional se atienda de la mejor manera posible, a los servicios que correspondan al Departamento.

4.– "... Coadyuvar a gestionar los empréstitos internos o externos que el Departamento se proponga contratar.

5.– "... Comunicar oportunamente al Gobernador todo aquello en que tenga o pueda tener interés el Departamento.

6.– "... Servir de agente de los Municipios del Departamento para lo que a éstos les interese..., cuando la Gobernación así lo disponga.

7.– "... Gestionar ante el Congreso Nacional, la Asamblea Departamental y el Poder Ejecutivo, la expedición de Leyes, Ordenanzas, Decretos y Resoluciones o cualesquiera otros actos que interesen al Departamento, de acuerdo con instrucciones que reciba de la Gobernación".

Del análisis de las funciones atrás referenciadas resulta evidente, a juicio de la Sala, que el cargo de "Agente Fiscal de Santander en Bogotá" es, precisamente, de aquéllos a los cuales la naturaleza de las mismas le imprimen el carácter de agente del Gobernador, pues no cabe poner en duda que aquélla de ser representante del Departamento en todos los asuntos en que este tenga interes, "... conforme a las instrucciones que reciba de la Gobernación...", la de "... comunicar oportunamente al Gobernador todo aquello en que tenga o pueda tener interés el Departamento...", entre otras, le imprimen tal carácter, pues tienen por objeto propender por el cumplimiento y desarrollo de sus iniciativas y de su acción, de lo cual resulta que el Gobernador, como jefe de la administración seccional, es competente, privativamente, tanto de su nombramiento como de su remoción.

De otra parte, la Sala considera que las disposiciones contenidas en los artículos 5o. de la Ley 84 de 1915 y 1o. y 2o. del Decreto 604 de 1933 deben entenderse y aplicarse, en primer término, en armonía con las disposiciones constitucionales que hacían relación a las atribuciones propias del Jefe de la Administración Departamental en cuanto a los empleados que de él dependen, ya que sobre su cabeza reposa la responsabilidad y dirección del manejo de los intereses públicos y, en segundo lugar, con la perspectiva histórico-jurídica de que las mencionadas normas surgieron como respuesta a las sucesivas interferencias de las asambleas departamentales en el nombramiento de funcionarios que caían dentro de la órbita de nominación de los gobernadores. Como antecedentes, pueden verse las siguientes sentencias de esta Corporación: 12 de julio de 1915, 15 de enero de 1917 y 21 de julio de 1933, Anales del Consejo de Estado, Tomos Nos. I, pág. 613, III, pág. 581, XVI, pág. 91, respectivamente.

Las anteriores razones son suficientes para establecer la ilegalidad del acto enjuiciado en cuanto se refiere al origen de la designación del "Agente Fiscal de Santander en Bogotá" y, por ende, para confirmar, en este aspecto,

la senencia del Tribunal Administrativo de Santander, objeto del recurso de apelación.

No obstante lo anterior, se observa que aún cuando la acción se ejercitó contra la totalidad de la Ordenanza No. 08 de 1976, la parte actora no formuló en su demanda reparo alguno contra los artículos 2o. y 3o. que tratan sobre las calidades que se exigen para desempeñar el cargo y la fecha de su vigencia, respectivamente, por lo cual la Sala considera que no asistió razón al Tribunal para haber decretado la nulidad de estos últmos, por la potísima razón de que los vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad que afectan a una disposición no se transmiten *per se* a las demás que integran el acto acusado pero que tratan o regulan aspectos diferentes a aquél que es objeto de los cargos planteados por considerarse contrario al orden jurídico. Por esta razón se procederá a la revocatoria de la sentencia apelada, en cuanto a este aspecto se refiere.

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

FALLA:

Primero.– CONFIRMARSE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de diciembre de 1990, en cuanto comprende la nulidad del artículo 1o. de la Ordenanza No. 08 de 16 de noviembre de 1976, expedida por la Asamblea Departamental de Santander.

Segundo.– REVOCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 14 de diciembre de 1990, en cuanto comprende la nulidad de los artículos 2o. y 3o. de la Ordenanza No. 08 de 16 de noviembre de 1976, expedida por la Asamblea Departamental de Santander.

Tercero.– 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 cinco de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACTO DE TRAMITE/RECUSACION

La decisión que se adopte en relación con la recusación formulada contra el funcionario, de cualquier orden, no puede considerarse como definitoria del fondo del asunto que se encuentra a cargo del respectivo agente público, pues, ello equivaldría a predicar, erróneamente, y a manera de ejemplo, que si dentro de un proceso se recusa al juez o magistrado que está conociendo de él, la decisión que recaiga sobre la recusación conlleva la definición del conflicto sometido a decisión judicial.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Primera.— Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1143. Juan Claudio Morales González.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por el ciudadano Juan Claudio Morales González contra el Decreto No. 2192 de 24 de octubre de 1988, expedido por el Presidente de la República, con la firma del Ministro de Hacienda y Crédito Público.

I.— ANTECEDENTES

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

El ciudadano Juan Claudio Morales González, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A.,

demandó ante esta Corporación, el 6 de marzo de 1989, la nulidad del citado Decreto y el restablecmiento del derecho violado con dicho acto, el cual se traduce en las siguientes peticiones adicionales a la de nulidad (fls. 23 y 24):

1.– Como consecuencia de la nulidad del artículo 1o. del acto acusado se declare, en su lugar, "... PROBADA la recusación propuesta al demandante contra la Superintendencia de Control de Cambios, doctora CLARA LAIGNELET GARAVITO y, en consecuencia, se la declare separada del conocimiento de la investigación administrativa adelantada contra el demandante y que conforma el expediente No. 9392 y se designe el funcionario que la debe reemplazar" (mayúsculas del actor).

2.– Como consecuencia de la nulidad del artículo 2o. del Decreto demandado se declare, en su lugar, "... que el funcionario competente decidirá, en su oportunidad, sobre la caducidad de la acción".

3.– Como consecuencia de la nulidad del artículo 3o. del acto acusado, en cuanto decide que contra las disposiciones de dicho Decreto no procede recurso alguno, se declare, "... que contra las decisiones, distintas a la recusación, sí cabe el recurso de reposición".

4.– Como consecuencia de la nulidad del artículo 4o. del Decreto demandado se disponga, en su lugar "... que el acto acusado rige a partir de su ejecutoria".

b.– El acto acusado.

La parte dispositiva del Decreto 2192 de 1988 es del siguiente tenor literal (fl. 3):

"Artículo 1o. No aceptar la recusación propuesta por el doctor Juan Claudio Morales González, contra la Superintendente de Control de Cambios, doctora Clara Laignelet Garavito y, en consecuencia, disponer que continúe adelantando la investigación número 9392.

"Artículo 2o. De acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, a partir de la vigencia del presente Decreto se reanudan los términos de caducidad de que dispone la Superintendencia de Control de Cambios para decidir sobre la investigación adelantada a Juan Claudio Morales González.

"Artículo 3o. Contra la presente decisión no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

"Artículo 4o. El presente Decreto rige a partir de su publicación".

c.– Los hechos de la demanda.

Los hechos que el actor cita como fundamento de sus pretensiones pueden resumirse así (fls. 21 a 23):

Mediante escrito presentado el 8 de septiembre de 1988, el señor Juan Claudio Morales González recusó a la Superintendente de Control de Cambios dentro de la investigación que esa dependencia del Estado adelantaba con radicación No. 9392.

> "Los hechos constitutivos de las causales de recusación, son los siguientes: El Dr. Jorge Vélez García es apoderado del Banco Santander dentro de la investigación administrativa No. 9392, en la cual figuran como sindicados, entre otros, el Banco Santander y el doctor JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ y el hijo legítimo del Dr. Jorge Vélez García, doctor ALEJANDRO VELEZ MUNERA, fue apoderado de la Dra. CLARA LAIGNELET, Superintendente de Control de Cambios, dentro del proceso penal adelantado contra ella en el Juzgado 16 de Instrucción Criminal, por denuncia del Dr. JAIME MICHELSEN y la apoderó en la diligencia de Indagatoria, por lo que frente al apoderado de uno de los sindicados, padre del apoderado de la funcionaria que adelanta la investigación administrativa, se configura, para ella el interés indirecto en el proceso y se configura, igualmente, la causal derivada frente a su apoderado o mandatario, hijo de apoderado de uno de los investigados".

La recusación propuesta fue decidida mediante el acto acusado y no por Resolución Ejecutiva, como debía hacerse.

Contra el Decreto 2192 de 1988 se interpuso recurso de reposición, "... con excepción de la definición de recusación propuesta, pues contra ella no cabe ningún recurso por la vía gubernativa", y hasta la fecha de presentanción de la demanda éste no había sido resuelto.

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, expresadas tanto en la demanda como en el alegato de conclusión, las cuales se presentan de la siguiente manera (fls. 24 a 31 y 543 a 544):

Primer cargo.– Violación del artículo 3o. de la Ley 4a. de 1913, por las razones que expresan tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como los tratadistas que cita en la demanda, ya que de acuerdo con el artículo 84 del C.C.A. los actos administrativos son nulos cuando sean expedidos en forma irregular. Además, repugna a la lógica que una decisión in-

cidental o que ponga fin a un proceso administrativo se adopte mediante decreto. De tal manera que el acto acusado es ilegal, "... pues no responde a las exigencias de tal norma ni a la naturaleza de su contenido ni corresponde a la 'decisión' o 'resolución' referidas en los artículos 3o., 6o., 15, 22, 23, 30, 31, 35, 36, 40, 41, 44, 46 del C.C.A., entre otros".

Segundo cargo.— En cuanto el acto acusado no acepta la recusación propuesta, viola los artículos 3 y 30 del C.C.A. y 142, ordinales 1o. y 5o., violaciones que se configuran en el interés indirecto de la funcionaria recusada y la calidad de madatario de la misma funcionaria del hijo del apoderado de uno de los sindicados.

Tercer cargo.— El artículo 2o. del acto demandado viola los artículos 30 y 38 del C.C.A., 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1975 y 146 del C. de P.C.

La violación del artículo 30 del C.C.A. se configura por el hecho de suspender el término de caducidad de la acción sancionatoria administrativa, lo que es un imposible jurídico, debido a que la caducidad ni se interrumpe ni se suspende. Igualmente, esta norma no le permite al Presidente sino decidir sobre la recusación y al haberlo hecho también sobre la caducidad excede su competencia, causal esta de nulidad al tenor de lo dispuesto por el artículo 84 del C.C.A.

La violación del artículo 38 del C.C.A. se deriva de que esta norma, no prevé ni la suspensión, ni la interrupción de la caducidad.

La violación de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1975 resulta de considerar que si el acto acusado pretendió referirse a la prescripción y no a la caducidad, como lo dice expresamente, crearía un nuevo caso de interrupción no previsto en la ley.

Cuarto cargo.— El artículo 3o. del Decreto acusado viola los artículos 30 y 50 del C.C.A., pues auncuando la primera de las normas citadas expresa que contra la decisión del impedimento no cabe recurso alguno, el artículo 50 del mismo estatuto consagra, por regla general, el recurso de reposición contra los actos de los ministros, de lo cual resulta que contra los artículos 2o., 3o. y 4o. del Decreto acusado sí procede el recurso de reposición.

Quinto cargo.— El artículo 4o. del acto demandado viola los artículos 30, 44, 47, 50, 51, 62, 63 y 64 del C.C.A., pues se ordena la vigencia del Decreto acusado a partir de su publicación, es decir, antes de su notificación, de que se decidan los recursos propuestos y antes de que quede en firme.

e.— Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión se expresan, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 399 a 417 y 525 a 542).

Excepción de caducidad de la acción, pues si de conformidad con el artículo 4o. del Decreto acusado éste rige a partir de su publicación, y ella se llevó a cabo en el Diario Oficial No. 38555 de octubre 31 de 1988, "... la caducidad de la acción empezó a contarse a partir del 1o. de noviembre de 1988, siendo el 1o. de marzo de 1989 el último día en el cual podía haberse intentado válidamente la Acción de Restablecimiento. Dado que ésta se presentó el 6 de marzo de 1989, resulta claro que había operado el fenómeno de la caducidad de la acción".

Con relación al primer cargo.– La denominación de un acto no depende de si el asunto es de carácter general o especial, lo que realmente indica que el "nombre" que se le dé es intrascendente, pues lo que importa es que el acto haya sido expedido por funcionario u organismo competente, en forma regular y con real motivación, como efectivamente ocurrió.

Con relación al segundo cargo.– "El supuesto fáctico de la recusación no era cierto, la Doctora Clara Laignelet Garavito NUNCA recibió conceptos ni asesorías de la Oficina del Dr. Jorge Vélez García en relación con el proceso penal que cursó contra ella por la denuncia penal que le instauró el Sr. Jaime Michelsen Uribe...".

Con relación al tercer cargo.– La norma que regula la materia de recusaciones e impedimentos presentados en procedimientos administrativos es el artículo 30 del C.C.A., lo cual fue ratificado en providencias dictadas dentro del expediente No. 1064 que cursa en la Sección Primera del Consejo de Estado. En consecuencia, dada la recusación propuesta, el plazo para decidir la investigación administrativa cambiaria se suspendió el mismo día en que ella fue presentada y mediante el acto acusado se resolvió reanudar los términos de caducidad.

Con relación al cuarto cargo.– Lo dispuesto en el artículo 3o. del acto acusado es simple aplicación del artículo 30 del C.C.A., toda vez que esta norma establece que contra la decisión adoptada dentro de un incidente de recusación no cabe recurso alguno, decisión que comprende no sólo la manifestación de si se acepta o no la recusación, sino que debe señalar quién debe continuar el trámite, lo que implica indicar que se continúe adelantando el respectivo trámite y se reanuden los plazos de decisión.

Con relación al quinto cargo.– La disposición contenida en el artículo 4o. del Decreto demandado tiene pleno respaldo legal, como se desprende del concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 2 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero Dr. Jaime Paredes Tamayo, en la cual se absuelve una consulta sobre el "Momento en que rige un acto administrativo que niega una recusación".

f.– 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 1o. de septiembre de 1989 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite que corresponde y se denegó la petición de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 170 a 175).

Mediante providencias de 26 de enero y 19 de abril de 1990 se resolvieron adversamente a los recurrentes los recursos de reposición y de súplica interpuestos contra el auto de 1o. de septiembre de 1989, en cuanto se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la suspensión provisional, respectivamente (fls. 210 a 213 y 229 a 236).

Por auto visible a folios 420 y 421 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión hicieron uso de tal derecho las partes actora y demandada (fls. 525 a 542 y 543 a 544).

II.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, la señora Fiscal Primera de la Corporación considera lo siguiente (fls. 554 a 557).

"En primer lugar el acto administrativo sometido a estudio, por ser un acto de trámite que resuelve un incidente de recusación dentro de un proceso administrativo, no es demandable ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, al tenor de los artículos 49, 50, 84, 88 del Código Contencioso Administrativo".

En segundo término, de la aplicación al caso controvertido del concepto rendido el 2 de marzo de 1989 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Radicación No. 263, se tiene que la excepción de caducidad de la acción propuesta por la parte demandada está llamada a prosperar.

III.– CONSIDERACIONES DEL CONSEJO

Como quiera que en su concepto de fondo la señora Fiscal Primera de la Corporación considera que el acto administrativo demandado es de trámite y por consiguiente no acusable ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Sala procede a estudiar su naturaleza jurídica, pues de su definición dependerá el que se emprenda o no el análisis de los cargos formu-

lados contra el mismo, ya que este aspecto toca necesariamente con la presencia o carencia de jurisdicción para dictar fallo de fondo.

En este sentido cabe recordar que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, ejercitada ante esta Corporación por el ciudadano Juan Claudio Morales González, tiende a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 2192 de 1988, por el cual se resolvió la recusación propuesta por la parte actora contra la Superintendente de Control de Cambios, con la cual se pretendía separarla del conocimiento de la investigación administrativa cambiaria que se adelanta dentro del expediente radicado en esa dependencia del Estado bajo el "No. 9392 de 1984" (fls. 3 y 238 a 239).

Sea lo primero dejar sentado que la demanda que dio origen a este proceso se originó durante la vigencia del Decreto 01 de 1984, y que aun-cuando la acción que mediante ella se intenta en este proceso es la de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se consagraba en el artículo 85 del mencionado Decreto, para efecto de determinar la naturaleza jurídica del acto administrativo demandado y, en consecuencia, la procedencia de la misma, debe acudirse al artículo 84 ibídem, el cual señalaba que la acción de nulidad procedía "... contra los actos de carácter definitivo; excepcionalmente contra los preparatorios, de trámite y de ejecución en los casos de los artículos 50, 88 y 153 de este Código".

Ahora bien, el artículo 50 del C.C.A. determina que son actos definitivos aquéllos que ponen fin a una actuación administrativa y los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto. Además, dispone la misma norma, que los actos de trámite ponen fin a una actuación, cuando hagan imposible continuarla.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido, en forma reiterada, que "... el acto definitivo es el que culmina el procedimiento de expedición de la decisión administrativa, tenga o no recurso; y los de tramitación, los intermediarios previos a aquella" (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 30 de noviembre de 1978, Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No. 2448. Actor: Benjamín Ardila Serrano y otros. Anales del Consejo de Estado Nos. 459-460, Segundo Semestre de 1978, pág. 284).

Frente a lo anterior, se pregunta la Sala si el Decreto 2192 de 1988 tiene la calidad de acto definitivo o de trámite con mérito para ser demandado ante esta jurisdicción o si por el contrario, es un acto de simple trámite, no susceptible de modificar situaciones jurídicas subjetivas.

Para resolver este interrogante basta, en criterio de la Sala, traer a colación que el acto enjuiciado tuvo su origen y culminación *dentro de* la actuación administrativa que adelantaba la Superintendencia de Control de

Cambios dentro del ya citado expediente No. 9392 de 1984, razón por la cual no cabe deducir que aquél haya decidido, ni directa ni indirectamente el fondo del asunto, o lo que es lo mismo, que haya tornado imposible continuar con el trámite de la investigación administrativa cambiaria.

Lo expresado permite concluir a la Sala que el acto cuya nulidad se solicita es de simple trámite, pues aúncuando fue dictado por el Presidente de la República en ejercicio de funciones administrativas, la decisión adoptada se limita a resolver la recusación propuesta contra la Superintendencia de Control de Cambios, sin que por ella se decida, como no podría haberse decidido, lo relacionado con la investigación administrativa cambiaria que se adelantaba, entre otras personas contra la parte actora, decisión esta última que cuando se adoptare sí vendría a resolver el fondo del asunto.

En suma, la decisión que se adopte en relación con la recusación formulada contra un funcionario, de cualquier orden, no puede considerarse como definitoria del fondo del asunto que se encuentra a cargo del respectivo agente público, pues ello equivaldría a predicar, erróneamente, y a manera de ejemplo, que si dentro de un proceso se recusa al juez o magistrado que está conociendo de él, la decisión que recaiga sobre la recusación conlleva la definición del conflicto sometido a decisión judicial.

Similares razones a las que anteceden fueron expuestas por esta misma Sala en sentencia proferida el 29 de noviembre de 1991, dentro del expediente radicado bajo el No. 1064, con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, y en el cual se demandaba el mismo decreto acusado en el presente proceso. Igualmente las razones expresadas se identifican con el concepto rendido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación el 2 de marzo de 1989, con ponencia del Consejero doctor Jaime Paredes Tamayo, expediente No. 263, "Referencia: Consulta del Ministro de Hacienda sobre: 'Momento en que rige un acto administrativo que niega una recusación' ".

En consecuencia, el decreto demandado no es un acto de trámite de aquéllos que según el artículo 50 en concordancia con el 84 del C.C.A. son susceptibles de control jurisdiccional. Tampoco es de aquellos a que se referían los artículos 88 del C.C.A. (actos preparatorios que daban lugar a conflictos de competencias) y el artículo 153 del mismo estatuto (sobre suspensión provisional en prevención), modificado el primero y derogado el segundo, respectivamente, por el Decreto 2304 de 1989.

De lo expresado se concluye que el acto cuya nulidad se solicita no es susceptible de ser demandado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y por esta razón el Consejo de Estado carece de jurisdicción para fallar el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio

Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.– DECLARASE que no hay lugar a pronunciamiento de mérito en el presente proceso, por carencia de jurisdicción.

Segundo.– 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 cinco de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

JUNTA METROPOLITANA– Facultades/**ALCALDE METROPOLITANO**– Facultades

Analizando las funciones legales que compelen a la junta metropolitana, se ve solamente un caso en el cual dicha junta puede autorizar al alcalde metropolitano para una gestión allí determinada como es la de celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes metropolitanos. No se le atribuye discrecionalidad alguna a dicha junta para asuntos diferentes.

CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo Metropolitano No. 006 de 1988 (marzo 9) decretada por el T. Administrativo de Santander.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Yesid Rojas Serrano.*

Referencia: Expediente No. 1678. Actor: Blas Enrique Gil.– Asuntos Municipales.

El señor José Vicente Pedraza T., abogado, en su condición de tercero interviniente, ha recurrido en apelación la sentencia del 10 de diciembre de 1990, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Santander en el asunto que pasa a relacionarse.

LA ACCION

El actor de la referencia, mediante apoderado, solicitó al Tribunal la nulidad del Acuerdo Metropolitano No. 006 del 9 de marzo de 1988 que dispone:

"Modificar el artículo 2o. del Acuerdo Metropolitano No. 002 del 24 de febrero de 1987, así:

"Facúltase al Alcalde Metropolitano para que previo concepto de la Junta de Planeación Municipal, autorice el funcionamiento provisional en otro sitio de la ciudad a las Empresas de Transporte que actualmente están establecidas en el Sector del Parque Centenario, hasta tanto la Administración defina y ponga en servicio la Terminal de Transportes".

Sostiene el actor que con el acto anterior se violaron las normas contenidas en el artículo 354 del Decreto 1333 de 1986, numeral 1, literales c), d) y numeral 6 literal d).

"Sustenta el concepto de violación en el hecho de que las Areas Metropolitanas tan sólo pueden trazar pautas generales para que cada municipio estructure las normas específicas de acuerdo con sus necesidades, y por tanto no es permitido que reglamenten esos asuntos específicos, salvo cuando se trata de "Autorizar al Alcalde Metropolitano de manera general para celebrar contratos y en forma especial para negociar empréstitos y enajenar bienes metropolitanos".

"Sostiene que el Acuerdo Metropolitano No. 006 contiene una reglamentación específica para el Municipio de Bucaramanga, en razón a que se está autorizando al Alcalde para solucionar el problema de las empresas de transporte, cuando sólo se puede hacer reglamentaciones generales aplicables en todos los municipios del Area Metropolitana, por lo que se "extralimitó en sus funciones e incurrió en falsa motivación por desviación de sus atribuciones propias"". (folio 87 Cuaderno No. 1).

LA PROVIDENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia fechada el diez de diciembre de mil novecientos noventa, accede a la demanda de nulidad solicitada, decisión a la que llegó después de hacer las siguientes consideraciones:

"La controversia de fondo está en la comparación del acto acusado con el artículo 354 del Decreto 1333 de 1986 en el numeral 1 literales c) y d), y numeral 6 literal d).

"El Acuerdo Metropolitano No. 006 expedido el 9 de marzo de 1988 le concede una facultad al alcalde metropolitano para que autorice el funcionamiento provisional de empresas de transporte en sitios distintos al parque Centenario.

"Con claridad dice el demandante al folio 15, que el Acuerdo 006 fue expedido con el fin de amparar la decisión tomada por la Junta de Planeación Municipal en el Acta No. 002 del 24 de febrero de 1988; pero no explica el por qué. Al respecto cabe observar que si se autoriza al Alcalde para reubicar provisionalmente unas empresas en otros sitios de la ciudad, estaba excluida Berlinas del Fonce pues Planeación Municipal ya había concedido el permiso para que funcionara provisionalmente en la calle 53 No. 20-40. Hay que tener en cuenta que un acto producido por una Junta en la cual participa el alcalde, no es lo mismo que otro producido por el funcionario como tal.

"Al explicar el concepto de violación el demandante arguye que los actos expedidos por las Areas Metropolitanas deben ser para trazar pautas generales que sean aplicables en los municipios que la integran. Esto es cierto, y se deduce no sólo de la lectura de los literales c) y d) del numeral 1, sino de todo el contenido del artículo 354 del Decreto 1333 de 1986.

"Las autorizaciones que puede dar la Junta al Alcalde Metropolitano, están delimitadas en el literal d) del numeral 6 ibídem, y no figura la de autorizar el funcionamiento provisional de empresas de transporte en sitios distintos.

"Así pues, la posición argumental presentada en los alegatos de conclusión para defender el Acuerdo No. 006 no tiene asidero jurídico. Referente a la tesis del interviniente, el Tribunal no controvierte los motivos que tuvo la Junta para expedir el Acuerdo, sino la autorización, que como ya se analizó no está contemplada en la Ley. En cuanto a la afirmación de que el servicio público de transporte debe reglamentarse por parte de la Junta del Area Metropolitana, se puede precisar que tal facultad sólo corresponde para los municipios que integran el Area y no para el servicio de transporte interdepartamental.

"En síntesis, los argumentos de la Suspensión Provisional confirmada por el H. Consejo de Estado, siguen vigentes".

LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION

El recurrente, al sustentar su apelación, hace una relación histórica de las circunstancias que antecedieron y sucedieron al Acuerdo Metropolitano No. 006 del 9 de marzo de 1988 para, finalmente, referirse a la sentencia que apela en los siguientes términos:

"7o.— Y, en lo que respecta a esta demanda se decreta la nulidad del precitado Acuerdo 006, por considerarlo violatorio del Código Urbanístico de Bucaramanga, (artículo 540) que prohibe las licencias de fun-

cionamiento de carácter provisional entendiéndose que para tal efecto se concedían licencias de carácter provisional con fundamento en el Acuerdo Metropolitano atacado".

Luego, intenta interpretaciones semánticas para llegar a la conclusión de que la palabra "autorice", empleada en el acuerdo acusado, equivale a la palabra "apruebe" lo cual, en aplicación del artículo 354 del Código de Régimen Político y Municipal, conduce a la facultad que tiene "el área metropolitana" en relación a los servicios públicos, de "adoptar las medidas necesarias para su organización".

Prolonga el apelante su memorial con otras consideraciones que son completamente irrelevantes para los efectos del recurso, motivo por el cual no se hace relación de ellas.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Primera ante esta Corporación, habiendo estudiado el expediente para lo de su resorte, conceptúa que existen suficientes razones para la confirmación del fallo apelado ya que el punto del debate radica en establecer si el acto acusado nació de una competencia que tuviera la Junta Metropolitana de Bucaramanga para darle facultades al Alcalde de autorizar el funcionamiento, en otro sitio de la ciudad, de las empresas de transporte que estaban establecidas en el sector del parque Centenario. A este respecto, manifiesta:

"Pero de la lectura atenta del artículo 354 puede concluirse que entre las múltiples funciones allí previstas no se encuentra ninguna que permita a las Juntas Metropolitanas autorizar el funcionamiento provisional de las empresas de transporte en un sitio, X o Y, de una de las ciudades, específicamente. Y, por consiguiente, no teniendo tal facultad, tampoco puede autorizar a otra autoridad para hacerlo.

"A las consideraciones expuestas por la Sección Primera del Honorable Consejo de Estado, en providencia del 28 de noviembre de 1988, mediante el cual confirmó el auto de suspensión provisional del acto acusado, que siguen siendo válidas para fundamentar ahora la confirmación del fallo apelado, hay que agregar que es de competencia de los Concejos Municipales reglamentar sobre la utilización de los bienes de uso público y, en general, sobre el mejor aprovechamiento del espacio público. Entre las atribuciones legales de los Concejos señaladas en el artículo 93 del Decreto 1333 de 1986 se encuentra la de "Disponer lo conveniente acerca de la manera como debe hacerse uso de los terrenos comunales de los municipios". Y, más recientemente, los artículos 5, 6, 7 y 8 de la Ley 9a. de 1989 precisan sobre lo que constituye el espacio público y atribuyen a los Concejos funciones relativas a desti-

n ción, mantenimiento, administración, etc. de los bienes de uso público".

LA SALA CONSIDERA Y DECIDE

A fin de decidir el recurso interpuesto, la Sala tiene en cuenta:

En primer lugar, el apelante aparece ante esta instancia completamente desinformado respecto a la providencia que recurre. Afirma en el numeral séptimo de su libelo que la nulidad del Acuerdo 006 se decretó por ser violatorio del Código Urbanístico de Bucaramanga, artículo 540. Pero, observando las consideraciones del fallo en cuestión, no aparece en su contexto tan singular afirmación, la cual en forma alguna podría hacerse puesto que no es esa la norma superior señalada como violada. La única norma de estirpe superior que es objeto de comparación y de estudio en este proceso, en relación con el acto demandado, es el artículo 354 numeral 1o., literales c) y d) y numeral 6o. literal d) del Decreto 1333 del 25 de abril de 1986.

Para la Sala es clara la extralimitación en que incurre el acto acusado, tanto que al manifestarse en un todo de acuerdo con las consideraciones del *a-quo*, quiere hacer notar que las diferentes intervenciones constantes en el expediente, no han hecho variar en lo más mínimo el criterio expuesto cuando se estudió la apelación de la suspensión provisional del acto acusado, cuya actualidad se quiere poner de relieve en esta oportunidad final. Se dijo entonces que el quebranto a la norma superior aparecía patente y ello se explicó con la glosa que aquí se transcribe como motivación suficiente de la confirmación de la providencia:

> "... Y esto resulta tan evidente en el caso *sub-examine* que, analizando detalladamente todas las funciones que competen a la junta metropolitana constantes en el artículo 354 del Código de Régimen Municipal, se ve solamente un caso en el cual dicha junta puede autorizar al Alcalde metropolitano para una gestión allí determinada como es la de celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes metropolitanos. No le atribuye el estatuto discrecionalidad alguna a dicha junta para asuntos diferentes. Y es diferente la materia del Acuerdo *sub-judice*. Es tan obvia la agresión a la norma superior por parte del acto acusado, que la Junta Metropolitana de Bucaramanga al fundamentar su Acuerdo, dice genéricamente "en uso de las atribuciones conferidas por el Decreto 1333 de 1986" sin especificar cuál o cuáles de los trescientos ochenta y seis artículos de dicha codificación le da esas atribuciones, o al menos de las indicadas en el artículo 354 en comento".

Estima en consecuencia la Sala, que resultaría labor inane hacer nuevas lucubraciones sobre el tema.

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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La providencia anterior fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 5 de diciembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

ACCION DE NULIDAD–Improcedencia/**CONCEPTOS**–Naturaleza

Al pretender la demanda en una norma que jurídicamente dejó de existir, como es el caso de los "conceptos" emitidos por cualquier agencia del Estado, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de jurisdicción para acometer su conocimiento.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 1878. Actor: José Jesús Laverde Ospina.

Acude ante esta Corporación el ciudadano José Jesús Laverde Ospina para solicitar la nulidad del "... Concepto emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Gobierno del 19 de noviembre de 1991".

En el texto de la demanda solicita, igualmente, la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Procede esta Sala Unitaria a resolver sobre la admisión de la demanda, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término, cabe señalar que el demandante no expresa en su demanda ninguna norma con fundamento en la cual derive el ejercicio de la acción que mediante ella dice ejercitar. Es por ello que en virtud de los poderes de interpretación de la demanda, reconocidos al juez administrativo por la ley y la jurisprudencia, el Despacho considera que el actor preten-

de fundamentar su demanda en la única norma del C.C.A. que consagra la acción de nulidad, esto es, el artículo 84, subrogado por el artículo 14 del Decreto-Ley 2304 de 1989, y que es del siguiente tenor literal:

> "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 u 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".

Como puede observarse, la norma transcrita que, como atrás se expresó, data de 1989, no consagra por parte alguna la acción de nulidad contra actos como el acusado, es decir contra "conceptos", emitidos por cualquier agencia del Estado, sea cual ella fuere, lo que hace pensar que el accionante fundamentó su demanda con base en el texto original del artículo 84 del Decreto 01 de 1984, que consagraba la mencionada acción contra "... los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general".

Consecuencia de lo expresado es que al pretender fundamentar la demanda en una norma que jurídicamente dejó de existir, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo carece de jurisdicción para acometer su conocimiento, lo cual será declarado en la parte dispositiva de esta providencia.

Además de lo anterior y sin perjuicio de la decisión que habrá de adoptarse, aún bajo la vigencia del texto original del artículo 84 del C.C.A. tampoco sería viable la acción intentada, pues mediante su ejercicio se solicita la nulidad de un concepto que de modo alguno reviste las características de aquéllos contra los cuales procedía la acción, es decir, "Los conceptos y circulares que la administración quiera aplicar de modo general", dado que el emitido por la Oficina Jurídica del Ministerio de Gobierno el 19 de noviembre de 1991 se refiere al caso particular de la aplicación del artículo 40 transitorio de la nueva Constitución Política, a la Ordenanza de 30 de noviembre de 1984, expedida por la Asamblea Departamental del Quindío, por la cual se creó el Municipio de Barcelona, y que fue declarada nula mediante sentencia proferida por esta Corporación el 25 de noviembre de 1988.

En los comentarios que el Tratadista de Derecho Administrativo y actual Consejero de Estado Miguel González Rodríguez hace al artículo 14 del De-

creto-Ley 2304 de 1989, y para el caso particular que ocupa la atención de esta Sala Unitaria, expresa:

"Con la subrogación del artículo 84 del C.C.A. se procuró: 1o.)... 2o.) impedir la posibilidad de que se accione contra los conceptos y circulares de los funcionarios administrativos, por considerar que, simple y llanamente, ellos no constituyen actos administrativos: manifestación de voluntad en ejercicio de una función administrativa, y que en relación con ellos lo que se debe es pregonar o proponer su inaplicabilidad y falta de obligatoriedad" (Código Contencioso Administrativo, Concordado, Comentado, Doctrina y Jurispurdencia, Parte Primera, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990, Pag. 412).

En mérito de las anteriores consideraciones y de conformidad con el artículo 143 del C.C.A., esta Sala Unitaria

DISPONE:

1o.— INADMITIR la presente demanda presentada por el ciudadano José Jesús Laverde Ospina, por falta de jurisdicción.

2o.— Conforme a lo preceptuado por el artículo 85 del C. de P.C., devuélvanse los anexos, sin necesidad de desglose.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Consejero de Estado.

INSPECCION JUDICIAL/PRUEBA ANTICIPADA/COPIA DEL ACTO

Siendo la copia del Acuerdo compulsada del original en el curso de una inspección judicial, tiene el mismo valor probatorio del original. No existe norma alguna que obligue que para aportar como prueba una diligencia de inspección judicial practicada en forma anticipada, se necesario allegar toda la actuación judicial en que ella se realizó.

CONFIRMA LA NULIDAD del Acuerdo No. 001 de 1988 (agosto 17), expedido por el Concejo Municipal de San Marcos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.*

Referencia: Expediente No. 1590. Actor: Luis José González Anaya.– Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de julio de 1990, del Tribunal Administrativo de Sucre.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor apoderado especial del Municipio de San Marcos contra la sentencia de 30 de julio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró la nulidad del Acuerdo número 001 de 17 de agosto de 1988 "por el cual se crea y organiza la Contraloría Municipal de San Marcos", expedido por el Concejo de la mencionada localidad.

I.– ANTECEDENTES:

I.1.– El doctor LUIS JOSE GONZALEZ ANAYA, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84

del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Sucre, tendiente a obtener la nulidad del Acuerdo número 001 de 17 de agosto de 1988, del Concejo Municipal de San Marcos (Sucre), que creó y organizó la Contraloría de dicho Municipio.

I.2.– Como normas violadas se señalaron en el libelo demandatorio los artículos 190 de la Constitución Nacional, 50 de la Ley 11 de 1986, 305 del Decreto-Ley 1333 de 1986, 29 del Decreto-Ley 294 de 1973, 84,132, 137, 138, 139, 152, 155, 158, y 206 a 211 del C.C.A.

I.3.– La demanda fue admitida mediante auto de 1o. de noviembre de 1989, en el cual se dispuso también la suspensión provisional del Acuerdo acusado. Apelado este proveído fue confirmado por esta Sección en auto de 3 de mayo de 1990.

I.4.– Al proceso se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con la expedición de la sentencia de 30 de julio de 1990, que decretó la nulidad del Acuerdo acusado. Esta providencia fue oportunamente apelada por el señor apoderado de la entidad territorial demandada: el Municipio de San Marcos (Sucre).

II.– LA SENTENCIA RECURRIDA

Para decretar la nulidad del Acuerdo que creó y organizó la Contraloría de San Marcos, el Tribunal Administrativo de Sucre razonó de la siguiente manera:

1o.): Los artículos 50 de la Ley 11 de 1986 y 305 del C.R.M., son ambos del siguiente tenor:

> "Los Concejos de los Municipios cuyo presupuesto anual sea superior a cincuenta millones de pesos ($50.000.000), sin incluir el valor de los recursos del 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. El valor aquí señalado 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.
>
> En los Municipios en los cuales no hubiere Contraloría, la vigilancia de su gestión fiscal corresponde a la Contraloría Departamental".

El valor fijado en el artículo 305 ha sido reajustado en un porcentaje igual al de la variación del índice de precios al consumidor certificado por el Dane, así:

AÑO	PORCENTAJE	VALOR ACTUALIZADO
1986	20.95%	$60.475.000.oo
1987	24.02%	$75.001.095.oo
1988	28.12%	$96.091.402.oo

O sea, que para que los Concejos Municipales pudieran crear Contralorías Municipales durante el año 1988, el presupuesto del Municipio debía ascender a la suma de $96.091.402.oo, sin incluir los recursos del crédito ni las transferencias que reciben de la Nación y del Departamento.

2o.): Como el presupuesto del Municipio de San Marcos durante el año de 1988 ascendió a la suma de $127.795.439.oo, pero al descontarle los recursos del crédito y las transferencias de la Nación y del Departamento, que suman $105.596.339.oo, queda reducido a la suma de $22.199.100.oo, y es, por lo tanto, inferior a la suma de $96.091.402.oo, el Concejo Municipal de dicha localidad no podía crear la Contraloría Municipal, siendo nulo el Acuerdo que así lo dispuso.

III.– FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El señor apoderado del Municipio de San Marcos, en el escrito en que interpuso y sustentó el recurso de apelación, pide se revoque la sentencia del Tribunal *a-quo* y, en su defecto, que se declare que es inepta la demanda.

En apoyo de su petición, arguyó lo siguiente:

1o.): La copia del acto acusado aportada con la demanda no es de las hábiles, conforme a lo estatuido en el artículo 139 del C.C.A. Ello se deduce del mismo libelo demandatorio, en el cual se manifiesta que se tardó en presentar la demanda por la negativa del funcionario en suministrar dicha copia, lo que dió lugar a solicitar una inspección judicial, eludiéndose así el procedimiento contemplado en el inciso 4o. del referido artículo.

2o.): La mencionada copia es espúria, porque fue autenticada por la Secretaría del Juzgado que practicó la inspección judicial, quien para la época no tenía funciones de autenticación, como ahora sí las tiene, por mandato del nuevo Código de Procedimiento Civil. El señor Juez ordenó en la inspección judicial, que se tomaran fotocopias de las actas de las sesiones inspeccionadas (las correspondientes al trámite de expedición del Acuerdo), así como del acto acusado "para luego de ser autenticadas entregarlas al solicitante".

3o.): Para que un proyecto sea Acuerdo es indispensable que sea aprobado por el Concejo, sancionado por el Alcalde y publicado. No aparece copia de la sanción por el Alcalde del Acuerdo acusado.

4o.): El acta de la diligencia de inspección judicial no se puede considerar hábil, ya que el actor no presentó copia de su solicitud, que pudiera establecer el objeto de ella y la exhibición; tampoco del auto del Juzgado Promiscuo del Circuito de San Marcos que la ordenó, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297, en concordancia con el 283 y 284 del C.P.C. Luego no hay constancia en el proceso de que en la solicitud se hubieran indicado los hechos que pretendía demostrar el actor, quien no fue la persona que solicitó la diligencia.

No se desprende del expediente, por lo tanto, que se hubieran reunido los requisitos para la práctica de la inspección judicial, por lo cual ésta carece de eficacia y valor probatorio.

5o.): En el acta de inspección judicial no se relacionó o transcribió el Acuerdo número 001 de 7 de diciembre de 1987; el Acuerdo de Presupuesto de Rentas y Gastos para la vigencia Fiscal de 1988, que sirvió de fundamento al que creó la Contraloría, no fue autenticado por un Juez sino por un Notario. Además, no fueron autenticadas todas sus hojas sino la última.

6o.): No se aportó la certificación de la cuantía del presupuesto, que es requisito sustancial de la demanda, pues sirve para determinar si el proceso es del conocimiento del Tribunal en única o primera instancia. Al no haberse acreditado, la demanda resulta inepta.

IV.— CONCEPTO FISCAL

La señora Fiscal Primera de la Corporación se muestra partidaria que se confirme la sentencia apelada, con base en el siguiente razonamiento:

Tanto el artículo 50 de la Ley 11 de 1986 como el artículo 305 del C.R.M. autorizan a los Concejos de los Municipios para crear y organizar Contralorías cuando el presupuesto anual de los mismos sea superior a cincuenta millones de pesos. "... sin incluir el valor de los recursos del crédito ni las transferencias que reciban de la Nación y del Departamento...". Agregan las mencionadas normas: "El valor aquí señalado 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...".

Esto quiere decir, que la base presupuestal fijada en dichas normas sufre un incremento anual y acumulativo, de acuerdo con los registros del Dane.

Verificadas las cifras que arroja el presupuesto del Municipio de San Marcos para el año 1988 se evidencia que no cumple la exigencia legal que permite la creación del órgano fiscalizador propio, pues se aleja groseramente de los topes establecidos, tal como lo analiza el Tribunal en la sentencia apelada, la cual, por tal razón, debe ser confirmada.

V.– CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Las censuras que hace el recurrente a la sentencia apelada no tienen la entidad necesaria de desvirtuar los fundamentos jurídicos en que ella descansa.

En efecto, cabe tener en cuenta, como tuvo oportunidad de expresarlo esta Sección en el auto de 3 de mayo de 1990 que confirmó la medida precautoria (folios 90 a 96), y lo acogió el Tribunal *a-quo* en la sentencia *sub-examine*, que la existencia y autenticidad del acto acusado: el Acuerdo número 001 de 17 de agosto de 1988, del Concejo Municipal de San Marcos, fue directamente verificada por el señor Juez Promiscuo del Circuito del referido Municipio en la diligencia de inspección judicial practicada en los archivos del Concejo Municipal (folios 33 y 34). En dicha diligencia, el expresado funcionario al examinar las actas de las sesiones del Concejo y el Acuerdo número 001 de 17 de agosto de 1988, da fe que este último fue discutido y aprobado en tres debates, debidamente sancionado por el Alcalde y publicado por bando. Igualmente da cuenta que ordenó tomar fotocopias tanto de las actas inspeccionadas como del Acuerdo 001 en mención "para luego de se (sic) ser autenticadas entregarlas al solicitante".

Siendo copia del Acuerdo compulsada del original en el curso de una inspección judicial, tiene el mismo valor probatorio del original, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 254 ordinal 2o. del C.P.C. (hoy corresponde al ordinal 3o. del mismo precepto, según las modificaciones que le introdujo el Decreto-Ley 2282 de 1989). Ante la clara preceptiva de la norma citada, resultaba inocua la irregularidad de aparecer dichas fotocopias autenticadas por la Secretaría del mencionado Juzgado, quien para la fecha de la supuesta autenticación, 12 de septiembre de 1989, carecía de esa atribución –hoy sí la tiene, por mandato del ordinal 1o. del mencionado artículo 254, con las modificaciones que le hizo el Decreto-Ley 2282 de 1989–.

No resultan, por lo tanto, válidas ni atendibles las afirmaciones del recurrente de que la copia del acto es inhábil y espúria.

Igual afirmación cabe hacer respecto de sus glosas a la diligencia de inspección judicial, por cuanto no existe norma alguna que obligue que para aportar como prueba una diligencia de inspección judicial practicada en forma anticipada, sea necesario allegar toda la actuación judicial en que ella se realizó.

Sobre el cargo que no se transcribió o relacionó en la inspección judicial el Acuerdo número 001 de 7 de diciembre de 1987, Presupuesto de Rentas y Gastos del Municipio de San Marcos para la vigencia fiscal de 1988, resulta inserio y desprovisto de fundamento dado que dicho acto no fue objeto de examen en la inspección.

La última censura, de que no se aportó la certificación sobre la cuantía del Presupuesto antes mencionado, también resulta infundada por cuanto la parte actora al aportar fotocopia debidamente autenticada del Acuerdo de Presupuesto (folios 7 a 21), se hacía innecesaria dicha certificación. Valga la pena anotar, que dicha fotocopia al ser autenticada por Notario tiene el mismo valor probatorio del original (artículo 254 ordinal 1o. del C.P.C.).

El análisis precedente conduce a la Sala a la conclusión de que la sentencia apelada estuvo ajustada a derecho, y, por tal causa, debe confirmarse.

En mérito de lo expusto, 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:

Se confirma la sentencia apelada.

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

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en la sesión del día 12 de diciembre de 1991.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

CORRETAJE/CORREDOR/EJERCICIO DE PROFESIONES/AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL/CONTRATO DE FLETAMIENTO MARITIMO/ CORREDOR DE CONTRATOS DE FLETAMIENTO MARITIMO

El Ejecutivo Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al limitar la actividad o la ocupación del corredor de contratos de fletamiento marítimo a las personas naturales, "nacionales colombianas", y reglamentar la ocupación u oficio con exigencias no previstas en la ley reglamentada, tales como la exigencia de una garantía para el correcto ejercicio de corredor, poseer locales apropiados para lo mismo, el otorgamiento de otra garantía para responder al usuario por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, etc.

CONFIRMA LA SUSPENSION PROVISIONAL de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o.,; el literal a.1. del numeral 2 del mismo artículo; el inciso primero del artículo 6o. en la frase "Declaraciones extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto..."; y los artículos 8o., 10 y 12 del Decreto 1753 de 1991, expedido por el Presidente de la República.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Miguel González Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1848. Actor: Gabriel Mesa Zuleta.– Acción de nulidad contra el Decreto 1753 de 1991, expedido por el Presidente de la República.

El señor apoderado de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional, Dirección General Marítima y Portuaria–, dentro de la oportunidad señalada para ello en la ley, interpuso recurso de resposición contra la providencia de 24 de octubre de 1991, por medio de la cual la Sección al admitir la demanda, decretó la suspensión provisional de los literales b), c), d) y f) del numeral 1o. del artículo 5o.; el literal a.1 del numeral 2 del mismo artículo; el inciso primero del artículo 6o. en la frase "Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto..."; y, los artículos 8, 10 y 12 del decreto 1753 de 1991.

I.– SUSTENTACION DEL RECURSO

El Corretaje de Contratos de Fletamiento Marítimo es una actividad marítima, por lo tanto sujeta al control de su ejercicio profesional por la Dirección General Marítima, según lo preceptuado en los arts. 3, 4, 5 núm. 11 del Decreto Ley 2324 de 1984.

"Debe tener en cuenta la Honorable Sala de la Sección Primera del Consejo de Estado lo particularmente especializado de la actividad del corretaje marítimo.

"En efecto, el corredor es una persona con especial conocimiento de un mercado (Art. 1340 C. Co.), por lo que requiere conocer de comercio exterior, tarifas, fletes, transporte marítimo, fletamento, idiomas, regímenes aduaneros, tráfico marítimo, contabilidad, economía y conocimientos jurídicos. Es decir, que la Dirección General Marítima requiere de herramientas eficaces y precisas para poder ejercer el control de esta actividad, por lo que el Decreto 1753 del 4 de julio de 1991 suple adecuadamente el cometido de control sobre la actividad marítima que ejerce la Dirección General Marítima.

"Me permito, en armonía con lo anterior, presentar claridad sobre el contrato de corretaje:

"En el contrato de corretaje una persona que se denomina proponente o interesado, confiere encargo material a otra persona llamada corredor para que la asesore en la oportunidad y persona con la que pueda celebrar un negocio jurídico.

"El corredor se caracteriza por ser un experto o especialista en un área del mercado de bienes y servicios. Sus conocimientos deben armonizar con el manejo del transporte marítimo, dedicarse profesionalmente a esta actividad. Por esta razón los espontáneos u ocasionales que quieran asumir esta actividad no tienen el carácter de corredor.

"En razón de la definición que sobre corredor trae el Código de Comercio en su artículo 1340, el corredor no actúa en nombre de su cliente y tam-

poco es su representante. Es una persona independiente que no participa en la conclusión del contrato, solamente propicia su gestión profesional, simplemente pone en relación a las partes.

"El corredor por lo tanto, contrae la obligación de obrar diligentemente en el desarrollo de su actividad, según su encargo. El corretaje deberá considerarse como un contrato principal, se caracteriza por ser un negocio de colaboración.

"Debe concluirse para este aparte que el corredor tiene el encargo de poner en relación a dos o más personas, facilitar negocios, propiciar negocios y mediar sin vínculo alguno con las partes. El mandatario, por el contrario, tendrá por encargo celebrar negocios por cuenta de otro o en nombre de otro y el agente tendrá el encargo de promover negocios.

"II.– Sobre las normas del Decreto 1753 de 1991 que la Honorable Sala decretó su suspensión provisional, presenta los siguientes argumentos:

"1) El literal b) del numeral 1 del artículo 5 que pide otorgar a favor de la Nación Ministerio de Defensa Nacional-Dirección General Marítima una garantía de cumplimiento de sus obligaciones como corredor de contratos de fletamiento marítimo.

"Efectivamente, como ya se anotó inicialmente, la actividad marítima y en particular el corretaje marítimo son de su esencia profesiones específicas y muy especializadas en las que las negociaciones y transacciones se efectúan en moneda extranjera regularmente (US dólares), por lo que ante una posible negligencia se podrían presentar grandes responsabilidades de tipo contractual y extracontractual. Por eso los espontáneos u ocasionales son un grave riesgo en el desarrollo de esta importante actividad comercial.

"El corredor de contratos de fletamiento marítimo en la ejecución de su encargo debe responder por no haber actuado con la suficiente diligencia. Su responsabilidad también será precontractual por no cumplir con su deber de buena fe en el período del negocio, sin contar que se concluya o no el negocio.

"En consecuencia, lo que pretende el Decreto 1753 de 1991 es dotar a la Dirección General Marítima de medios idóneos para controlar la actividad del corretaje marítimo y garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, lo que le va a permitir al usuario o al particular desprevenido contar con las previsiones necesarias para la obtención de un adecuado servicio.

"El Decreto 1753 en ningún momento pretende restringir la libertad de escoger profesión u oficio. Cualquier persona que desee desempeñar la actividad del corretaje marítimo puede solicitar libremente ante la Dirección

General Marítima su registro e inscripción como corredor de contratos de fletamiento marítimo.

"2) El literal c) del numeral 1 del artículo 5 sobre la exigencia de que el corredor de contratos de fletamiento marítimo posea locales apropiados para el ejercicio de esta actividad.

"En primer término debe tenerse en cuenta que los actos de las personas naturales o jurídicas que se desempeñen como corredores de contratos de fletamento marítimo, conforme al artículo 20 del Código de Comercio, serán considerados como actos de comercio para efectos legales.

"Lo normal es que el corredor de contratos de fletamento marítimo tengan un local apropiado, es decir una oficina como centro de sus operaciones.

"La actividad marítima exige que el corredor de contratos de fletamento marítimo presente una situación estable que le permita ofrecer a sus clientes una imagen seria y de permanencia, a través de una oficina que además cuente con medios de comunicación mínimos que permitan y suministren un manejo de información y control idóneo en el asesoramiento de todos sus clientes.

"Antes de la vigencia del Decreto 1753 de 1991 se venían presentando una serie de anomalías en la prestación de este servicio, las que obedecían a que algunos corredores no disponían de medios mínimos para prestar su servicio a los usuarios. Con el Decreto impugnado se pretende que el corredor atienda y asesore a sus clientes potenciales en una forma adecuada.

"La Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera del Consejo de Estado en el Auto recurrido no descubre clara su posición frente a la exigencia de un local apropiado. El corredor debe velar por su buen desempeño profesional y esto no contraviene la norma constitucional que establece la libertad de profesión u oficio. El Decreto demandado protege esta profesión liberal y propugna porque el usuario reciba un buen servicio.

"El corretaje marítimo debe ser una actividad organizada y como parte de ésta, exige la utilización de medios adecuados (medios de comunicación, personal, mobiliario) para el ejercicio de la actividad marítima del corretaje. Es decir, la presencia y permanencia del corredor son elementos importantes y necesarios en el corretaje marítimo para la buena prestación del servicio a los usuarios.

"3) El literal d) del numeral 1 del artículo 5 sobre la póliza que ampare la eventual responsabilidad profesional del corredor de contratos de fletamento marítimo.

"La misión primaria del seguro no es la de eliminar los riesgos sino atender la satisfacción de las necesidades que de ella se deriven, por lo que no puede ser del todo ajeno a la actividad preventiva.

"El seguro es una institución económica con influencia preponderante en todos los campos de la economía (producción, consumo, comercio, transporte, crédito, etc.).

"Dentro del contexto de la actividad productiva los riesgos significan un obstáculo. No es prudente exponer los patrimonios. Estos patrimonios pueden comprometerse en empresas arriesgadas.

"Dentro de la actividad del corretaje marítimo como actividad comercial, el seguro se encargará de contribuir a su desarrollo, como un factor indirecto de producción. El comercio internacional no puede entender el corretaje marítimo o la actividad del transporte sin la protección del seguro, las actividades de importación y exportación de materias primas de mercacías elaboradas, sujetas a los riesgos del mar solamente podrían ser prestadas por las grandes empresas capaces de hacer frente a todas estas contingencias. Vemos pues como el seguro juega un papel preponderante dentro del transporte marítimo nacional e internacional. Con el seguro ninguna empresa grande o pequeña podrá sentir amenazado su patrimonio por los riesgos marítimos. El seguro además, ha contribuido al perfeccionamiento de los medios de transporte.

"Un producto sin mercado carece de interés económico y ese mercado sin las facilidades de transporte no tendría sentido. Se concluye así que el transporte por mar y por aire encuentran en el seguro un mejor complemento ya que el transporte marítimo y aéreo es el que más afronta riesgos. El transporte como obligación de resultado, es además una actividad peligrosa.

"El corredor de contratos de fletamiento marítimo presta un asesoramiento muy especializado y ante los muchos riesgos que se presentan lo lógico es que el usuario cuente con la garantía de una póliza de responsabilidad profesional contratada por el corredor que le permitirá garantizar los grandes capitales en juego que son transportados. El usuario y las diferentes cargas se verán así respaldadas y sus actividades comerciales protegidas e incrementadas.

"Se concluye así que una póliza de responsabilidad profesional suscrita por el corredor marítimo no limita o excluye su libertad de ejercer libremente su profesión. Es más, será también un beneficio al verse respaldado con esta póliza.

"4) El literal f) del numeral 1 del artículo 5 que hace referencia a las causales de incompatibilidad del artículo 8, el inciso primero del artículo 6

en la frase "... Declaración extrajuicio de que el solicitante no se encuentra comprendido dentro de las causales de incompatibilidad establecidas en el presente Decreto..." y el artículo 8o.

"El artículo 8 desarrolla la incompatibilidad, contemplada expresamente en el Código de Comercio en los artículos 1340 y siguientes, 1455, 1473, 1478, 1489 y siguientes, entre las figuras del agente marítimo, el corredor y el transportador.

"Como vimos inicialmente el corredor es un comerciante profesional que por una remuneración recibe el encargo de concertar la oferta y la demanda, y promueve la conclusión de un negocio, en este caso la celebración de un contrato de fletamento.

"El Artículo 1340 del Código de Comercio enseña que el corredor es la persona que con un especial conocimiento del mercado relaciona a dos o más personas, y no puede estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación.

"Esto quiere decir que debe reconocerse al corredor como una persona independiente, libre de todo vínculo y cuyo objetivo será el de relacionar a otras personas que celebren o concluyan negocios.

"De esta manera y consecuente con las previsiones del Código de Comercio, la función del corredor riñe con figuras como el mandato, la representación, la colaboración y la dependencia.

"Efectivamente, si tomamos la figura del agente marítimo (artículos 1489 y siguientes del Código de Comercio) encontramos que este profesional en la actividad del transporte marítimo desarrolla presupuestos económicos determinantes en esta industria.

"Para el naviero se hace necesario nombrar apoderados generales por razón de sus operaciones. La estadía de la nave en puerto se presenta muy breve y el Capitán de la nave no puede desarrollar todas sus funciones, por lo que se hace necesario un representante permanente que vele por los intereses del armador.

"Entre el armador y el agente marítimo puede mediar un mandato con o sin representación que los liga inmediatamente.

"Es evidente entonces que las figuras de corredor de contratos de fletamiento marítimo y agente marítimo resultan totalmente opuestas en su regulación legal y sus objetivos.

"Sucede que el Decreto 1551 de 1974 permitía que el corredor ejerciera funciones de apoderamiento o representación, lo que facilitaba que, con-

trariando el Código de Comercio, las funciones de agente marítimo y corredor fueran prestadas simultáneamente por una misma persona. Entonces, un agente marítimo siendo representante de un armador podía ser corredor también, presentándose así esta dualidad de funciones incompatibles en una misma persona.

"El Decreto 1753 de 1991 corrije estos graves errores y pone la actividad del corretaje marítimo y el agenciamiento marítimo en armonía con el Código de Comercio.

"Dentro de la función del corretaje marítimo el corredor no puede tener el encargo de celebrar negocios por cuenta de otro o en nombre de otro, solamente puede propiciar, mediar o facilitar estos negocios.

"Se concluye entonces que las figuras de corretaje, el agenciamiento marítimo y el transporte marítimo, especialmente estas dos últimas deben estar desligadas en todo sentido del corretaje marítimo.

"En otra parte la figura del corretaje marítimo es bien distinta de la del corretaje de seguros dado su carácter y especialidad. Es así que el Decreto 1753 de 1991 desarrolla únicamente los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio que corresponden a la Sección Primera del Título XIV y no reglamenta la Sección II que regula en forma autónoma a los corredores de seguros. La facultad reglamentaria de que hizo uso el Gobierno al expedir el Decreto 1753 de 1991 está contenida expresamente en el artículo 1353 del citado Código.

"5) El artículo 10 que autoriza a la Dirección General Marítima para realizar inspecciones periódicas a la sede o sedes del corredor.

"Como anteriormente se comentó, en la actividad del corretaje marítimo se venían presentando una serie de anomalías en su desempeño profesional. En efecto los 'Corredores de Maletín' venían causando grandes trastornos en el servicio a los usuarios no pudiendo tener éstos respaldo o garantía en el servicio prestado. Por supuesto un local apropiado ofrece al usuario una situación estable que le permite tener un mejor y seguro servicio. Esto en armonía con el Decreto 2324 de 1984 que le otorgó a DIMAR la capacidad de controlar, dirigir, coordinar y fomentar la actividad marítima y para este caso en particular el corretaje marítimo.

"6) El artículo 12 que contempla las sanciones al corredor de contratos de fletamiento marítimo por violación a las normas de este Decreto y de la Marina Mercante.

"Como quedó dicho con antelación, el Decreto 2324 de 1984 reorganizó la Dirección General Marítima como la Autoridad Marítima Nacional

que dirije, controla, coordina y fomenta la actividad marítima. Este Decreto igualmente contempla el procedimiento de vía gubernativa establecido para las investigaciones por violación a las normas que regulan las actividades marítimas y de la Marina Mercante, en su Título V. artículos 76 a 82. Quiere decir esto que ante una presunta infracción por parte de un corredor de contratos de fletamento marítimo el Decreto 1753 de 1991 o cualquier otra norma de marina mercante, la investigación se adelantará por el procedimiento del Decreto 2324 de 1984.

Esta facultad disciplinaria de la Dirección General Marítima no puede ni debe confundirse con la responsabilidad contractual o extracontractual en que pueda incurrir un corredor de contrato de fletamento marítimo por razón del incumplimiento de sus obligaciones y deberes en un negocio específico y que necesariamente será declarada por la justicia ordinaria.

"Por lo que resulta claro que el Decreto 1753 de 1991 en lo que toca este artículo en ningún momento se sustrae a la competencia de la justicia ordinaria respecto a la responsabilidad del corredor que puede sobrevenir por causa de su culpa durante su gestión comercial.

"El artículo 12 suspendido provisionalmente en ningún momento viola ninguna norma superior o constitucional".

II.– LA DECISION

Para decir **se considera:**

1o.– Para decretar la suspensión provisional de varios de los artículos del decreto reglamentario acusado, la Sala hizo la confrontación de esas disposiciones con las normas contenidas en la Constitución Política, como aquéllas que consagran que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos y que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquéllas que impliquen un riesgo social, que deben ser definidas legislativamente, y también con aquéllas que se encuentran comprendidas en las normas reglamentadas, o sea, los artículos 1340 a 1346 del Código de Comercio, encontrando que realmente el Ejecutivo Nacional se había excedido en el ejercicio de la potestad o facultad reglamentaria, al limitar la actividad o la ocupación de corredor de contratos de fletamiento marítimo a las personas naturales, *nacionales colombianos,* y reglamentar la ocupación u oficio con exigencias no previstas en la ley reglamentaria, tales como, por ejemplo, la exigencia de una garantía para el correcto ejercicio de corredor, poseer locales apropiados para lo mismo, el otorgamiento de otra garantía para responder el usuario por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, el establecimiento de sanciones diferentes a las señaladas en el Código de

Comercio, la prohibición e inhabilidad para operar simultáneamente como transportador y agente marítimo, etc.

2o.– Las razones expuestas por el señor apoderado de la recurrente, como se puede observar de una atenta lectura del memorial, transcrito anteriormente en su totalidad, no desvirtúan las consideraciones de orden estrictamente jurídico que llevaron a la Sala a adoptar la decisión de suspender provisionalmente los efectos de varias de las normas acusadas, pues se limitan a poner de presente la necesidad de adoptar disposiciones sobre esos temas, en orden a garantizar el debido ejercicio de la actividad u ocupación y el consiguiente cumplimiento de las obligaciones por parte de los corredores de contratos de fletamiento marítimo, así como la total independencia de ellos en relación con las partes en el contrato de transporte marítimo (agente marítimo transportador). En otras palabras, se expresan, como fundamento del recurso, consideraciones que podrían servirle al ejecutivo para proponer un proyecto de ley para introducirle adiciones o modificaciones al Código de Comercio, en cuanto hace relación al contrato de corretaje, pero que, por muy loables que sean, no autorizan, por la vía del reglamento, la adición o la modificación de las normas que actualmente lo regulan, ni pueden servir de fundamento a la revocación de la providencia recurrida, que, como se dijo, sólo tuvo en cuenta –no podía tener otras– consideraciones de carácter jurídico, con total prescindencia de las razones de "conveniencia, oportunidad o mérito" que es imposible que le sirvan de guía al juez administrativo para decidir sobre la constitucionalidad o la legalidad de un acto administrativo enjuiciado.

En consecuencia, el recurso no está llamado a prosperar.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, RESUELVE: CONFIRMAR la providencia de 24 de octubre del presente año, por medio de la cual la Sección dispuso la suspensión provisional de varias de las normas demandadas en el proceso de la referencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase lo que resta de lo ordenado en la precitada providencia.

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

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

COSA JUZGADA– Improcedencia

Conforme al C. de R.M., la decisión adoptada por el Tribunal produce efectos de cosa juzgada en cuanto a la alegación de los artículos constitucionales y legales referidos en los cargos segundo a sexto de la demanda. Sin embargo, y en atención a los mencionados efectos no pueden extenderse a la norma citada en el primer cargo de la demanda, por cuanto ella no fue analizada por el Tribunal, su estudio y la decisión que sobre ella haya lugar procederá.

ACUERDO MUNICIPAL– Irregularidad

La omisión en el texto de los acuerdos municipales, de la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos, es de carácter eminentemente formal, y no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del concejo. Se configura cuando más, una irregularidad en la expedición del acto, que por sí sola no lo hace nulo.

LEGITIMACION POR PASIVA/PARTES– Representación

Siendo el acto acusado expedido por el órgano administrativo colegiado denominado concejo municipal, que hace parte de la persona jurídica "municipio", era precisamente contra ésta última que deja dirigirse la demanda, teniendo en cuenta que "las entidades públicas son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan".

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Primera.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente No. 1342. Actor: Félix José Almanza Gallego.

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 Córdoba el 28 de septiembre de 1989.

I.– ANTECEDENTES

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

El ciudadano Félix José Almanza Gallego, por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho que para la fecha de presentación de la demanda (septiembre 9 de 1988) consagraba el artículo 85 del Decreto-Ley 01 de 1984, solicitó del Tribunal Administrativo de Córdoba la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 010 de junio 7 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Pelayo, y el restablecimiento de los derechos violados con dicho acto, el cual se traduce en las siguientes peticiones adicionales a la de nulidad:

1.– "... se ordene que el inmueble de mi poderdante declarado de utilidad pública por medio del acuerdo antes citado queda automáticamente libre de esa declaratoria, que no se podrá repetir" (sic).

2.– "Comuníquese a la Alcaldía Municipal de San Pelayo la decisión anterior una vez ejecutado el fallo" (sic).

b.– El acto acusado.

Este lo constituye, como ya se expresó, el Acuerdo No. 010 de junio 7 de 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Pelayo, "Por el cual se declara de utilidad pública un lote de terreno y se autoriza al señor Alcalde para su respectiva expropiación", cuya transcripción se omite por lo extenso de su texto (fls. 11 y 11 vto. Cdno. No. 1).

c.– Los hechos de la demanda.

Ellos se reducen a hacer referencia a la expedición del acto acusado, a su sanción y a hacer algunas consideraciones de índole jurídica, las cuales se expresan nuevamente en los subsiguientes acápites de la demanda (fl. 1 Cdno. No. 1).

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, las cuales, se presentan de la siguiente manera (fls. 2 a 5 Cdno. No. 1):

Primer cargo.— Violación del artículo 1o. del Decreto 49 de 1932, pues el acto acusado no expresa de manera concreta las normas de carácter constitucional o legal que facultan al Concejo Municipal para adoptar la decisión en él contenida. Así lo expresó el Consejo de Estado en sentencia proferida por la Sección Cuarta el 25 de abril de 1970.

Segundo cargo.— Violación del artículo 30 de la Constitución Política, pues "no existe en el panorama legal colombiano una sola ley que clasifique esas obras (construcción de una escuela y de un puesto de socorro) como de utilidad pública o de interés social". En apoyo de este cargo se citan y/o transcriben apartes de sentencias del Consejo de Estado, "... de abril 30 de 1943" y de la proferida por la Sección Primera de la misma Corporación el 3 de noviembre de 1983.

Tercer cargo.— Violación de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 1a. de 1943, codificados con pequeñas variaciones por los artículos 44 y 45 del Código de Régimen Municipal, pues el predio declarado de utilidad pública e interés social está situado en el área rural del Municipio, "El espíritu de la norma al contemplar sólo para los bienes urbanos la expropiación Municipal tienen (sic) mucha lógica, pues en lo rural hay lugar a muchas alternativas para solucionar la necesidad social, por la amplitud del campo, sin necesidad de perjudicar temerariamente a un propietario que quiere conservar su predio".

Cuarto cargo.— Violación del artículo 16, numeral 6o. del C. de P.C., pues se confiere competencia para conocer del proceso de expropiación al Juzgado Promiscuo Municipal, y no al Juez Civil del Circuito, como lo señala la norma.

Quinto cargo.— Violación del artículo 115 del Código de Régimen Municipal, pues el acto demandado "... fue publicado en la Cadena de Radio R.C.N., Emisora Radio Cordobesa, Radio Periódico Radio Sucesos R. C. N." y no por el medio que indica la norma en mención.

Sexto cargo.— Violación del artículo 116 del Código de Régimen Municipal, pues el artículo 4o. del acto demandado indica que éste rige desde la fecha de su sanción.

e.– Las razones de la defensa.

En la contestación de la demanda y en su alegato de conclusión la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 29 a 30 y 78 a 79 Cdno. No. 1).

En primer término se proponen las siguientes excepciones:

1o.– Cosa juzgada, con fundamento en que mediante sentencia de 7 de octubre de 1988, que en copia auténtica se acompaña (fls. 32 a 35 Cdno. No. 1), el Tribunal Administrativo de Córdoba declaró ajustado a la Constitución y a la ley el Acuerdo No. 010 de 1988, demandado en este proceso. Además, el fallo en mención dilucidó los dos (2) hechos que se citan como fundamento de esta demanda.

2o.– "Indebida Representación o Incapacidad del demandante (numeral 3o. del art. 97 del C.J.)" (sic), pues no obstante que el poder se otorgó para iniciar la acción de restablecimiento del derecho contra el Acuerdo No. 010 de 1988, el apoderado demandó al Municipio de San Pelayo, facultad que no le fue otorgada.

En relación con el fondo del asunto, los municipios tienen facultades para expropiar terrenos en caseríos, veredas o corregimientos, más aún, si se tienen en cuenta las facultades, deberes y obligaciones que se derivaron para ellos en virtud de los artículos 23 y 24 del Decreto 077 de 1987. "Lógicamente, si la Nación se desprende de la obligación de construir y dotar planteles educativos y esa atribución la transfiere a los Municipios, estos tienen las facultades de la Nación, entre ellas para expropiar en zonas distintas a las urbanas".

"Aun cuando la Ley 9 de 1989 (Reforma Urbana) es posterior, en su artículo 10 y en especial literales c), f) y j) permite la expropiación en zonas rurales, es que esta ley es consecuente los (sic) el ESTATUTO DE LA DESCENTRALIZACION".

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 que obran en el cuaderno No. 1:

Por auto de 19 de octubre de 1988 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 14 a 17).

Mediante providencia visible a folio 38 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las solicitadas por las partes.

Dentro del traslado para alegar de conclusión hicieron uso de ese derecho tanto la parte actora, como la parte demandada (fls. 75 a 77 y 78 a 79).

Como quiera que para la fecha en que se discutió el proyecto de sentencia en el cual se declaraba la nulidad del acto acusado (30 de agosto de 1989) el Tribunal Administrativo de Córdoba estaba integrado por solo dos (2) Magistrados y uno de ellos salvó el voto, se sorteó y posesionó Conjuez para dirimir el empate en la violación (fls. 87 a 89).

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. 100 a 104 Cdno. No. 1):

Se considera que se configura la excepción de cosa juzgada propuesta por la parte demandada, pues el hecho primero de la demanda "... fue objeto de sentencia por este Tribunal según fallo de siete de octubre de 1988" (sic).

En efecto, mediante la comparación del mencionado fallo "... con los postulados de la demanda, se observa que los hechos de la demanda fueron objeto de análisis plenamente en la sentencia..." (sic).

"Se dijo en este fallo de 7 de junio de 1988, que de acuerdo con la Ley 1a. de 1943 artículos 1 y 2 y Decreto Legislativo 237 de 1967 art. 1o. pueden los concejos municipales declarar de utilidad pública interés social un fundo para ser expropiado (sentencia, abril 22 de 1977. C. de E. Sección Primera. Ponente: Mora Osejo" (sic).

A pesar de que el actor sostiene que no existe ley que clasifique las obras a que se refiere el acto acusado como de utilidad pública o de interés social, "... lo cierto es que en la compilación legal anterior Oscar Peña Alzate, Pág. 344, expresa, que la ley ha hecho numerosas definiciones de motivos de expropiación y anota entre las normas usuales, la Ley 21 de 1917 ord. 19 y 20. Dice el 19 'La adquisición, construcción, ensanche y mejora de escuelas, cárceles, cementerios, hospitales y similares'. Dice el 20 'Las obras que benefician a las iglesias, cementerios y establecimientos de educación, beneficencia o caridad de las poblaciones'" (sic).

"Ahora bien, el acuerdo municipal es de fecha 7 de junio de 1988, cuando ya existía la descentralización administrativa signada en el decreto 77 de enero 15 de 1987, y como entes territoriales que fueron robustecidas para mejor cumplir sus fines, los municipios adquirieron más prerrogativas y entre otras extendió a las zonas rurales la expropiación de predios precisamente para los fines perseguidos por el acuerdo

acusado. Hoy los alcaldes mediante la política de descentralización y desconcentración se están inventariando en los municipios los requerimientos de nuevas plazas de maestros para ser por ellos nombrados, si es del caso (ley 29 de 1989).

"En cuanto a que el acuerdo no tiene fuerza obligatoria por falta de publicación ello no es completamente cierto, si se analizan con cuidado los artículos 115 y 116 del C. . de R. Municipal que se dicen violados pues el 116 expresa que los acuerdos expedidos por los concejos y sancionados por el Alcalde se presumen válidos, sólo que a partir de la fecha de publicación produce la plenitud de sus efectos; quiere decir lo anterior, que aquellos acuerdos de carácter general como ley del municipio sean conocidos por todos los ciudadanos las disposiciones a que deben someterse, pues es de la manera más eficiente de exigir su cumplimiento. Pero como en el caso presente no se trata de un acuerdo de carácter general, sino de restablecimiento del derecho, es obvio que una publicación por medio diferente a lo establecido en el art. 115 del C. de R. Municipal, que no es taxativo, hacen del acuerdo acusado que tenga plenos efectos.

"Lo anterior es suficiente para no acceder a las pretensiones de la demanda dado que el acuerdo, de acuerdo con el colaborador fiscal agencia del Ministerio Público no prosperará la demanda" (sic).

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. 106 a 111 Cdno. No. 1):

No es cierto que en la sentencia del 7 de octubre de 1988 el Tribunal haya fallado en el sentido de que los concejos municipales puedan expropiar bienes rurales, pues lo que allí se afirmó es que no estaba demostrado que el predio fuese rural, no obstante encontrarse situado en un caserío y ser una finca rural.

Por otra parte, en el expediente existe constancia del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el sentido que el bien objeto de expropiación por parte del acto acusado pertenece al sector rural.

"El artículo 44 del Código de Régimen Municipal contempla la expropiación por parte de los Municipios unicamente en lo referente a predios urbanos, en consideración a que la expropiación de predios rurales es de exclusiva competencia del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria INCORA".

En cuanto a la afirmación del Tribunal, en el sentido de que el Acuerdo demandado no requiere de la publicación que ordena el artículo 115 del C. de R.M., ésta se controvierte con la sola lectura de la norma, pues de ella se colige que los acuerdos para efecto de publicación tienen el mismo tratamiento.

Además, aunque de manera genérica, el recurrente se refiere nuevamente a las presuntas ilegalidades resultantes de la violación del Decreto 49 de 1932, del artículo 16, numeral 6 del Código de Procedimiento Civil y de los artículos 44, 45 y 115 del Código de Régimen Municipal, a los cuales se refieren los demás cargos planteados en la demanda.

IV.– LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La parte demandada no presentó ningún escrito durante el trámite de la segunda instancia.

V.– EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto, el señor Fiscal Primero de la Corporación considera lo siguiente (fls. 6 a 10 Cdno. No. 2):

A partir de la Ley 1a. de 1943 se determinaron los motivos de utilidad pública e interés social propios y necesarios para decretar la expropiación de predios urbanos. Por su parte, la Ley 21 de 1917 describió los motivos de utilidad pública tendientes a decretar la expropiación forzosa de la propiedad y para limitar el derecho de dominio, consagrando entre ellos la adquisición, construcción, ensanche, reforma y mejora de escuelas, hospitales, etc.

En el Capítulo III del Decreto 77 de 1987 se consagró que la construcción, dotación y mantenimiento de planteles escolares que adelantan entidades del orden nacional estarán, en adelante, a cargo de los municipios.

Si de conformidad con el artículo 30 de la Constitución Política "... el título de propietario lleva implícita la obligación de darle a su derecho una actividad social dentro de un sentido de solidaridad", el Acuerdo demandado tiene este sentido, cuando en sus considerandos se expresa la necesidad urgente de adquirir un lote para la construcción de una escuela y un puesto de salud, se anota ser "el más apropiado por su situación geográfica –ser céntrico– y pertenecer al lote con el mayor número de hectáreas en el pueblo...". De lo anterior se deduce que el lote declarado como de utilidad pública está situado en la parte céntrica del pueblo, pues el vocablo "caserío" que se utiliza, también es sinónimo de población, de grupo de casas habitadas.

Siendo los servicios públicos de salud y de educación necesidades de orden primario de una comunidad, la "... característica de cumplir un clamor general no está determinada por la ubicación del lugar de estos servicios sino *por la función que van a cumplir*, la necesidad de carácter general como quiera que ella *suple y colma aspiraciones que tienen todas las clases y estamentos sociales*". (Subraya la Fiscalía).

Como consecuencia de lo expresado, se considera que debe confirmarse la sentencia apelada.

VI.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala, en primer término, referirse a las excepciones de cosa juzgada, que la sentencia objeto de recurso consideró probada y, dado el caso, a la indebida representación o incapacidad del demandante, la cual no fue objeto de análisis ni de definición por el *a-quo*.

1.– La excepción de cosa juzgada.

Tal como se expresó en acápite anterior de esta sentencia, el Tribunal de origen estimó que dicha excepción se configuraba, en razón de que el "primer hecho" de la demanda fue "objeto de sentencia".

Frente a tan extraña fundamentación del *a-quo* para declarar la prosperidad de la excepción propuesta, la Sala manifiesta no sólo su sorpresa, sino que considera que ella únicamente puede ser producto de la ligereza en el análisis del caso.

En efecto, de la simple lectura de los artículos 175 del C.C.A., que consagra el fenómeno jurídico de la cosa juzgada en relación con las sentencias sobre actos administrativos, y 332 del C. de P.C., que determina los requisitos que deben cumplirse para que sea procedente su declaratoria, resulta que jamás podrá predicarse la prosperidad de la excepción que aquí se analiza en razón de la identidad de los hechos que se citan en las demandas como fundamento de las pretensiones, pues ellos no pueden ser susceptibles, ni "objeto de sentencia", en virtud de una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

El segundo motivo que aduce la parte demandanda en sustento de esta excepción consiste en que el Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante sentencia de 7 de octubre de 1988, declaró ajustado a la Constitución y a la ley el Acuerdo demandado, en prueba de lo cual acompañó copia auténtica de la citada decisión (fls. 32 a 35 Cdno. No. 1).

Analizada por la Sala la referida decisión, y no obstante los confusos términos en que ella se encuentra redactada, se colige que ella constituye la

culminación del proceso que se inició a instancias del Gobernador del Departamento de Córdoba, quien remitió al Tribunal el acto aquí demandado a efectos de obtener un pronunciamiento sobre su validez, de acuerdo con los términos y el procedimiento establecido en los artículos 118 a 131 del Decreto 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal).

Por medio de la mencionada decisión, frente a la cual el artículo 121, numeral 3, del C. de R.M. predica la producción de "... efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados...", y que contra ella no procederá recurso alguno, el Tribunal resolvió, entre otros aspectos, declarar ajustado a la Constitución y a la ley el Acuerdo No. 010 de 7 de junio de 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Pelayo (art. 1o.), y "Declarar ilegal el artículo 2o. del acuerdo municipal anterior en cuanto propone ante el Juzgado Promiscuo Municipal el correspondiente juicio de expropiación" (sic).

En este orden de ideas se tiene que para poder predicarse o no los efectos de la cosa juzgada frente al caso *sub judice,* habrá que determinar, previamente, cuáles fueron los "preceptos constitucionales y legales confrontados" en la decisión adoptada por el Tribunal el 7 de octubre de 1988, confrontación ésta que necesariamente debe referirse a las normas que tanto el Gobernador como la parte coadyuvante de su solicitud debieron citar como violadas por el acto acusado, con aquéllas que invocó en su defensa la parte impugnante (arts. 120, 121 y 122 C. de R.M.) (fl. 32 Cdno. No. 1).

De la atenta lectura de la mencionada decisión, para los fines precedentes y, se repite, frente a la total falta de técnica jurídica en su elaboración, la Sala da por sentado que en ella se analizaron las posibles violaciones de las siguientes disposiciones de carácter constitucional y legal:

1o.– Artículos 115 y 116 del C. de R.M. (fl. 32 Cdno. No. 1).

2o.– Artículo 30 de la Constitución Política (fl. 33 Cdno. No. 1).

3o.– Artículos 1o. y 2o. de la Ley 1a. de 1943 (fl. 34 Cdno. No. 1).

4o.– Artículo 16, numeral 6o. del C. de P.C., vigente al momento de dictarse la providencia (fl. 34 Cdno. No. 1).

De la enumeración que antecede, resulta que conforme al artículo 121 numeral 3, del C. de R.M., la decisión adoptada por el Tribunal el 7 de octubre de 1988 produce los efectos de cosa juzgada en cuanto a la alegada violación de los artículos 30 de la Constitución Política, 1o. y 2o. de la Ley 1a. de 1943, 16 numeral 6, del C. de P.C. y 115 y 116 del C. de R.M., a que hacen referencia los cargos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la demanda, a cuya declaratoria se procederá en la parte resolutiva de esta senten-

cia. Sin embargo, y en atención a que los mencionados efectos no pueden extenderse a la norma citada en el primer cargo de la demanda, por cuanto ella no fue analizada por el Tribunal en la referida decisión, su estudio y la decisión que sobre ella haya lugar procederá, dado el caso, luego de referirse la Sala a la segunda excepción propuesta.

2.– La excepción de indebida representación o incapacidad del demandante.

Fundamenta la parte demandada esta excepción, en el hecho de que habiéndose otorgado poder para demandar el Acuerdo No. 010 de 1988, el apoderado de la parte actora demandó al Municipio de San Pelayo.

Sin necesidad de detenerse en mayores consideraciones, la Sala estima que dicha excepción no está llamada a prosperar, por la sencilla razón de que siendo el acto acusado expedido por el órgano administrativo colegiado denominado Concejo Municipal, que hace parte de la persona jurídica "municipio", era precisamente contra ésta última que debía dirigirse la demanda, como efectivmaente se dirigió, teniendo en cuenta que en virtud del artículo 150 del C.C.A., "las entidades públicas... son parte en todos los procesos contencioso administrativos que se adelanten contra ellas o contra los actos que expidan".

En consecuencia, no prospera la excepción propuesta.

Análisis del primer cargo.

Como se expuso en el acápite pertinente de este fallo, este cargo lo estructura la parte demandante en la transgresión del artículo 1o. del Decreto 49 de 1932, debido a que, en su concepto, el Acuerdo No. 010 de 1988 no expresa concretamente las normas constitucionales o legales que facultaban al Concejo Municipal de San Pelayo para adoptar las decisiones en él contenidas. Como también quedó establecido, el estudio de este cargo por parte de la Sala obedece a que el Tribunal de origen no lo consideró en la sentencia apelada, como tampoco lo hizo en la providencia del 7 de octubre de 1988, mientras que el apelante se refiere a él en su recurso.

Sea lo primero observar que la disposición que se indica como violada por el acto demandado se refiere exclusivamente al procedimiento que debe seguirse para citar a los concejales a las sesiones del Concejo Municipal. No obstante, la errada indicación de la norma, de la explicación del concepto de violación la Sala deduce que el cargo formulado se refiere a la presunta infracción del artículo 11 del mencionado Decreto, el cual expresa lo siguiente:

"Artículo 11. Los Concejos Municipales, al expedir cualquier acuerdo, deben citar precisamente la disposición que les confiera la facultad para dictar dicho acto".

Hecha la precisión anterior, la Sala observa que la disposición que se indica como violada por el acto demandado hace parte del Decreto 49 de 1932, reglamentario de las leyes 84 de 1915 y 5a. de 1929, las cuales deben entenderse derogadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 385 del Decreto-Ley 1333 de 1986 (Código de Régimen Municipal), de tal manera que, según ello, el citado decreto reglamentario tampoco podía considerarse vigente en el momento de expedición del acto acusado.

Pero aún si en gracia de discusión se considerara que lo anterior no es cierto, la Sala encuentra que el acto acusado no incurriría en violación de la citada norma, pues si bien en la sentencia proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación el 25 de abril de 1970, citada por el actor, se estimó que el hecho de no citar expresamente en un acuerdo municipal las disposiciones que confieren la facultad para dictarlo constituía causal suficiente para declarar su nulidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia de 11 de junio de 1974 rectificó la jurisprudencia contenida en el mencionado fallo, en los siguientes términos:

"Del cuidadoso análisis de los actos acusados hecho por el Tribunal *a-quo* se viene en conclusión que la única tacha de las formuladas por el actor que queda en pie, en cuanto al quebranto de lo previsto en los artículos 9o. a 11o. del Decreto reglamentario número 49 de 1932, es la relativa a no haber citado el Concejo de Pereira en el texto de los acuerdos y en forma 'precisa', la disposición legal que le confiere la facultad de dictarlos.

"Esta Sala considera, en acuerdo con el señor Agente del Ministerio Público, que una omisión de carácter eminentemente formal, como la apuntada, que no incide en la decisión material ni altera la expresión de la voluntad misma del Concejo, configura, todo lo más, una irregularidad en la expedición del acto que por sí sola no lo hace nulo. Distinta sería la situación si la irregularidad pierde su carácter formal y circunstancial y se proyecta en el ámbito mismo de la competencia del órgano que expide el acto o bien, cuando significa que la omisión de un requisito substancial para proferirlo, condiciones estas últimas que no ostenta la informalidad que se comenta y que, ellas sí, harían anulable el acto por su propio contenido material.

"De otra parte, se torna aún más intrascendente la omisión que se analiza, si se toma en consideración el principio de que la Ley se presume conocida por los gobernados (Artículos 56 del C. de R.P. y M., y Artículo

9o. del C.C.), presunción que abarca el conocimento de las normas que establecen las materias sobre las cuales tienen competencia los Concejos Municipales para la administración de los asuntos locales y cuya transgresión implica la nulidad de los actos que expidan.

"Cabe anotar que la Constitución no exige respecto de las Leyes que expide el Congreso el cumplimiento de formalidades como la contenida en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932, para los acuerdos, sin que en ello se haya visto obstáculo o impedimento alguno para el cumplido ejercicio de la acción de inexequibilidad en orden a salvaguardar la integridad de la Carta. A similar conclusión se llega en el ámbito de las normas de carácter municipal, frente a las cuales puede ejercerse la acción de nulidad, sin que la guarda de la legalidad sufra menoscabo alguno por haber incurrido un Concejo Municipal en la omisión de que se trata.

"Las anteriores consideraciones unidas a las expresadas por el señor Fiscal Primero de la Corporación, llevan a la Sala a concluir que si bien lo previsto en el Artículo 11 del Decreto 49 de 1932 tiene como finalidad procurar que los Concejos Municipales procedan ordenadamente en el ejercicio de sus atribuciones, su omisión, por sí sola, no vicia de nulidad un acuerdo.

"En los anteriores términos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, modifica la jurisprudencia existente en cuanto al alcance del Artículo 11 del Decreto 49 de 1932". (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de junio de 1974, Consejero Ponente: Doctor Jorge Dávila Hernández, Actor: Antonio Ocampo Ramos. Exp. No. 1950. Anales del Consejo de Estado, Nos. 439 y 440. Primer Semestre de 1974, Págs. 402 y 403).

En consecuencia, no prospera el cargo.

Finalmente, la Sala no puede dejar pasar por alto la preocupación y extrañeza que le causan la superficialidad, falta de coherencia, ausencia de técnica jurídica y aún la lamentable redacción que se detectan tanto en la sentencia objeto de esta segunda instancia como en la providencia del 7 de octubre de 1988, que se pronunció sobre la legalidad del Acuerdo No. 010 de 1988, las cuales no corresponden a la profundidas y seriedad que deben caracterizar las decisiones de un Tribunal de la jerarquía atribuida a los tribunales administrativos. Para ser consecuentes con la majestad de la función atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado, éstos deben tener especial cuidado y aplicación en la producción de los actos que expidan en ejercicio de su alta y delicada misión.

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su Sección Pri-

mera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.— Declárase probada parcialmente la excepción de cosa juzgada en relación con las normas constitucionales y legales de que se da cuenta los cargos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.— Confírmase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 28 de septiembre de 1989.

Tercero.— De conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 392-3 del Código de Procedimiento Civil, condénase en costas de la segunda instancia a la parte actora. Liquídense por Secretaría.

Cuarto.— 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 doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno.

Libardo Rodríguez Rodríguez, Presidente; *Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Miguel González Rodríguez, Yesid Rojas Serrano.*

SECCION

SEGUNDA

DESVIACION DE PODER/INSUBSISTENCIA

La desviación de poder se presenta cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin requerido por la ley, sino en busca de logros diferentes, y quien la alega debe probarla a satisfacción. El hecho de que un funcionario de libre nombramiento y remoción acredite antigüedad en el servicio público y no haya sido objeto de sanciones disciplinarias, no alcanza a enervar la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora, por lo que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de una persona no amparada por fuero de carrera no es contraria a la ley mientras no se pruebe que se produjo por motivos ajenos a las necesidades del buen servicio. No todos los motivos políticos, así se encuentren demostrados en el proceso, vician de ilegalidad el cambio de funcionarios de alto nivel jerárquico en la administración, pues en algunas ocasiones su provisión debe responder a conveniencias de naturaleza político-administrativas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre dos (2) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1647. Actor: Carlos Alberto Barrero Rubio.– Autoridades Departamentales.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de 12 de junio de 1984, proferida por el Tribunal Administrativo del Huila.

LA DEMANDA

Se solicita en la demanda la nulidad de la Resolución No. 000486 de 1 de julio de 1983, por la cual la Contraloría del Departamento del Huila declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Alberto Barrero Rubio como Jefe de Oficina Nivel II, grado 17, de la Oficina de Control Interno, dependiente del despacho del Contralor General de esa entidad.

Como disposiciones violadas el libelo cita los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional; y 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941).

El concepto de la violación hace referencia a que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor se hizo en perjuicio de la entidad y sin mirar los intereses de la misma; que se desmejoró el servicio al nombrar en reemplazo del demandante a una persona que tiene una profesión que no es compatible con las funciones del cargo; que no se tuvo en cuenta la experiencia del señor Barrero Rubio de casi 11 años en el empleo que desempeñaba, de sus méritos y capacidades; que por consiguiente el Contralor Departamental no cumple con los deberes sociales del Estado, cual es el de prestar un buen servicio público; que de conformidad con el artículo 17 de la Carta el Trabajo es una obligación social, y que al actor con la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se le quitó el derecho a trabajar en función de la sociedad; que el Contralor del Departamento del Huila ha violado, además, los artículos 66 y 67 del Código Contencioso Administrativo, por abuso y desviación de poder, ya que la insubsistencia obedeció a órdenes políticas, sin tener en cuenta capacidades y méritos e irrespetando la dignidad humana de otros funcionarios de la Contraloría, que también fueron retirados del servicio en número superior a 50; que el demandante no tiene sanciones disciplinarias ni llamadas de atención en su hoja de vida; que la Universidad Surcolombiana certificó sobre los estudios de contaduría pública que realizaba el actor y que había culminado satisfactoriamente, siendo excluido del área de auditajes en virtud de sus capacidades y por sobresalir en el cargo que desempeñaba; que la Contraloría condecoró al señor Barrero Rubio por su responsabilidad y antigüedad, así como por su capacidad, eficiencia y continuos ascensos.

LA SENTENCIA

El Tribunal en el fallo accedió a las súplicas impetradas en la demanda.

El *a-quo* expresó que, de acuerdo con el acervo probatorio aportado al proceso, el acto acusado fue expedido con abuso y desviación del poder discrecional otorgado por la ley al Contralor General del Departamento del Huila; que el demandante demostró suficientemente su vinculación normal y continúa a la entidad por más de 10 años, utilizando sus ratos libres en el

estudio para demostrar su capacidad laboral ante sus superiores; que los doctores Miguel Trujillo Oliveros, Alfredo Cedeño Castro y Germán Palomo García, Jefes inmediatos del actor, de manera unánime se refieren en sus declaraciones a las excelencias del actor, que le merecieron el respeto y la admiración y que indujeron a ascenderlo hasta llegar al cargo que ejercía de jefe de oficina de control, cuando ellos se desempeñaban como contralores del departamento; que al confrontarse la experiencia del demandante con la del doctor Carlos Alberto Escobar, quien lo reemplazó, no obstante su respetable profesión de ingeniero industrial y su experiencia como Jefe de la Oficina de Planeación de la Contraloría y de Jefe de Empaques de una entidad privada, en modo alguno se pueden tener como experiencia contable, razón por la cual se puede concluir que con el acto administrativo impugnado no se buscó mejoramiento alguno del servicio; que el Contralor Departamental no podía exigir renuncia bajo amenazas a sus empleados, como se infiere de las declaraciones que constan en el proceso; que no se puede dar fundamento legal a lo planteado por la apoderada de la Contraloría, respecto a que el acto enjuiciado fuera expedido en ejercicio del poder discrecional y en atención a que el actor no reunía los requisitos mínimos y en su hoja de vida le aparecían sanciones disciplinarias que iban en detrimento del buen servicio, puesto que el señor Escobar Ochoa no cumplió en modo alguno los requisitos mínimos para el cargo, no acreditó experiencia contable y su profesión es bien alejada de dicha disciplina; que en cuanto a las sanciones que constan en la hoja de vida de Barrero Rubio, relativas al incumplimiento del horario de trabajo y falta de cortesía con el público, cuando ocupaba el cargo de jefe de Fenecimientos y de Visitador Fiscal, se considera que han quedado sin valor alguno, en virtud de que al demante se le confirió la orden "Contraloría General del Huila", en segunda categoría, por los servicios prestados a la institución mediante Resolución No. 462 de 21 de junio de 1983.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo opina que el fallo recurrido debe ser revocado, puesto que el acto enjuiciado permanece incólume en su presunción de legalidad, por lo que resulta procedente denegar las súplicas de la demanda. La Agencia del Ministerio Público manifiesta que la parte actora no logró demostrar que con la expedición de la resolución impugnada se quebrantaran las normas invocadas como infringidas en el libelo, teniendo en cuenta que los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional no pueden ser vulnerados directamente, sino a través de las disposiciones legales pertinentes que los desarrollan, como lo ha sostenido el Consejo de Estado; que los artículos 66 y 67 del anterior Código Contencioso Administrativo se limitaban a consagrar las acciones de nulidad y plena jurisdicción, derecho de accionar que no se ha desconocido, tanto que aquí se impugna una sentencia culminante de un proceso que tuvo como origen el reconocido ejercicio de una acción de plena jurisdicción, denominada hoy de restablecimiento del derecho; que los móviles políticos generadores del acto

enjuiciado y alegados durante el proceso por la parte actora, aún probados en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como en el *sub-lite*, cuentan con respaldo constitucional legal.

Reconstruido el expediente mediante auto de 12 de julio de 1988, cumplido el trámite de rigor de la segunda instancia y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

I

La Sala ha sostenido en innumerables ocasiones que normas constitucionales, como las citadas en el escrito demandatorio, no pueden ser violadas sino a través de las disposiciones de carácter legal que les dan desarrollo.

En cuanto a los artículos 66 y 67 del anterior Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941) entiende la Sala que el accionante se refiere al abuso o desviación de poder en que incurrió en su sentir, el Contralor del Departamento al expedir el acto acusado y por ello analizará este cargo.

El señor Carlos Alberto Barrero Rubio desempeñaba un cargo de un alto nivel jerárquico, dentro de la organización administrativa de la Contraloría, dependiente del despacho del Contralor del Departamento del Huila, y su cargo era de libre nombramiento y remoción, luego su declaratoria de insubsistencia se presume realizada en procura del buen servicio y de conformidad con la facultad discrecional de que goza la administración para disponer así de los cargos cuyos titulares no gozan de amparo ni fuero de estabilidad.

La desviación de poder se presenta cuando la atribución de que está investido un funcionario se ejerce, no hacia el fin requerido por la ley, sino en busca de logros diferentes, y quien la alega debe probarla a satisfacción.

El hecho de que un funcionario de libre nombramiento y remoción acredite antigüedad en el servicio público y no haya sido objeto de sanciones disciplinarias, no alcanza a enervar la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora, por lo que la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de una persona no amparada por fuero de carrera no es contraria a la ley mientras no se pruebe que se produjo por motivos ajenos a las necesidades del buen servicio.

En lo atinente a la falta de requisitos del funcionario que reemplazó al actor en el cargo que éste desempeñaba, observa la Sala que, en el cuaderno contentivo del Manual de Funciones de la Contraloría General del Huila, obra la Resolución 0480 de julio 1o. de 1983 que incluyó dentro de los requisitos mínimos para desempeñar el cargo de Jefe de Control Interno, el de ser profesional de Ingeniería Industrial, profesión a la que dice el accio-

nante pertenece el señor Carlos Alberto Escobar Ochoa. El hecho de que la mencionada Resolución hubiere sido expedida el mismo día del nombramiento, no representa para la Corporación irregularidad jurídica alguna; diferente sería que se hubiera proferido con posterioridad a la posesión del señor Escobar Ochoa, pues entonces sí la posesión de éste adolecería de los requisitos mínimos de la Resolución No. 296 de marzo 16 de 1982.

Lo que sí aparece plenamente acreditado en el proceso, es que el actor no cumplía los requisitos del cargo que desempeñaba y para el cual había sido designado el 1o. de junio de 1982, cuando estaba vigente la Resolución No. 00296 de marzo 16 del mismo año, puesto que para el 18 de octubre de 1983, fecha posterior a la insubsistencia, según constancia de la Universidad Surcolombiana, el actor no había obtenido el título de Contador Público.

No entra a analizar la Sala los argumentos de solicitud de la renuncia a que hace referencia la demanda, pues en el proceso lo que se controvierte es la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante; sin embargo, es preciso anotar que los móviles políticos que dice el accionante originaron la petición de renuncia al personal subalterno por parte del Contralor del Departamento del Huila no están fehacientemente demostrados dentro del proceso, puesto que si bien a tales móviles políticos aluden las declaraciones de Edgar Medina Ortiz y Joaquín Espinoza Macías, la declaración de Carlos Pacheco dice que el Contralor Departamental pidió las renuncias porque quería administrar con sus propios colaboradores, probablemente de su confianza, y que no podría asegurar que las mismas fueron solicitadas por compromisos políticos.

Como lo ha manifestado la Sala, no todos los motivos políticos, así se encuentren demostrados en el proceso, vician de ilegalidad el cambio de funcionarios de alto nivel jerárquico en la administración, pues en algunas ocasiones su provisión debe responder a conveniencias de naturaleza político-administrativas. En el caso *sub-lite*, el empleo que ocupaba el actor era de libre nombramiento y remoción y dependiente directamente del despacho del Contralor del Departamento del Huila, lo que implicaba el interés de éste para escoger el personal de su inmediata dependencia, entre aquellas personas de su entera confianza.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada.

En su lugar se dispone:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del diez y ocho (18) 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.

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA/COSA JUZGADA/SENTENCIA– Cumplimiento

La providencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial mediante la cual se decidió la inexistencia de la obligación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en orden a pagar intereses a la actora, con ocasión de la liquidación contenida en los actos acusados, y con base en lo prescrito en el artículo 177 del C.C.A., impide a esta jurisdicción pronunciarse sobre la misma materia, pues este proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa que el anterior y hay identidad jurídica de partes. La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no tiene competencia para anular decisiones ya tomadas por la jurisdicción ordinaria laboral, y es evidente que un pronunciamiento de esta Corporación, aparejaría un control sobre la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, lo cual no es procedente.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3005. Actor: Stella Pinzón de Acuña.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de junio 26 de 1987, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las súplicas de la demanda en el proceso promovido por STELLA PINZON DE ACUÑA para impetrar la nulidad de las Resoluciones Nos. 770 y 1390 de marzo 14 y mayo 2 de 1985, emanadas del Mi-

nisterio de Hacienda y Crédito Público, en cuanto por la primera la Administración se abstuvo de reconocer los intereses previstos en el inciso final del artículo 177 del C.C.A., sobre la suma líquida de dinero que la jurisdicción contencioso administrativa, mediante sentencia de agosto 17 de 1984 dictada por el mencionado Tribunal, ordenó a la Superintendencia Bancaria cancelarle a la actora y, la segunda que denegó en forma expresa el reconocimiento de tales réditos.

Indica la recurrente, que las sentencias de esta jurisdicción que disponen el reintegro de un funcionario, al cargo del cual fue removido y al pago de las sumas que éste dejó de percibir, desde cuando se produjo su desvinculación del servicio hasta su reintegro, entrañan la obligación para las entidades condenadas de pagar una suma líquida de dinero, en los términos del inciso 2o. del art. 491 del Código de Procedimiento Civil, al cual debe recurrirse en virtud de la remisión a este estatuto que hace el artículo 267 del C.C.A., norma que determina que se entiende por cantidad líquida, la expresada en una cifra numérica precisa o que sea liquidable por simple operación aritmética, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas.

Y agrega, que en las sentencias referidas no puede determinarse la suma líquida que las entidades deben pagar en razón de las condenas a ellas impuestas, pues la liquidación debe efectuarse hasta el momento en que se produzca el reintegro respectivo y éste, como es lógico, siempre ocurre luego de proferida la sentencia. Además, asevera la recurrente que para liquidar la suma que se le debe pagar a la persona favorecida con el fallo, basta con adicionar todas las sumas que ha debido percibir en el lapso aludido y hacer las deducciones previamente señaladas en la ley.

Por tanto, concluye, que es deleznable el argumento que se esgrime en los actos acusados, para abstenerse de pagarle a la accionante los intereses reclamados, en el sentido de que para liquidar la suma a su favor debió efectuarse un complejo estudio del salario y sus factores, sobre todo si se tiene en cuenta que la correspondiente resolución se elaboró con base en el certificado expedido por el pagador de la Superintendencia Bancaria.

Luego afirma la censora, que el planteamiento expuesto en la sentencia referente a la necesidad de determinar si la controversia que fue definida con fuerza de cosa juzgada, puede dar lugar a reabrir debate jurisdiccional, cuando la parte interesada considere que la resolución de cumplimiento proferida por la administración no se aviene con el fallo, descansa sobre un fundamento poco sólido, puesto que en este juicio, asegura, no se está controvirtiendo algo que ya hubiese sido objeto de juzgamiento, toda vez que el fallo que dio lugar a la expedición de los actos administrativos que en este proceso se controvierten, se refiere a la legalidad de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de la actora, mientras lo que en el *sub-lite* se plantea es la denegación de un derecho expresamente reconocido en la ley,

porque la administración no dio cumplimiento en forma oportuna a la condena impuesta por la jurisdicción contencioso administrativa.

Aduce también la recurrente, que la sentencia impugnada desconoció el carácter de actos administrativos de las resoluciones acusadas, al negar que ellas pudieran vulnerar algún derecho, cuando la verdad es que la Administración pública al expedir una resolución para acatar un fallo laboral administrativo tiene una doble competencia: una la de expedir el acto de ejecución de aquél y otra la de liquidar la condena *in genere*, lo cual no tiene el mismo contenido, pues en este último evento no limita su actividad a cumpllir lo decidido en la sentencia sino que va más allá de un deber inicial, al concretar el alcance de la condena y, al hacerlo, es posible que incurra en yerros, por lo cual, debe dársele la oportunidad al interesado para que ejerza la defensa de sus intereses en vía administrativa, para que la administración tenga oportunidad de resolver la controversia y evitar, eventualmente el gasto inoficioso de jurisdicción si la administración reconoce su equivocación.

Finalmente, la recurrente cuestiona lo afirmado por el Tribunal respecto de que para reclamar el derecho desconocido por los actos administrativos demandados se debió acudir a la jurisdicción ordinaria, pues se pregunta, "qué título ejecutivo se podría librar sobre la base de un desconocimiento expreso por parte de la ejecutada del derecho impetrado?". (fl. 101 cdno. del Tribunal).

El *a-quo* ciertamente denegó las súplicas de la demanda, apoyándose en el criterio que sobre el particular expone el doctor CARLOS BETANCUR JARAMILLO, en su obra Derecho Procesal Administrativo, acerca de la improcedencia de entablar un nuevo debate ante la jurisdicción contencioso administrativa para juzgar la legalidad del acto de ejecución de una sentencia, porque ello equivaldría al desconocimiento de la cosa juzgada sobre un asunto, cuya fuerza permitiría al interesado acudir a la justicia ordinaria para la ejecución compulsiva del fallo.

Arguye además el fallador de primera instancia. que los anteriores planteamientos tienen pleno respaldo tanto en las normas del Código Contencioso Administrativo como en las del Procesal Civil, reguladoras de la materia, toda vez que de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 177 y 179 del C.C.A., "así se trate de condenas en concreto o líquidas o en abstracto, la ley procesal en ningún momento autoriza para sí la parte vencida no la cumple o la cumple parcialmente, el interesado se vea avocado a un nuevo debate judicial, sino todo lo contrario, ejerza la compulsión tomando una vía u otra ante la jurisdicción civil, como efecto de la fuerza de verdad legal que comporta el pronunciamiento del contencioso. Véase si no cuando el inciso 4o. del artículo 177 del C.C.A. autoriza al favorecido para que ejecute 'ante

la justicia ordinaria' en tratándose de cantidades líquidas, y cuando de condenas de otro orden se trate acuda a esa misma justicia por la vía de los artículos 334 y 339 que regulan la forma de ejecución de las providencias jurisdiccionales. Si así no fuera, no tendría sentido la pluralidad de medidas autorizadas por la codificación contenciosa en orden al cumplido efecto de las condenas, de un lado, y de otro, la facultad compulsiva, procedimiento al que se accede precisamente porque el obligado se ha resistido o no ha cumplido, lo que corrobora el criterio expuesto en la doctrina atrás expuesta para que los derechos tengan garantía y seguridad y no se vuelvan discusiones de nunca acabar". (fl. 91 cdno. del Tribunal).

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en el concepto visible a folios 144 y 145, prohija los razonamientos del Tribunal contenidos en la sentencia impugnada, pero disiente de la conclusión a que llegó, cuando en fallo de mérito, niega las súplicas de la demanda, siendo así, que frente a la falta de jurisdicción lo que procede es fallo inhibitorio.

Tramitado el recurso de acuerdo con las normas procedimentales y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

1) El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicitó al Consejero conductor del proceso, que para decidir la excepción de fondo sobre inexistencia de la obligación, propuesta por la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pidiera al Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, copia de la providencia donde constara que dicha jurisdicción, había declarado probada la excepción de inexistencia de la obligación, que hoy se solicita en el *sub-lite*.

Allegada la prueba pedida por la Fiscalía, se observa que la decisión de la justicia ordinaria, se orientó a señalar que el conflicto de intereses no podía prosperar ante ella, porque en la sentencia de la jurisdicción contencioso administrativa, se impuso una condena *in genere* y como el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, liquidó lo que ordenaba la sentencia, y el dinero fue recibido por la actora, se presumía conforme al artículo 1653 del C.C. que allí estaban incluidos los intereses reclamados. Concluye el Tribunal Superior del Distrito Judicial –Sala de Decisión Laboral– lo siguiente:

"Quiere decir lo anterior, que legalmente la demandante no ostentaba el derecho consagrado por el artículo 177 del C.C.A. *y si lo llegó a tener,* al *momento de recibir el pago de las condenas,* lo reclamado se presumen también pagados". (Se subraya).

2) De lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial, se concluye, que dicha Corporación para tomar la decisión de no proseguir la ejecución, consideró que el Ministerio de Hacienda incluyó en el capital, los intereses, y por tal motivo, la actora carecía del derecho para exigir lo reclamado.

3) Lo anterior, permite advertir que la jurisdicción ordinaria laboral, se pronunció sobre la materia que nos ocupa, providencia que está debidamente ejecutoriada y cuyo proceso se inició a petición de quien promovió esta acción contenciosa.

4) La Sala considera que la providencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial –Sala Laboral– mediante la cual decidió la inexistencia de la obligación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en orden a pagar intereses a la actora STELLA PINZON DE ACUÑA, con ocasión de la liquidación contenida en los actos acusados, y con base en lo prescrito en el artículo 177 del C.C.A., impide a esta jurisdicción pronunciarse sobre la misma materia, pues este proceso versa sobre el mismo objeto, se funda en la misma causa que el anterior y hay identidad jurídica de partes.

5) La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, no tiene competencia para anular decisiones ya tomadas por la jurisdicción ordinaria laboral, y es evidente que un pronunciamiento de esta Corporación, aparejaría un control sobre la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, lo cual no es procedente, por la razón anotada.

6) Conviene señalar además, que cuando el particular considere como en el caso que nos ocupa, que la administración pública no ha dado cumplimiento al fallo de la jurisdicción contencioso administrativa, debe acudir en demanda ejecutiva ante el juez laboral, en primera instancia, y en segunda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial.

La competencia en este caso la ha fijado la ley en forma expresa en el inciso cuarto del artículo 177 del C.C.A. y para otra clase de condenas, señala el artículo 179 de la misma obra, que se deberá estar a lo dispuesto en los artículos 334 y 339 del C.P.C.

El artículo 100 del Código de Procedimiento Laboral, preceptúa que pueden exigirse ejecutivamente "el cumplimiento de toda obligación originada en una relación de trabajo, que conste en acto o documento que provenga del deudor o de su causante o que *emane de una decisión judicial*".

7) Sobre la competencia de la justicia ordinaria, ya la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de la sentencia sobre la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, dijo al respecto lo siguiente:

L icha remisión reitera a la vez, la posibilidad de que las condenas de que se viene hablando, sean ejecutables ante la justicia ordinaria, diez y ocho (18) meses después de su ejecutoria, término suficiente para que la Nación o la entidad de su órbita, cumpla los actos de tipo administrativo previstos en los incisos 1o. y 2o. del citado artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y se eviten así, los sorpresivos embargos de rentas nacionales con los consiguientes desequilibrios fiscales que esta medida cautelar suele originar.

Como el Tribunal Administrativo considera que la autoridad competente para decidir las peticiones del actor es el juez laboral, pero sin embargo, emitió fallo de fondo, la Sala considera que el fallo deberá revocarse y en su lugar, declararse inhibido para fallar de mérito, por cuanto se carece de jurisdicción.

En mérito de lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO.– REVOCASE la sentencia apelada y en su lugar, DECLARASE INHIBIDO para fallar en el fondo de las pretensiones planteadas en el libelo, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.– En firme la presente providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 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,* Ausente; *Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA/JURISDICCION ORDINARIA/COMPETENCIA

Como la motivación básica del actor, para acudir ante esta jurisdicción contencioso-administrativa se fundamentó en que la Caja Nacional de Previsión Social le negó el pago de los intereses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A. y como ellos deben hacerse efectivos mediante la intervención del juez laboral, la justicia Contencioso-Administrativa, carece de jurisdicción para pronunciarse sobre el tema propuesto por el actor, y por lo tanto, el pronunciamiento deberá ser inhibitorio.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., octubre cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3189. Actor: Federico García Torre.— Autoridades Nacionales.

FEDERICO GARCIA TORRE, en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1491 de 24 de abril de 1985 proferida por la Directora de la Caja Nacional de Previsión Social y mediante la cual le fueron negados los intereses que a su juicio tiene derecho, en aplicación del artículo 177 del C.C.A., con ocasión de reintegro laboral a dicha entidad.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que la sentencia mediante la cual se ordenó su reintegro laboral a la Caja Nacional de Previsión Social, quedó ejecutoriada el día 8 de octubre de 1984 y como la Caja de Previsión Social, no le dio cumplimiento en el año de 1984, le reiteró esta

petición en marzo de 1985, con la advertencia de que a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el 8 de abril de 1984 se causarían intereses comerciales y luego moratorios.

Agrega que el 26 de abril de 1985, se ordenó su reintegro, mediante el acto que impugna, pero omitiendo reconocer los intereses aludidos y expresando además que contra dicho acto no procedían recursos, por tratarse de un acto de ejecución, imposibilitando toda reclamación en la vía administrativa.

Señala que la condena impuesta a la Caja Nacional, consiste en el pago de una cantidad líquida de dinero, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 491 del C. de P.C.

Agrega que el procedimiento utilizado por la Caja Nacional de Previsión, es arbitrario, inconstitucional e ilegal y por ello accede a la vía contencioso administrativa.

Como disposiciones violadas cita los siguientes artículos: 2, 16, 17, 20, 26, 30, 51 y 62 de la C.N. (1886); 1, 176, 177 inciso final y 267 del C.C.A. y 491 del C.P.C. y 1494 del C.C.

La Caja Nacional de Previsión Social, se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando principalmente, que proponía las excepciones de falta de competencia del Tribunal Administrativo y de ineptitud de la demanda, porque el fallo del Tribunal se dictó, según la solicitud de la demanda, y como el fallo no ordena pagar una suma líquida de dinero, el actor pide un derecho que la ley no contempla.

En el término de traslado para alegar, las partes reiteran sus puntos de vista expuestos, tanto en la demanda, como en la contestación de ella.

El Fiscal Cuarto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, luego de un análisis pormenorizado del debate procesal, solicita se declare la nulidad del artículo 5o. del acto acusado, que niega la existencia de recursos en la vía administrativa; la nulidad parcial en cuanto niega el reconocimiento de los intereses reclamados y la consiguiente condena al ente demandado para que pague dichos intereses.

Entre otras consideraciones, la Agencia Fiscal del Tribunal, expresa:

"Por su parte, la Administración expidió el *ACTO DE EJECUCION DE LA SENTENCIA* concretado en la Res. No. 1491 de abril 24 de 1985 (fls. 2 a 5 exp.) que como ya se dijo comprende realmente dos decisiones (Ejecución de la sentencia y liquidación de la condena económica) pero en cuanto a la PARTE ECONOMICA sólo hizo el reco-

nocimiento de los salarios y prestaciones insolutos cancelables mientras OMITIO (NEGATIVA PRESUNTA) EL RECONOCIMIENTO DE LOS INTERESES RECLAMADOS con lo cual TACITAMENTE NIEGA la petición (Negativa presunta) y esa es la razón por el ataque "parcial" del acto acusado".

El Tribunal Administrativo, mediante sentencia, se declara inhibido para decidir en el fondo del presente proceso, principalmente por considerar que las providencias dictadas por la administración en cumplimiento de un fallo favorable, no son susceptibles de acción administrativa, "... toda vez que, cuando la administración no cumple la sentencia o no la cumple en forma ordenada por la justicia, el interesado no puede proponer un nuevo debate jurisdiccional ya que ello haría prácticamente interminable la resolución de los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa y, como lo ha dicho el H. Consejo de Estado, quedaría enervado el carácter de firmeza y obligatoriedad de las sentencias proferidas por esta jurisdicción".

Apelada la sentencia, las partes en el término de traslado, realizaron nuevamente las exposiciones correspondientes, reiterando sus argumentos ya expuestos.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, solicita se confirme el fallo apelado, por considerar que "... el fallo recurrido se ajusta, en términos generales, a los elementos de juicio que obran en el proceso, a la preceptiva jurídica que gobierna el asunto *sub judice* y a los lineamientos jurisprudenciales trazados por el H. Consejo de Estado, pues, evidentemente, al incumplir o al cumplir indebidamente la administración el fallo proferido por la jurisdicción contencioso administrativa, el interesado no debe proponer una nueva demanda ante lo contencioso administrativo, por cuanto con ello se haría infinita la resolución de asuntos sometidos al conocimiento de la mencionada jurisdicción. El camino adecuado para casos como el de autos no es otro que el proceso ejecutivo para el cumplimiento y ejecución de la sentencia, como bien lo alega la apoderada de la entidad demandada".

Para resolver se considera:

1) Para decidir la cuestión debatida, debe determinarse si el acto acusado, constituye una actuación administrativa sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

2) Consagra el título XII del Código C.A., los criterios, requisitos y procedimientos que las autoridades judiciales, administrativas y los particulares deben seguir, para obtener el cumplimiento de las sentencias condenatorias proferidas en la jurisdicción contencioso administrativa, contemplando in-

cluso la posibilidad de que la Nación o las entidades oficiales, puedan ser ejecutadas si no dan cumplimiento a lo ordenado en sus providencias.

El inciso cuarto del artículo 177 del C.C.A., preceptúa que las sentencias condenatorias, son ejecutables ante los jueces laborales correspondientes cuando luego de transcurridos 18 meses de su ejecutoria, no hayan sido cumplidas.

Textualmente expresa esta disposición:

"Artículo 177:

Efectividad de condenas contra entidades públicas.

(...)

Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, *serán ejecutables ante la justicia ordinaria* dieciocho (18) meses después de su ejecutoria. (se subraya).
(...)

3) En concordancia con el anterior precepto, el artículo 179 de la misma obra, consagra, que las condenas de otro orden, se rigen por el procedimiento dispuesto en el C. de P.C.

Literalmente prescribe el citado artículo lo siguiente:

Artículo 179:

Otras condenas. Las condenas de otro orden, en favor o en contra de la administración, se regirán por los artículos 334 y 339 del Código de Procedimiento Civil".

4) Los Artículos 334 y 339 del C. de P.C. expresan:

"Artículo 334:

Procedencia. Podrá exigirse la ejecución de las providencias una vez ejecutoriadas, o partir del día siguiente al de la notificación del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el efecto devolutivo". (se subraya).
(...)

Artículo 339:

Derecho de retención. Cuando en la sentencia se haya reconocido el derecho de retención, el demandante sólo podrá solicitar la entrega si presenta el comprobante de haber pagado el valor del crédito reconocido en aquélla, o de haber hecho la consignación respectiva".
(...).

5) En la misma forma, ilustrativamente para el caso que nos ocupa, el Decreto Ley 2282 de 1989, regula la ejecución contra las entidades de derecho público, y modificó el artículo 336 del Código de Procedimiento Civil. Su texto reza lo siguiente:

"Artículo 336:

Ejecución contra entidades de derecho público. La Nación no puede ser ejecutada, salvo en el caso contemplado en el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo. Cuando las condenas a que se refiere el artículo 335 se hayan impuesto a un departamento, una intendencia, una comisaría, un distrito especial, o un municipio, la respectiva entidad dispondrá de seis meses para el pago, sin que entre tanto pueda librarse ejecución contra ella, ni contarse el término establecido en dicho artículo.

El término de seis meses que establece el inciso anterior, se contará desde la ejecutoria de la sentencia o de la providencia que la complemente; pero cuando se hubiere apelado de aquélla o de ésta, comenzará a correr desde la ejecutoria del auto de obedecimiento a lo resuelto por el superior".

6) Sobre la competencia de la justicia ordinaria, ya la Corte Suprema de Justicia, con ocasión de la sentencia sobre la exequibilidad del artículo 16 de la ley 38 de 1989, dijo al respecto lo siguiente:

"Dicha remisión reitera a la vez, la posibilidad de que las condenas de que se viene hablando, sean ejecutables ante la justicia ordinaria, diez y ocho (18) meses después de su ejecutoria, término suficiente para que la Nación o la entidad de su órbita, cumpla los actos de tipo administrativo previstos en los incisos 1o. y 2o. del citado artículo 177 del Código Contencioso Administrativo y se eviten así, los sorpresivos embargos de rentas nacionales con los consiguientes desequilibrios fiscales que esta medida cautelar suele originar".

7) Por su parte, el artículo 492 del C. de P.C., modificado por el Decreto 2282 de 1989, prescribe la regulación de intereses en el proceso ejecutivo. Textualmente prescribe:

Regulación o pérdida de intereses; reducción de la pena, hipoteca o prenda, y fijación de la tasa de cambio para el pago en pesos de obligaciones en moneda extranjera.

Dentro del término para proponer excepciones, el ejecutado podrá pedir: la regulación o pérdida de intereses; la reducción de la pena, hipoteca o prenda, y la fijación de la tasa de cambio. Tales solicitudes se tramitarán y decidirán en la forma prevista en el numeral 2 del artículo 510, si se hubiere propuesto alguna de las excepciones de mérito de que trata el artículo 510, si se hubiere propuesto alguna de las excepciones de mérito de que trata el artículo 509, en caso contrario, se tramitará incidente que se decidirá por auto apelable en el efecto diferido".

Como puede observarse, cuando las sentencias de esta jurisdicción, no sean cumplidas por las autoridades correspondientes, en la forma como se dejó descrita, tales providencias si desean ser ejecutadas, deberán serlo, ante la justicia ordinaria.

Tratándose de una relación laboral, será el juez laboral del circuito quien en primera instancia conocerá de la ejecución del capital y de sus intereses, pudiendo impugnarse la decisión judicial resolutiva ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial, si la considera lesiva de sus pretensiones.

Por consiguiente, como la motivación básica del actor, para acudir ante esta jurisdicción se fundamentó en que la Caja Nacional de Previsión Social le negó el pago de los intereses a que se refiere el artículo 177 del C.C.A. y como quedó demostrado, ellos deben hacerse efectivos mediante la intervención del juez laboral, la justicia Contencioso Administrativa, carece de jurisdicción para pronunciarse sobre el tema propuesto por el actor en la demanda que hoy se decide, y por lo tanto, el pronunciamiento deberá ser inhibitorio, debiendo confirmarse la sentencia del Tribunal Administrativo, por las razones que se dejan expuestas.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA APELADA.

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 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.

CESANTIA– Régimen especial/**SUSPENSION PROVISIONAL**– Procedencia/**POTESTAD REGLAMENTARIA**– Límites

El decreto reglamentario agregó una condición no prevista en la ley consistente en que el trabajador que desee acogerse al régimen especial de auxilio de cesantía, debe comunicar al empleador con un mes de anticipación a la fecha a partir de la cual se acoge, pero la ley no estableció dicho término. La Sala evidentemente verifica que la norma reglamentaria estableció un término que la reglamentada no contempla. Tampoco la ley dispuso para el empleador la obligación del pago de los intereses a que se refiere el reglamento en el artículo cuestionado, ni dispuso el reconocimiento de intereses distintos del 12% anual, ni por el lapso comprendido entre la liquidación de la cesantía y su consignación, ni con la obligación de consignarlos al respectivo fondo. El desbordamiento de la facultad reglamentaria es, entonces, ostensible.

SUSPENDE PROVISIONALMENTE la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", contenida en el artículo 1o., el artículo 4o. y el artículo 6o. del Decreto Reglamentario 1176 de 1991.

CESANTIA– Régimen especial/**SUSPENSION PROVISIONAL**– Improcedencia (Salvamento de Voto)

Si el artículo 152 del C.C.A. ha creado la figura de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos en lo atinente a las disposiciones que contengan cuando resulten manifiestamente infractoras de las disposiciones de jerarquía superior invocadas por el peticionario de la medida, la prosperidad o improsperidad de ésta ha debido ser integral y no parcial. O se suspendía totalmente o no se suspendía.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 5983 Decreto del Gobierno. Actor: Luis Felipe Arana Madriñán.

1o.– Admítese la demanda presentada por LUIS FELIPE ARANA MADRIÑAN.

2o.– Notifíquese, personalmente al Ministro de Trabajo y Seguridad Social y al Agente del Ministerio Público y por estado.

3o.– Fíjese en lista por el término de 5 días, para los efectos del numeral 5o. del artículo 207 del C.C.A.

4o.– Solicítense los antecedentes administrativos.

5o.– Para resolver sobre la suspensión provisional solicitada, se considera:

El demandante solicita se suspendan provisionalmente los artículos 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o., del decreto reglamentario 1176 de 1991 expedido por el Gobierno Nacional.

El artículo 152 del C.C.A., establece que tratándose de la acción de nulidad, como la propuesta, para que proceda aquella medida se requiere que "se solicite y sustente de medio expreso en la demanda o por escrito separado, presentando antes de que sea admitida", sin necesidad de demostrar el perjuicio que para el actor causa o podría causar la ejecución del acto demandado, pues basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

1.– El artículo 1o. impugnado.

La norma reglamentada es el parágrafo del numeral 2o. del artículo 98 de la ley 50 de 1990, el cual dispuso que los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a su vigencia, podrán acogerse al régimen especial de auxilio de cesantía consagrado en dicha ley, "para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge".

El artículo 1o. impugnado dispuso que los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 1o. de enero de 1991 que, de conformidad con lo estipulado en el parágrafo del artículo 98 de la ley 50 de 1990, se acojan voluntariamente al régimen especial del auxilio de cesantía previsto en los artículos 99 y siguientes de la misma ley, "comunicarán por escrito al respectivo empleador, con una anticipación no inferior a un (1) mes, la fecha a partir de la cual se acogen a dicho régimen".

El demandante afirma que el decreto reglamentario agregó una condición no prevista en la ley consistente en que el trabajador que desee acogerse al régimen especial de auxilio de cesantía, debe comunicar al empleador con un mes de anticipación a la fecha a partir de la cual se acoge, pero que la ley no estableció dicho término.

Al efectuar la Sala la confrontación entre la norma reglamentaria y la reglamentada, evidentemente verifica que la primera estableció un término que la segunda no contempla, por lo cual prospera la medida solicitada, pero únicamente respecto de la frase contentiva del término, o sea la siguiente: "con una anticipación no inferior a un (1) mes".

2.– El artículo 2o. acusado.

El numeral 1 del artículo 152 del C.C.A. exige que la medida de suspensión provisional sea solicitada y sustentada expresamente en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

Sinembargo, el demandante respecto del artículo 2o. del decreto 1176 de 1991 no cumplió con el requisito de haberlo sustentado, por lo cual la Sala negará la solicitud respectiva.

3.– El artículo 3o. impugnado.

El artículo 99 de la ley 50 de 1990 señaló dentro de las características del nuevo régimen especial del auxilio de cesantía, las siguientes:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía por la anualidad o por fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.

b) El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente, y

c) El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

A su vez el inciso 2o. del artículo 1o. de la ley 52 de 1975, estableció que los intereses del 12% anual a que se refiere el inciso primero de dicho artículo, deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquél en que se causaron, o en la fecha de retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

El artículo 3o. cuya suspensión provisional se solicita, en su inciso primero dispuso que el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía se consignará en el fondo de cesantía que el trabajador elija, dentro del término establecido en el ordinal 3o. del artículo 99 de la ley 50 de 1990, y en el segundo, que el valor liquidado por concepto de intereses, conforme a lo establecido en la ley 52 de 1975, se entregará directamente al trabajador dentro del mes siguiente a la fecha de liquidación del auxilio de cesantía.

El demandante afirma que de la lectura del artículo 99 de la ley 50 de 1990 se encuentra que el legislador no autorizó el pago de intereses comerciales sobre la cesantía causados al día anterior a aquél en que el trabajador se acogió al régimen de liquidación anual con carácter definitivo de sus cesantías, ya que dichos intereses de acuerdo con el numeral 2o. del artículo 99 de dicha ley 50, se deben cancelar tal como lo dispone la ley 52 de 1975, es decir, liquidarse a 31 de diciembre de cada año y pagarse en el mes de enero del año siguiente.

A continuación transcribe el artículo 3o. impugnado y remata la sustentación diciendo que basta simplemente comparar las dos normas para observar que el decreto reglamentario está previendo el pago de unos intereses que de acuerdo con la ley 52 de 1975 deben pagarse en el mes de enero y no en el momento en que el trabajador se acoja a la ley 50 de 1990.

Al respecto, después de llevar a cabo la correspondiente confrontación de normas, la Sala no verifica la violación que denuncia el actor, en razón de que previamente habría que dejar sentado qué efectos se producen cuando llega la fecha escogida por el trabajador para acogerse al nuevo régimen del auxilio de cesantía, lo cual desborda la confrontación exigida para verificar la violación manifiesta a que se refiere el artículo 152 del C.C.A.

Consecuentemente, la Sala negará la suspensión provisional del artículo 3o. impugnado.

4.– Artículo 4o. impugnado.

Ya se dijo que por el numeral 2o. del artículo 99 de la ley 50 de 1990 el empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.

Tales términos son los previstos en la ley 52 de 1975, inciso 2o. del artículo 1o., vale decir, en el mes de enero del año siguiente o en la fecha de retiro del trabajador, descartando para los efectos de la ley 50, el término del mes siguiente a la liquidación parcial que no se estableció en el régimen especial.

El artículo 4o. impugnado dispone que sobre el valor liquidado por concepto de auxilio de cesantía, el empleador reconocerá al trabajador un interés equivalente a la tasa efectiva promedio de captación de los bancos y corporaciones financieras para la expedición de certificados de depósito a término con un plazo de 90 días, (DTF), en forma proporcional al tiempo transcurrido desde la fecha de liquidación del auxilio hasta la fecha de consignación.

El inciso segundo del mismo artículo 4o. ordenó que la Sociedad Administradora del Fondo de Cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponde por dicho período y que estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.

El demandante afirma que basta comparar la ley 50 y la 52 aludidas con el artículo 4o. impugnado, que es norma inferior, para ver cómo esta última impone una obligación de pagar una tasa de interés totalmente distinta de la consagrada por la ley 52 de 1975 a cargo del empleador.

Para la Sala es ostensible que en los artículos objeto de la reglamentación, la ley no dispuso para el empleador la obligación del pago de los intereses a que se refiere el decreto reglamentario en el artículo objeto de análisis, como sí los previó en el artículo 101 para las sociedades administradoras de fondos de cesantía.

Consecuentemente, la Sala suspenderá provisionalmente el artículo 4o. impugnado.

5.– El artículo 6o. acusado.

El artículo 99, numeral 3o., de la ley 50, dispuso que el valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesan-

tía que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

El artículo 6o. impugnado, estableció que durante el plazo señalado en dicho ordinal 3o. el empleador reconocerá el mismo interés de que trata el artículo 4o. del decreto 1176 de 1991, sobre el valor liquidado a 31 de diciembre de cada año por concepto de auxilio de cesantía, en forma proporcional al tiempo transcurrido desde el día de su liquidación hasta la fecha de su consignación. Y el inciso segundo dispuso que el fondo de cesantía respectivo, liquidará al empleador el interés que corresponda por dicho período y que estos intereses los consignará el empleador en el fondo junto con el auxilio de cesantía.

El actor sostiene que el legislador le concedió a los empleadores el plazo desde la liquidación a 31 de diciembre de cada año hasta antes del 15 de febrero para consignar las cesantías, pero que no ordenó que el empleador en ese lapso tuviera que pagar aquellos intereses, ya que estos se gobiernan por la ley 52 de 1975.

Nuevamente verifica la Sala al confrontar la norma reglamentada con el precepto reglamentario acusado, que la ley no dispuso el reconocimiento de intereses distintos del 12% anual, ni por el lapso comprendido entre la liquidación de la cesantía y su consignación, ni con la obligación de consignarlos al respectivo fondo. El desbordamiento de la facultad reglamentaria es, entonces, ostensible y por ello la Sala también suspenderá provisionalmente el artículo 6o. del mencionado decreto reglamentario.

Por lo expuesto se dispone:

Suspéndense provisionalmente, la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", contenida en el artículo 1o., el artículo 4o. y el artículo 6o. del decreto reglamentario 1176 de 1991.

Niégase la suspensión provisional de lo demás del artículo 1o., y de los artículos 2o. y 3o. del mismo decreto.

Notifíquese como se ordenó anteriormente y comuníquese, una vez ejecutoriada esta providencia, al Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Aprobado en la Sala del día 18 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Ausente; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna,* Salvamento de Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SALVEDAD DE VOTO

DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA EN EL AUTO DE OCHO (8) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991), APROBADO EN LA SALA DE DIECIOCHO (18) DE SEPTIEMBRE DEL DICHO AÑO, RESPECTO A LA SUSPENSION PROVISIONAL QUE DISPONE.

Referencia: Expediente No. 5983. Actor: Luis Felipe Arena Madriñán.– Decretos del Gobierno.

Las consideraciones que llevan al suscrito a disentir, muy respetuosamente, de lo decidido en el auto de ocho (8) de octubre último en cuanto a la suspensión provisional atañe, son, en síntesis, las siguientes:

1a.– La lectura cuidadosa del texto del decreto 1176 de 1991 "por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 93 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1991" –cuyos arts. 1o., 2o., 3o., 4o. y 6o. se han demandado por el ciudadano-actor y respecto de los cuales juega, igualmente, la suspensión provisional impetrada– permite ver cómo conforma una sola disposición, una sola normatividad, pese a que ella, por cuestiones de método y de mayor comprensión, se halle tratada a través de varios artículos perfectamente engranados entre sí y de un modo coherente. Todos ellos, todos los artículos, se dedican a señalar la forma de operar las materias que trató la ley mencionada únicamente en el parágrafo del art. 98 y en el art. 99.

2a.– Es este uno de los casos, de los muchos casos, en que la palabra "artículo" no es sinónimo del vocablo "disposición". Por lo tanto, si el art. 152 del C.C.A. ha creado la figura de la suspensión provisional de los *efectos* de los actos administrativos en lo atinente a las *disposiciones* que contengan cuando resulten *manifiestamente* infractoras de las *disposiciones* de jerarquía superior invocadas por el peticionario de la medida, la prosperidad o improsperidad de ésta ha debido ser integral y no parcial como aparece en el auto. Haber resuelto suspender provisionalmente la frase "con una anticipación no inferior a un (1) mes", contenida en el art. 1o. y los arts. 4o. y 6o., dejando "vivos" el resto del citado art. 1o. y los arts. 2o. y 3o., rompe la unidad lógica de una disposición única que, en criterio del suscrito, no ha debido fragmentarse. O se suspendía totalmente o no se suspendía.

3o.– Para poder determinar si hay ostensible o manifiesta violación de normas de carácter superior en un caso como el ***sub-lite*** se hace necesario realizar un examen verdaderamente prolijo y detallado, lo que escapa, claro está, el espíritu que enmarca la figura. Piensa el suscrito consejero que para determinar si hay o no injurídico uso de la potestad reglamentaria que

la Carta –tanto la antigua como la nueva– otorga el presidente de la República, existe otro momento procesal más apto y propicio, para el cual es dable al juzgador hacer análisis más detallados y profundos.

4a.– Determinar ahora, en este momento procesal, por ejemplo, si al indicar el art. 1o. del decreto un término preciso para que los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo celebrados con anterioridad al 1o. de enero de 1991 manifiesten si se acojen o no al régimen especial del auxilio de cesantía desborda el texto o el espíritu del art. 99 que no señala término, requiere de estudios que van más allá de lo que se pretende mediante la figura de la "suspensión provisional" que, para el evento de las acciones de nulidad simple, va encaminada a preservar el orden jurídico cuando palpablemente sea infringido. E igual o semejante tocaría decir sobre los demás artículos demandados. Porque, se repite, todos ellos configuran una sola normatividad, una sola disposición de tipo reglamentario que no debe escindirse.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Santafé de Bogotá, 22 de octubre de 1991.

SINDICATO– Directivos/**INSPECCION DE TRABAJO/COMPETENCIA/ REVOCACION DIRECTA DEL ACTO**

Entendido rectamente el texto del artículo 10 del Decreto 1469 de 1978, éste se refiere tanto a la inscripción de las juntas directivas del domicilio principal del sindicato como a la de las seccionales o subdirectivas sindicales, en la jurisdicción correspondiente a unas y otras. La inscripción contenida en uno de los actos acusados, se ajusta a derecho si se tiene en cuenta, de otro lado, que el Decreto 1237 de 1976 fija la jurisdicción administrativa de las Inspecciones de Trabajo. Los actos impugnados crearon una situación jurídica particular y concreta a favor del sindicato, no de la empresa; de manera que no se ve cómo pueda sostener la empresa que no era procedente la revocación directa por no haberse obtenido previamente su consentimiento, no siendo ella la titular de la situación concreta contenida en el acto revocado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., ocho (8) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 2707. Actor: Interconexión Eléctrica S.A. "ISA".– Unica Instancia.

Mediante apoderado judicial la sociedad Interconexión Eléctrica S.A. "ISA", en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., en demanda ante la Corporación impetró la nulidad de las Resoluciones siguientes:

a) No. 803 del 27 de noviembre de 1984, expedida por el Inspector Regional de Trabajo y Seguridad Social de la Zona de Rionegro –Antioquia–.

b) No. 0001 del 3 de enero de 1985, del mismo Inspector Regional del Trabajo.

c) No. 130 del 28 de febrero de 1985, expedida por la Jefatura de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia y

d) No. 01223 del 6 de mayo de 1985 del Director General del Trabajo.

Como hechos fundamentales de la acción se expusieron los siguientes:

"1.– En comunicación dirigida al Inspector del Trabajo y Seguridad Social de la Zona de Rionegro (Antioquia) el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE INTERCONEXION ELECTRICA S.A. "SINTRAISA", solicitó la inscripción en el registro sindical de los cargos de la Junta Directiva pertenecientes a la Subdirectiva con domicilio en el Municipio de San Carlos (Antioquia).

2.– El citado funcionario por medio de la Resolución No. 803 del 27 de noviembre de 1984, accediendo a lo pedido por "SINTRAISA" dispuso la Inscripción en el Registro Sindical.

3.– Notificada la anterior resolución, la Empresa que represento interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, pues consideró que para el diligenciamiento ante el Inspector Regional del Trabajo de la Zona de Rionegro (Antioquia), "SINTRAISA" había omitido adjuntar algunas constancias necesarias y, en consecuencia, se había violado el artículo 11 del Decreto 1469 de 1978 y los Estatutos; y, además, por que se estimó que dicho funcionario no era competente para ordenar lo que dispuso.

4.– Con la resolución No. 0001 de enero 3 de 1985, la Inspección Regional del Trabajo de la Zona de Rionegro (Antioquia) se negó a reponer la resolución atacada y concedió el recurso de apelación.

5.– Surtida la alzada, la Jefatura de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, mediante resolución No. 130 del 28 de febrero de 1985, erróneamente revocó la resolución No. 0001 del 3 de enero de 1985, lo que constituyó que continuara vigente la decisión recurrida y se hubiese perdido la competencia para resolver.

6.– Aprovechando la anterior circunstancia. 'SINTRAISA' solicitó al señor Director General del Trabajo la revocatoria Directa de la Resolu-

ción No. 130 del 28 de febrero de 1985, lo cual se logró mediante la resolución No. 01223 del 6 de mayo de 1985. Pero además de lo ya dicho, el Director General del Trabajo en una errónea interpretación de las disposiciones sobre la materia, le atribuyó una inexistente competencia al Inspector Regional del Trabajo en la zona de Rionegro (Antioquia) para ordenar la inscripción de la Junta Directiva de la Subdirectiva "SINTRAISA" en San Carlos, y declaró en firme la resolución No. 803 del 27 de noviembre de 1984". (Fols. 53-54).

En el libelo se citan como disposiciones violadas el artículo 1o. de la Resolución No. 02595 del 14 de julio de 1983 emanada del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, el artículo 63 de la anterior Constitución Nacional, los artículos 36, 69 y 73 del C.C.A. y el 27 del Código Civil.

El concepto de la violación se desarrolla a folios 54 y 55 y del mismo cabe destacar que, respecto del funcionario que ordenó la inscripción de la Junta Directiva de la Seccional o Subdirectiva Sindical, considera el libelista que el Sindicato de Trabajadores de Interconexión Eléctrica S.A. es una organización cuyo domicilio principal es la ciudad de Bogotá y, en consecuencia, el competente para inscribir la junta en referencia es el Inspector de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca. Y en cuanto a la Revocatoria Directa de la Resolución, estima que no se presentaba ninguna de las causales previstas en la norma y se vulneró el procedimiento ya que no se obtuvo el consentimiento expreso y escrito de la Sociedad.

En su concepto de fondo la Fiscalía Quinta de la Corporación señala que las Juntas Directivas tanto del Sindicato principal como de las Subdirectivas Regionales, deben ser inscritas ante la autoridad que corresponda, Inspector del Trabajo, y, como consta en autos que el domicilio de la Regional es el municipio de San Carlos, Antioquia, la actuación del Ministerio del Trabajo se ajusta a derecho pues el competente es el Inspector del Trabajo de la Zona de Rionegro, Antioquia.

Con respecto a la Revocatoria Directa, considera la Fiscalía que quien pidió tal revocatoria fue el Sindicato de Trabajadores, organismo que no era el titular del derecho para hacerlo por cuanto éste radicaba en la empresa. Anota que era necesario observar el procedimiento para la expedición del acto, a términos de los artículos 28, 73 y 74 del Código Contencioso Administrativo, o sea, el consentimiento expreso del representante legal de Interconexión Eléctrica S.A., "eventos que se echan de menos" (Fol. 153).

Luego anota que los actos acusados no se profirieron "por medio de maniobras fraudulentas o de hechos que constriñan la voluntad, como el "cohecho" (Fol. 153), para concluir solicitando la nulidad de los actos enjuiciados y acceder en consecuencia a las súplicas de la demanda.

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

CONSIDERACIONES:

El primero de los actos acusados, la Resolución No. 803 del 27 de noviembre de 1984, expedida por el Inspector Regional de Trabajo y Seguridad Social de la Zona de Rionegro, Antioquia, ordena la inscripción de la Junta Directiva de la Seccional sindical, la cual tiene como domicilio el municipio de San Carlos de ese departamento.

Contra tal acto se alega que la Inspección en referencia no tenía competencia para ello, con fundamento en el artículo 1o. de la Resolución No. 02595 del 14 de julio de 1983, expedida por el Ministerio de Trabajo, cuyo texto es el siguiente:

> "ARTICULO PRIMERO.– La orden de inscripción de las Juntas Directivas que elijan total o parcialmente los Sindicatos de primer grado, corresponde definirla a los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social con jurisdicción en el municipio donde el Sindicato tenga su domicilio principal, una vez realizado el trámite que señala el Decreto 1469 de 1978 en sus artículos 10, 11, 12 y 13".

No hay duda alguna de que esta norma debe entenderse en armonía con las disposiciones del decreto 1469 de 1978, vigente para la fecha en que se efectuó la inscripción, y cuyo artículo 10 determina que "cualquier cambio total o parcial, en la junta directiva de un sindicato, o en el comité ejecutivo de una federación o confederación, deberá ser comunicado por escrito, por el presidente y secretario de la junta, entrante o saliente, a más tardar dentro de los seis días siguientes, al Inspector de Trabajo *de la correspondiente jurisdicción* o, en su defecto, a la primera autoridad política *del lugar* ...". A este precepto se remite, además, el artículo 12 *ibídem* señalando que "hecha por el funcionario la notificación de que trata el artículo 10o. del presente decreto, aquél procederá a efectuar los trámites para la inscripción o remitirá el expediente al funcionario competente para estos efectos".

Tal criterio encuentra corroboración y respaldo en los Considerandos de la citada Resolución 2595, donde se lee al respecto:

CONSIDERANDO:

> Que lo previsto en la Resolución 05210 de 1980 no ha sido cumplido, en razón de la concentración de funciones en la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, la cual determinó un elevado volumen de asuntos sometidos a tramitación en dicha dependencia.

Que la realidad ha demostrado que es conveniente la desconcentración de autoridad y la descentralización de funciones, para hacer más ágil la prestación del servicio de atender oportunamente la inscripción de Juntas Directivas Sindicales señalando esta función a las Divisiones Departamentales de Trabajo y Seguridad Social del país, a donde pueden llegar más fácilmente los directores de las organizaciones sindicales.

Que es de suma importancia el contacto directo de los representantes de las organizaciones sindicales con las autoridades laborales de la comprensión jurisdiccional de tales entidades para el buen entendimiento entre el sector laboral y el Ministerio de Trabajo".

Estos considerandos no pueden significar cosa diferente del definido propósito de desconcentrar y descentralizar el ejercicio de las funciones, como allí claramente se señala.

Así pués, la competencia de la "correspondiente jurisdicción" de que habla el decreto 1469 de 1978 debe entenderse corroborada, no contradicha, por la Resolución No. 2595, como ésta lo señala expresamente en su artículo cuarto, del siguiente tenor:

"Para la inscripción de las Juntas Directivas Sindicales de que trata la presente Resolución, los funcionarios administrativos del trabajo allí señalados, deben ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el Decreto 1469 de 1978 en lo pertinente, y a las demás disposiciones legales vigentes sobre la materia".

Se impone, pues, la conclusión de que, entendido rectamente el texto del artículo 10 del decreto 1469 de 1978, éste se refiere a la inscripción de las juntas directivas del domicilio principal del sindicato como a la de las Seccionales o Subdirectivas Sindicales, en la *jurisdicción correspondiente* a unas y otras, lo cual no podría ser contrariado por el artículo 1o. de la Resolución 02595 de 1984, que es de inferior jerarquía normativa.

Conviene recordar que, al expedir la Resolución No. 5210 de 1980, el Ministerio de Trabajo tuvo en mente estos mismos criterios, pues allí se expresa que la autorización para la inscripción de las juntas directivas que no tengan el carácter de nacionales, corresponde a los Inspectores de Trabajo de las Inspecciones Departamentales, que, para tal efecto, "se ceñirán a lo establecido en los artículos 10, 11, 12 y 13 del decreto 1469 de 1978" y así mismo que, en el caso de las juntas que tuvieren "radio de acción sindical nacional", la autorización corresponde al jefe de la Sección de Reglamentación y Registro Sindical de la División de Relaciones Colectivas del Trabajo.

Ahora bien, es el propio Ministerio de Trabajo el que, advirtiendo que la citada Resolución 5210 traía algunos inconvenientes, subrayó en la Reso-

lución No. 02595 de 1983 la conveniencia de descentralizar el ejercicio de las funciones relativas a la inscripción de Juntas Directivas, según atrás se hizo notar.

Para la Sala, la inscripción contenida en la Resolución No. 803 de 1984 se ajusta a derecho si se tiene en cuenta, de otro lado, que el Decreto 1237 de 1976 fija la jurisdicción administrativa de las Inspecciones del Trabajo y en el artículo 1o. establece la que corresponde al Inspector de Rionegro, la cual se integra con varios municipios del sector, entre ellos el de San Carlos, domicilio de la Junta directiva en referencia.

Sentado lo anterior, debe advertirse que la revocación directa de que da cuenta la Resolución No. 01223 del 6 de mayo de 1985, está regida por las disposiciones del Decreto 01 de 1984, vigente para esa época.

La revocatoria acoge el criterio del sindicato de que las resoluciones atentan contra el interés público y social y causan graves perjuicios a la organización, además de que se contraría el artículo 371 del C.S. del Trabajo que para tales efectos remite al 363 *ibídem*, de lo cual concluye que la actuación debe surtirse" en el municipio donde va a funcionar la subdirectiva..." (Fol. 20), lo que guarda plena armonía con las disposiciones del Decreto 1469 de 1978.

Debe recordarse que la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 1985, que resuelve el recurso de apelación, dispuso revocar, no la Resolución apelada (No. 803), sino la que decidió la reposición (No. 001), con el argumento de que "la autoridad competente para la inscripción era el Inspector de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Cundinamarca, y no el Inspector Regional de la zona de Rionegro (Antioquia), ..." (Fol 16).

Sobre los anteriores puntos cabe hacer las siguientes precisiones, por vía de recapitulación:

De una parte, la actuación en la vía gubernativa que desembocó finalmente en la revocación directa, se inició con la solicitud de inscripción de la junta directiva, como en efecto aconteció, así que los actos impugnados crearon una situación jurídica particular y concreta a favor del sindicato, no de la empresa, en los términos del artículo 73 del C.C.A.

En el *sub lite*, la organización sindical era, pues, la persona titular del derecho como que fue la que había solicitado la revocación directa, de manera que no se ve cómo pueda sostener la empresa que no era procedente tal revocación por no haberse obtenido previamente su consentimiento, no siendo ella la titular de la situación concreta contenida en el acto revocado.

Por otra parte, en el acto revocatorio también se tuvieron en cuenta otros aspectos, como el relativo a que, al no resolverse la apelación en debi-

da forma, "se incurrió en errores procedimentales que hacen inaplicable la citada resolución, toda vez que la misma providencia no determina qué ocurre con la resolución recurrida cuál es la número 803 del veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984)" (Fol. 21).

Estima la Sala que la Resolución No. 130 de 1985, que decide la apelación, deja en firme el acto apelado, sobre el que nada dispuso y que era objeto de ese recurso subsidiario, creando una situación de inseguridad jurídica a la organización con menoscabo de sus intereses e incurriendo en errores *in procedendo*.

Las razones expuestas son suficientes para mantener las resoluciones enjuiciadas al no desvirtuarse la presunción de legalidad que las ampara, con excepción de la Resolución No. 130 de 1985 sobre la cual no habrá lugar a pronunciamiento de mérito por cuanto previamente había sido revocada.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda respecto de las Resoluciones Nos. 803 del 27 de noviembre de 1984, 001 del 3 de enero de 1985 y 01223 del 6 de mayo de 1985 y se declara que no hay lugar a decisión de mérito con respecto a la Resolución No. 130 del 28 de febrero de 1985.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 25 de septiembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, José Roberto Herrera Vergara, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SANCION DISCIPLINARIA/CONFIANZA DEL PUBLICO– Afectación

No es que la Procuraduría haya resuelto elevar la "confianza" del público a la categoría de bienjurídico tutelado,sino que la ley expresamente la tiene consagrada como tal. No existe duda de que se afecte la confianza del público si en las cuentas corrientes de los parientes y allegados de la Directora de Impuestos Nacionales se diligencian sumas de dinero pertenecientes a ciudadanos a los cuales aquella funcionaria ha conocido precisamente en desempeño de su trabajo como máxima rectora de los dineros que se recaudan por tributación de los contribuyentes.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogoá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1920. Actora: Alba lucía Orozco de Triana.– Autoridades Nacionales.

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la señora Alba Lucía Orozco de Triana pidió al Consejo de Estado hacer estas declaraciones:

"1.– Que, son nulas las resoluciones número 031 de 28 de marzo de 1984, proferida por la Procuraduría Primera Regional de Bogotá, y su confirmatoria, la número 0349 de 22 de agosto de 1984, emanada de la Procuraduría Segunda Regional Delegada para la Vigilancia Administrativa, y por medio de las cuales se sancionó a la actora, con amonestación escrita, con orden de anotación en su hoja de vida.

"2.– Que, en consecuencia, para restablecer a la actora en su derecho, se ordene borrar de la hoja de vida de la demandante, la sanción que se le impuso por las resoluciones a que se refiere el ordinal primero de este *petitum*.

"3.– Que el fallo que ponga término a esta acción debe ser cumplido por la Administración pública, esto es, la Procuraduría General de la Nación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los términos prescritos en los artículos (sic) 176 del Código Contencioso Administrativo".

Los HECHOS fundamentales de la demanda pueden resumirse así:

La demandante laboró en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desde 1968 con interrupción de 3 meses y desde el 3 de marzo de 1981 fue Directora General de Impuestos Nacionales, cargo que desempeñó con lealtad, eficacia y honestidad;

Para efectos de asistencia técnica al contribuyente y dentro de un convenio mutuo entre Colombia y México, este último país envió al nuestro al licenciado Adrián Alvarez Alcalá, además de otros importantes funcionarios;

Dentro de ese Convenio se desarrolló un seminario internacional de promoción al cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias, seminario sufragado en lo fundamental por el gobierno mexicano;

Los conferencistas de ese seminario no cobraron honorarios, por lo cual el gobierno de México resolvió entregarles algunos obsequios;

"Con tal motivo el Licenciado Alvarez Alcalá, quien en ese momento debió viajar a México, le solicitó a la doctora Alba Lucía Orozco de Triana, que le colaborara en la adquisición de los obsequios destinados a los Conferencistas, y para ello giró en presencia de numerosos funcionarios, como consta en las diligencias que obran en la Procuraduría General de la Nación, un cheque por valor de $600.000.oo, que la actora endosó inmediatamente y los entregó a la Doctora Cecilia Martínez, Jefe de la Sección de Recursos Humanos de la Dirección de Impuestos Nacionales";

En adelante, la señora Martínez se encargó de adquirir los obsequios;

Esa actitud de colaboración y cordialidad de la doctora Orozco de Triana fue considerada por la Procuraduría como constitutiva de falta disciplinaria.

Con fundamento en esa apreciación, la Procuraduría decidió sancionarla con amonestación escrita en su hoja de vida.

Como normas violadas la demanda citó:

Arts. 2o., 16, 20, 26, 28, 63, 143, 145 y 146 de la anterior Constitución Nacional;

C.R.P.M.; C.P.C.; C.C.A. y normas que los complementan y reforman; Ds. Ls. 2400 de 1968 y 3074 de 1968; Ley 25 de 1974; D.R. 1950 de 1973.

En el concepto de violación dice que la Procuraduría General de la Nación se vio forzada a "elaborar un imbroglio (sic) jurídico para configurar lo que en su alambicamiento (sic) consideró como contrato de mandato y no remunerado"; critica esta figura y la califica de esperpento; advierte que la conducta de la actora es un acto atípico, "como dicen los penalistas de la trasnochada escuela de la tipicidad"; anota que la Procuraduría elevó, por sí y ante sí, a la categoría de bien jurídico titulado por los artículos 8o. y 9o. del D.L. 2400 de 1968 la confianza del público, por lo cual los actos acusados violan tales disposiciones por errónea interpretación; precisa que "la actora estima necesario restablecer su derecho a una hoja de vida inmaculada"; y, finalmente, alega que fueron infringidos los artículos constitucionales señalados en el libelo "pues los funcionarios que expidieron los actos acusados no se cantonaron dentro de los preceptos legales, desconociendo el Estado de Derecho...".

En su concepto de fondo, el señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado advierte: "... es fácil observar que la actora no hace énfasis alguno en orden a la alegación y, menos, comprobación, de que no actuó conscientemente. Puede aceptarse que su voluntad no fue la de afectar la "economía del Estado" en su acepción crematística, pero voluntariamente sí contrajo por lo menos obligaciones de cortesía social "con personas naturales o jurídicas con las cuales tenía relaciones oficiales en razón del cargo que desempeñaba". Pide que se desestimen las súplicas de la demanda.

Destruido el expediente en el incendio del Palacio de Justicia, la actora optó por presentar nueva demanda (fl. 49 vto.), acogiéndose a lo preceptuado en el parágrafo del artículo 1o. del Decreto 3825 de 1985.

Surtido el trámite correspondiente, y no observándose causal de nulidad, procede la Sala a dictar sentencia mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Debe dilucidarse, en primer término, la excepción de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales, planteada por la apoderada de la Procuraduría General de la Nación y consistente en: carencia de anexos de la demanda; ausencia de copia o fotocopia autenticada de la Resolución 031 (marzo 28) de 1984, de la Procuraduría Primera Regional de Bogotá; y falta de acreditación sobre pérdida o destrucción del expediente inicial, que se

tramitaba en el Consejo de Estado durante los trágicos hechos del Palacio de Justicia en noviembre de 1985.

La falta de uno o más anexos de la demanda para efectos del traslado no genera ni puede generar ineptitud. Los anexos no están señalados taxativamente en la ley, y es obvio que una demanda tiene como tales los que sean indicados, a juicio del demandante, para los fines que se persigan.

En este caso la parte demandada no dice cuáles anexos son los que faltan; y por si fuera poco la Sala observa que a la demanda se acompañaron (fl. 48) los fundamentales para trabar la *litis* de manera adecuada. Aparecen en el expediente el poder, los actos acusados debidamente autenticados y una fotocopia informal (fl. 10 vtos.) de la demanda incinerada en el Palacio de Justicia.

Es verdad que no se encuentra en el expediente la constancia de su destrucción, pero ello no tiene duda pues el incendio del Palacio de Justicia fue un hecho notorio. En estos casos se ha actuado siempre con criterio de amplitud, conforme al Decreto 3825 de 1985.

No debe olvidarse tampoco que conforme al artículo 228 de la nueva Constitución Nacional, en las actuaciones judiciales prevalece el derecho sustancial, razón por la cual no puede sacrificarse el fondo de un asunto por consideraciones de tipo puramente formal, cuando las formalidades echadas de menos no sean trascendentes.

No prospera, pues, la excepción propuesta por la Procuraduría General de la Nación,

En cuanto al fondo, el asunto se contrae a establecer la legalidad de las Resoluciones 031 (marzo 28) de 1984, originaria de la Procuraduría Primera Regional de Bogotá, y 0349 (agosto 22) de 1984, emanada de la Procuraduría Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa, por medio de las cuales se sancionó con amonestación escrita con orden de anotación en su hoja de vida a la doctora Alba Lucía Orozco de Triana, quien ocupaba el cargo de Directora General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Esa sanción se impuso como resultas de un procedimiento disciplinario en el cual se elevó pliego de cargos a la accionante, por estos hechos:

"Haber recibido directamente del Licenciado Alvarez Alcalá en su condición de funcionario gestor del programa que desarrolló el convenio básico de cooperación científica y técnica suscrito entre los dos gobiernos (Colombia y México), el cheque número 0147346 del Banco Colombo Americano, por la suma de $600.000.oo finalmente consignado en la cuenta corriente de

la señora Azucena Orozco de Jaramillo (hermana) suma destinada a la adquisición de algunos obsequios para los conferencistas extranjeros que participaron en el seminario dirigido al cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias.

"A la misma cuenta de su hermana Azucena Orozco, fueron consignados los cheques números 147351 y 174944 por un valor de $1'818.000 girados por el Licenciado Alvarez Alcalá, uno de ellos a nombre de Camilo Sánchez y otro a nombre de su cuñado Gustavo Vigoya, actividades que de manera indirecta afectan la confianza del público..." (fls. 69-70, cd. 1).

La Procuraduría estimó que "... aunque las operaciones detalladas no comprometen directamente su dignidad personal o investidura de alta funcionaria pública, de manera indirecta podrían constituir actividades que de una u otra forma afectan la confianza del público. En este orden de ideas, concluye (el Despacho investigador) como normas presuntamente violadas, los artículos 8o. y 9o. del Decreto 2400 de 1968, que en su contenido esencial prohiben a los funcionarios públicos dedicarse tanto en el servicio como en la vida social, a actividades que puedan afectar la confianza del público y en defensa de la economía del Estado, también les está prohibido contraer obligaciones con personas naturales y jurídicas, con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que se desempeña" (fl. 70, cd. 1).

La actora no niega las conductas que fueron sancionadas. La inconformidad de la señora Orozco de Triana con la sanción impuesta radica únicamente en que ella considera que la confianza del público no es un bien jurídico tutelado por los artículos 8o. y 9o. del D.L. 2400 de 1968, razón por la cual –según la demanda– los actos sancionatorios violan de manera directa esas dos disposiciones, por errónea interpretación, que genera falsedad en los motivos.

Ocurre, empero, que según el artículo 8o. del mencionado D.L. 2400 de 1968, "A los empleados les está prohibido: (...); dedicarse, tanto en el servicio como en la vida social, a actividades que puedan afectar la confianza del público", luego –en contra de lo que sostiene el libelo– no es que la Procuraduría haya resuelto elevar esa confianza del público a la categoría de bien jurídico tutelado, sino que la ley expresamente le tiene consagrada como tal.

La señora Orozco de Triana recibió un cheque por $600.000 de parte del conferencista mexicano que le pidió el favor de comprar, con ese dinero, obsequios que él repartiría entre los expositores del certamen tributario organizado entre los gobiernos de México y Colombia. El cheque fue consignado en la cuenta corriente de la hermana de la señora Orozco de Triana y allí también fueron depositados otros dos cheques girados por el mismo señor Alvarez Alcalá, de nacionalidad mexicana, al cuñado de la demandante uno y al señor Camilo Sánchez otro, por la suma total de $1'818.000.oo.

Estos dos últimos cheques obedecieron a operaciones comerciales del Licenciado Alvarez Alcalá, pero es indudable que no tiene ninguna presentación el hecho de que sea justamente la cuenta corriente de una hermana de la Directora de Impuestos Nacionales la que se utilice para manejar dineros de un funcionario extranjero que por razón de sus actividades tuvo relaciones directas de índole profesional con la doctora Orozco de Triana.

No existe duda de que se afecta la confianza del público si en las cuentas corrientes de los parientes y allegados de la Directora de Impuestos Nacionales se diligencian sumas de dinero pertenecientes a ciudadanos a los cuales aquella funcionaria ha conocido precisamente en desempeño de su trabajo como máxima rectora de los dineros que se recaudan por tributación de los contribuyentes.

Porque aun cuando la señora Orozco de Triana no fue acusada jamás de haber dispuesto indebidamente de aquellos dineros y la Procuraduría finalmente la sancionó porque consideró que había contraído obligaciones con una persona con la cual tenía relaciones oficiales en razón del cargo que desempeñaba, y la absolvió de las demás acusaciones, la ligereza de aceptar un cheque, así fuera para comprar regalos y que ese cheque y otros aparecieran después en cuentas corrientes de sus parientes, constituye un hecho que aun cuando no sea habitual, afecta la confianza del público en los funcionarios.

Sin negar la buena voluntad que tuvo la Directora de Impuestos para ayudar a conseguir los obsequios encargados por el Licenciado Alvarez Alcalá, ella debió abstenerse de aceptar ese encargo, que implicaba necesariamente una obligación puesto que según el artículo 9o. del D.L. 2400 de 1968, modificado por el artículo 1o. del D.L. 3074 de 1968, "En defensa de la economía del Estado, les está prohibido a los empleados: (...) contraer obligaciones con personas naturales o jurídicas con las cuales se tengan relaciones oficiales en razón del cargo que se desempeña".

En este caso, la accionante tenía relaciones de índole oficial con el señor Alvarez Alcalá, en razón de su cargo de Directora General de Impuestos Nacionales y al recibir de éste un cheque por $600.000 para la compra de obsequios, adquirió la *obligación* de comprarle tales obsequios o de conseguir que se compraran; luego es evidente la comisión de la conducta que el señalado artículo prohibe y que fue sancionada por la Procuraduría.

Las normas constitucionales invocadas en la demanda como infringidas con los actos acusados sólo podrían serlo a través de la infracción de las disposiciones legales que las desarrollan; de manera que las Resoluciones controvertidas mantienen incólume la presunción de legalidad que las ampara y las súplicas del libelo deben denegarse.

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

FALLA:

No prospera la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de requisitos formales, interpuesta por la Procuraduría General de la Nación.

Niéganse las súplicas de la demanda instaurada contra la Nación –Procuraduría General de la Nación–, por la señora Alba Lucía Orozco de Triana.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del día 2 de octubre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SUSTITUCION PENSIONAL

Es la cónyuge sobreviviente la titular del derecho a la sustitución pensional y queda excluida de tal derecho la compañera del pensionado fallecido.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 3524. Actora: Luz Edilma Muñoz Martínez y Otros.– Apelación Sentencia.

La señora Luz Edilma Muñoz Martínez, por conducto de apoderada y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, denominada hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho", instauró demanda ante el Tribunal Administrativo de Nariño para pedir la declaración de nulidad de la Resolución No. 544 de septiembre 10 de 1987 de la Caja de Previsión Social de ese Departamento, que se inhibe para reconocer la sustitución pensional en su favor y de sus hijos menores, y solicita que en consecuencia, se ordene reconocerles y pagarles el mencionado derecho pensional y las mesadas correspondientes y se declare que tiene derecho a las prestaciones asistenciales que corresponden a los pensionados. (Fol. 1).

Son hechos básicos de tales pretensiones los siguientes:

1.– El señor Hernán Vélez Pabón hizo vida marital con la accionante desde el 15 de enero de 1974 hasta la fecha de su fallecimiento el día

26 de julio de 1986 y de esa unión nacieron los menores Mauricio Oswaldo, Ana del Pilar y Aura Victoria.

2.- El señor Vélez Pabón se separó de hecho de su cónyuge desde enero de 1974 y nunca restableció la relación conyugal, razón por la cual la demandante y sus hijos menores son beneficiarios de la sustitución pensional y del régimen de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria de la Caja de Previsión Social del Departamento de Nariño.

3.- El señor Manuel José Vélez Martínez, hijo del matrimonio del pensionado Hernán Vélez Pabón, no tiene derecho a la sustitución pensional, por ser mayor de edad y por gozar del beneficio de una beca concedida por la Universidad de Nariño en su condición de monitor y de la matrícula de honor, por lo que puede atender a sus propias necesidades. (Folio 2).

Se invocan como infringidos con el acto acusado los artículos 1o. de la ley 6a. de 1945; 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1973; 1o. a 6o. del Decreto 690 de 1974; la Ley 4a. de 1976 y el artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el desarrollo del concepto de la violación se afirma que Luz Edilma Muñoz Martínez, en su condición de compañera permanente del señor Vélez Pabón, y sus hijos menores tienen el derecho de sustituirse en la pensión de jubilación del causante, pues, no obstante subsistir el vínculo matrimonial, el pensionado no hacía vida marital desde 13 años atrás con la señora Concepción Martínez de Vélez, sino con la actora, de cuya unión nacieron los hijos Mauricio Oswaldo, Ana del Pilar y Aura Victoria (folios 2 y 3).

El Tribunal del conocimiento negó las súplicas de la demanda en sentencia del 7 de mayo de 1988, por considerar que la accionante no es titular del derecho pretendido, y ordenó a la Caja de Previsión Social de Nariño reconocer dicha sustitución pensional a la legítima esposa, señora Concepción Martínez de Vélez (folios 152 a 163).

Apelada la sentencia por la demandante, ésta reafirma los planteamientos de la demanda (folios 165 a 167), apoyándose en un concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de noviembre 27 de 1979, relacionado con los alcances de la Ley 12 de 1975. Insiste en que la ley reconoce el derecho que tiene la compañera permanente y sus hijos de sustituirse en la pensión de su compañero fallecido y agrega que, de conformidad con la Ley 29 de 1982, los hijos extramatrimoniales tienen los mismos derechos que los legítimos y que se encuentra probado dentro del proceso que los menores Mauricio Oswaldo, Ana del Pilar y Aura Victoria Vélez Martínez tienen aquélla calidad.

La Agencia del Ministerio Público, en su concepto de fondo de enero 31 de 1989 (folios 181 y 182), solicita se confirme la sentencia recurrida, porque comparte las conclusiones allí expuestas.

Admitido el recurso de apelación por auto de agosto 24 de 1988 (folio 178), surtido el trámite correspondiente y no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide el recurso, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

De los elementos de juicio que obran en autos se destaca lo siguiente:

1.– El señor Hernán Vélez Pabón prestó servicios al Departamento de Nariño por más de veinte años y el último cargo que ocupó fue el de Jefe de la Sección de Proyectos e Interventoría, dependiente de la Secretaría de Obras Públicas de dicho Departamento (Fol. 85 Cuad. 2).

2.– El citado funcionario, mediante Resolución No. 1193 de octubre 30 de 1979 expedida por la Caja de Previsión Social de Nariño, se le reconoció una pensión mensual vitalicia de jubilación. (fls. 111-112 Cuad. 2).

3.– El pensionado Vélez Pabón falleció el día 26 de julio de 1986 (Fol. 147 Cuad. 2).

4.– Por Resolución No. 087 del 5 de noviembre de 1986 (Fol. 175 Cuad. 2), la Caja de Previsión ordenó pagar a la señora Concepción Martínez, viuda del pensionado (Folio 75), la sustitución de la pensión desde el 26 de julio del mismo año, decisión que luego fue revocada en Resolución No. 181 del 30 de abril de 1987 (Fls. 251-253 Cuad. 2), sin consentimiento expreso de ésta y por solicitud de la señora Luz Edilma Muñoz Martínez, parte demandante en este proceso.

5.– Finalmente, la Caja de Previsión, mediante la Resolución No. 544 del 10 de septiembre de 1987 (Fol. 6), a solicitud de la actora y de la cónyuge supérstite, se declaró inhibida para determinar a quién correspondía la sustitución pensional y dispuso que "las peticionarias pueden promover la demanda respectiva ante la autoridad competente" (Fol. 6).

Admitida la demanda y tramitado el proceso, el Tribunal en fallo del 7 de mayo de 1988, citando una sentencia de la Corte y doctrina sobre el particular, concluyó que la sustitución pensional no corresponde a la compañera permanente cuando existe cónyuge del pensionado fallecido y que, aún admitiendo la posibilidad de la subrogación del riesgo de viudez y orfan-

dad, tampoco se configuraría el derecho reclamado por no existir prueba plena de que el señor Vélez Pabón hubiera abandonado el hogar por culpa de su legítima esposa. De otra parte, al estar casada la accionante con el señor Luis Felipe Gaviria, los hijos habidos de la unión extramatrimonial se reputan del matrimonio, no habiéndose desvirtuado la presunción legal según la cual los hijos de mujer casada se consideran del marido, como observa la Fiscalía de esa Corporación.

Si bien son acertadas las consideraciones del Tribunal, la Sala estima pertinente formular algunos planteamientos.

La ley 33 de 1973, invocada por la demandante, consagra el derecho que tiene la viuda para reclamar en forma vitalicia la pensión del trabajador fallecido o con derecho a la misma. Aparece acreditado en autos la calidad de cónyuge del pensionado de la señora Concepción Martínez (fol. 75) y, en cambio, no se acredita que la viuda hubiera incurrido en alguna de las causales que señala el artículo 2o. de la ley en referencia para la pérdida del derecho, por lo que no se ve en qué forma pudiera haberse quebrantado tal precepto.

Tampoco asiste derecho alguno a los hijos menores habidos de la unión entre la actora y el pensionado fallecido, ya que, estando ella casada con el señor Luis Felipe Gaviria (Fol. 81), aquellos se reputan hijos de éste último por no haberse desvirtuado la presunción de paternidad legítima que consagra el Código Civil (*Pater is est quem nuptide demostrant*).

No desaparece tal presunción por el simple registro que se haga de los hijos como habidos fuera de matrimonio.

Sentado lo anterior, conviene observar que la actuación administrativa que desencadenó la expedición de la resolución impugnada, fue la petición de revocatoria directa de la Resolución No. 087 del 5 de noviembre de 1986, hecha por la demandante, resolución que había reconocido una situación particular y concreta a favor de la señora Concepción Martínez viuda de Vélez y a lo que accedió la entidad de previsión.

Es evidente a juicio de la Sala que, conforme a las disposiciones del C.C.A. que regulan la materia, no se daban los presupuestos legales para la revocatoria, entre ellos, según el artículo 73 ibídem, el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, en este caso, la señora mencionada, lo que no ocurrió ya que al contrario ella se opuso.

Ahora bien, formulada nueva petición por la accionante e igualmente por la cónyuge sobreviviente para que se definiera el reconocimiento de la sustitución pensional, la Caja se declaró inhibida para resolver el fondo de la solicitud.

Según las normas vigentes, como atrás se hizo notar, no cabe duda de que es la cónyuge sobreviviente la titular del derecho a la sustitución pensional y de que, siendo ese el caso, queda excluida de tal derecho la demandante como compañera del pensionado fallecido.

Así debió decidirlo la Caja de Previsión Social de Nariño en su oportunidad y esa es razón suficiente para que se disponga la invalidación del acto enjuiciado.

Erradamente estimó el *a-quo* que la negación de las súplicas de la demanda debía tener la consecuencia de declarar el derecho a la sustitución pensional en cabeza de la cónyuge del pensionado, sin reparar que ésta no fue parte en el proceso y, por lo tanto, no puede haber un pronunciamiento en su favor a título de restablecimiento de un derecho que no ha sido reclamado por ella en este proceso.

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

FALLA:

1.– Revócase la sentencia apelada proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño de fecha mayo 7 de 1988, en sus numerales 2 y 3 y en su lugar se dispone que no procede tal pronunciamiento.

2.– Declárase la nulidad de la Resolución No. 544 de 1987 del 10 de septiembre, proferida por la Caja de Previsión Social de Nariño.

3.– Confírmase la sentencia en lo demás.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión del día 2 de octubre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA– Régimen legal/**CEDELCA/SOCIEDAD DE ECONOMA MIXTA INDIRECTA**– Directivos

Como la Empresa demandanda (Cedelca) es una sociedad indirecta, de conformidad con el Decreto Extraordinario 130 de 1976 está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y corresponde al respectivo contrato social señalar "quién elige o designa su gerente". Debe entenderse que la Asamblea General como autoridad nominadora tiene la facultad de remover libremente al Gerente en cualquier momento; y que en el evento que no tome una decisión de esta naturaleza, dicho funcionario puede permanecer en el cargo "por el término de dos años, contados partir de su nombramiento". Vale decir, que si antes de dicho término la Asamblea General no lo ha removido –o reelegido– su vinculación finaliza al término del bienio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., octubre veintidos (22) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4396. Actor: Fernando Castrillón Muñoz.– Autoridades Nacionales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la sentencia de 23 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda entablada por Fernando Castrillón Muñoz para impetrar la nulidad de los actos de la Asamblea General Extraordinaria de Accionistas de la Empresa Centrales del Cauca S.A. –CEDELCA–, reunida el 13 de agosto de 1987, que declararon la elección y

nombramiento del Doctor Fernando Iragorri Cajiao como Gerente de d Sociedad, en cuanto tales actos implicaron la declaración de insubsiste de su nombramiento en el mismo cargo, "con retroatividad al 22 de m de 1987 y que la ratificación de actos iguales de la Asamblea General Accionistas de la misma empresa realizada el 12 de mayo de 1987, que f ron declarados ineficaces por la Superintendencia de Sociedades".

Asimismo, en escrito de corrección de la demanda (fls. 87 a 90) accionante requirió la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 065 1987 (diciembre 1o.) "Por medio de la cual se resuelve una petición" dicta por la Junta Directiva de CEDELCA, que dispuso "Negar en todas sus part las peticiones formuladas por el Ingeniero FERNANDO CASTRILLON MU ÑOZ, en su escrito fechado agosto 23 de 1987 y presentado por el peticion rio el día 5 del mismo mes y año..." (folio 88).

A título de restablecimiento del derecho, el actor solicitó se dispong que la entidad demandada le cancele el valor de los sueldos, primas, etc. correspondientes al cargo de Gerente durante el tiempo que permaneci ilegalmente desvinculado del servicio, el cual va del 22 de mayo al 19 d noviembre de 1987, fecha en que venció el período estatutario del Gerente considerando ese lapso como tiempo efectivo de servicio.

Los hechos expuestos en la demanda, que dieron origen a la presente acción, se sintetizan así:

– La Asamblea General de Accionistas de la Empresa Centrales Eléctricas del Cauca S.A. –CEDELCA–, por Resolución No. 01 de 19 de noviembre de 1985, nombró al actor como Gerente de la empresa, para el período estatutario de 2 años, contado desde la fecha de su nombramiento hasta el 19 de noviembre de 1987, cargo del cual tomó posesión el 28 de noviembre de 1985.

– La Asamblea General ordinaria de Accionistas de la Empresa Centrales del Cauca S.A. reunida el 12 de mayo de 1987, acogiendo la proposición del Doctor Diego Otero Prada, Gerente del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica –ICEL– que representaba el 80% de las acciones, nombró al Doctor Fernando Iragorri Cajiao como Gerente de la empresa primeramente mencionada.

– La Superintendencia de Sociedades mediante comunicación del 18 de mayo de 1987, confirmada por la fechada el 12 de junio siguiente, declaró que las decisiones tomadas por la Asamblea General de accionistas de –CEDELCA–, del 12 de mayo de 1987, eran ineficaces y que dicha Asamblea debía reunirse nuevamente para ratificar tales determinaciones. No obstante, el Doctor Iragorri Cajiao se posesionó como Gerente de Centrales Eléctricas del Cauca S.A. el 22 de mayo de 1987.

– La Asamblea General de accionistas de –CEDELCA–, reunida con carácter de extraordinaria, el 13 de agosto de 1987, acatando la proposición del Doctor Rafael L. Ramírez Zorro, representante del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica –ICEL–, con el 91% de las acciones representadas en la Asamblea, designó al Doctor Fernando Iragorri Cajiao como Gerente de esa empresa, con efectividad a partir del 22 de mayo de 1987, en virtud de cuya designación se expidió la Resolución No. 02 de 13 de agosto de 1987, por la cual se efectuó el nombramiento aludido, sin que en ella se haga referencia al demandante, aunque la designación del nuevo Gerente implicaba la declaración de insubsistencia de su nombramiento como tal.

– Las circunstancias en que se operó su desvinculación y los elementos de juicio que aparecen en las actas de dicha asamblea, sostiene el actor, permiten establecer que su tácita insubsistencia se tornó en destitución del cargo.

A folios 68 y siguientes aparecen las normas que el demandante invoca como transgredidas por los actos acusados y el concepto de violación que de ellas se expuso.

El Tribunal del conocimiento en la sentencia impugnada negó las pretensiones de la demanda, para lo cual, luego de precisar que la Asamblea General de accionistas de CENTRALES ELECTRICAS DEL CAUCA S.A. –CEDELCA–, reunida el 13 de agosto de 1987, no ratificó lo acordado en la celebrada el 12 de mayo anterior sino que mediante un nuevo acto designó como Gerente de la Empresa al Doctor Fernando Iragorri Cajiao, sostuvo, que en lo relacionado con la dirección de las empresas industriales y sociedades de economía mixta indirectas o de segundo grado, al Gobierno Nacional le corresponde la orientación definitiva en desarrollo del control tutela y debe velar porque "sus agentes a todos los niveles coincidan y están compenetrados en las líneas generales de orientación, razones éstas que pueden explicar satisfactoriamente determinados actos como los controvertidos". (folio 283).

Y añadió el *a-quo*:

"El cargo de Gerente de Cedelca no es de carrera. Es de libre nombramiento y remoción a pesar del período de dos años que se le ha fijado estatutariamente, reserva de la potestad discrecional que, incluso tiene asidero legal en el artículo 282 de la Ley 4a. de 1913, vigente todavía por no haber sido derogado en forma alguna.

La remoción del demandante no es consecuencia de proceso disciplinario alguno y por ello no puede calificarse de destitución.

La remoción del actor, no obstante su idoneidad, no ha implicado desmejoramiento en el servicio directo y orientacional de la empresa.

La parte actora ha esbozado una presunta motivación política como causa de la remoción con desviación de poder, carga de difícil prueba que le competía aducir en el curso del proceso y la cual no se ha producido, convencimiento al cual llega también el representante del Ministerio Público.

La decisión de remover al Ingeniero Fernando Castrillón Muñoz y el nombramiento en su lugar del abogado Fernando Iragorri Cajiao fueron tomadas por la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la sociedad "Centrales Eléctricas del Cauca S.A." Cedelca, es decir, por el organismo competente según los estatutos en ejercicio de la potestad discrecional, sin aviesos motivos, de suerte que no violan ninguna disposición legal de las invocadas por el demandante". (fl. 284).

En la oportunidad legal, el accionante interpuso el recurso de apelación contra la sentencia comentada, aduciendo que no comparte el concepto del Fiscal del Tribunal que se transcribe en el fallo, en relación con el alcance del literal i) del artículo 18 del Decreto 1950 de 1973 y del artículo 39 de los estatutos de CEDELCA, puesto que a pesar de afirmar que existe claridad en lo dispuesto en esas normas, no expresa, para fundamentar su aserto, cuáles son tales sentido y finalidad y sostiene que "Es ostensible la contradicción existente entre el establecimiento de un *"período fijo"*, que sugiere la idea de permanencia determinada en el empleo, y libre remoción, en forma discrecional, que implica el desconocimiento arbitrario del período. Desaparece el principio de contradicción al afirmarse que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo". (fl. 288).

Agrega el recurrente:

"Presumiendo la sensatez y sabiduría del legislador, resulta equivocada e incongruente la interpretación que da el señor Fiscal, y que acoge el H. Tribunal, a la frase *"sin que exista facultad legal para removerlos libremente"*, en el sentido de considerarla como "exceptiva o restrictiva, o sea que existe la posibilidad de que haya normas que faculten la remoción libre, y entonces el nominador está autorizado para proceder en tal conformidad". El sentido natural y obvio, de la frase, si nos atenemos no sólo a la finalidad del establecimiento de un período fijo, sino a su estructura gramatical, precedida por una coma, que la hace incidental, no parece ser otro que el de establecer que los empleados designados por período fijo, aunque no pertenezcan a la carrera administrativa, que les da estabilidad, no pueden ser removidos, por la arbitraria voluntad del nominador, durante el período para el cual fueron designados. Si la intención o espíritu de la norma hubiere sido otra, por ejemplo, autorizar el establecimiento de períodos fijos con la salvedad de que podrían ser desconocidos sin motivo alguno por los nominadores, la redacción de la norma habría sido diferente, o simplemente, para

evitar el contrasentido, se habría dispuesto que tales empleados no tendrían período fijo". (fl. 289).

Señala el impugnador, que si se acepta la interpretación que la Fiscalía hizo del literal i) del artículo 18 del Decreto 1950 de 1973, habría que definir si el término ley, debe tomarse en el sentido formal restrictivo o en sentido material, amplio, pues si se acepta este último debe concluirse "que la *ley* (en este caso el Decreto 1950) podría ser modificado por convenio de las partes, que para ellas es ley (en este caso los estatutos de la sociedad), contradiciéndose los arts. 16 y 31 C.C." (fl. 289).

De otra parte, recalca el recurrente, que constituye prueba fehaciente de que en su remoción no privó el criterio del buen servicio, sino motivos de carácter político partidista, la proposición presentada por el Ingeniero Jorge Humberto Campo Perdomo, aprobada por los asistentes a la reunión de accionistas de Cedelca celebrada el 12 de mayo de 1987, en la cual se destaca la actividad que en forma honesta, eficiente y decidida desarrolló el actor en la Gerencia de dicha empresa; las constancias dejadas por varios asambleístas en la citada reunión, que relevan las cualidades personales y profesionales del demandante; las felicitaciones que, según el acta citada, el Doctor Juan José Chaux Mosquera expresó a aquél, por su dinamismo y seriedad y por la buena imagen de que goza no sólo en la C.R.C., sino en la Planeación Nacional y en el Banco Mundial, entidad esta última que en reciente informe resaltó la labor de Cedelca como órgano ejecutor y la manifestación del Doctor Guillermo Echeverry Guzmán, en la asamblea del 12 de mayo de 1987, en el sentido de que *"el hecho solo de producirse un cambio político en la Gerencia no es justa causa..."* (folio 291).

También el censor se refiere a la declaración rendida dentro del proceso por el Doctor Julio Arboleda Valencia quien, dice, asevera:

> "... que la propuesta hecha por el señor Gerente de ICEL, y quien presidía la Asamblea, *no podía tener finalidad distinta a la de producir un cambio por razones que no fueron expresadas...* Pues pese a que los mayores elogios a la persona y a la gestión del entonces Gerente de Cedelca provinieron del Ingeniero Jorge Campo y del doctor Juan José Chaux Mosquera, ambos de filiación liberal, siendo el Ingeniero Castrillón Muñoz conservador, *fue de común conocimiento aun antes de comenzar la Asamblea que el señor Gerente de ICEL haría el cambio del Ingeniero Castrillón Muñoz para poder cumplir con determinadas cuotas políticas dentro del liberalismo del Departamento del Cauca, como así sucedió, ya que el doctor Iragorri Cajiao formaba parte del grupo del doctor Ingeniero Aurelio Iragorri Hormaza, ex-Gerente de Cedelca S.A., y Jefe muy distinguido y notable* del liberalismo del Departamento del Cauca". (fl. 291).

Finalmente el recurrente expresa:

"Hay un punto que no ha sido considerado en la sentencia que podría llevar a un triunfo parcial de las pretensiones del demandante: el relativo a los sueldos dejados de percibir entre el 22 de mayo, fecha en que el Ingeniero Castrillón Muñoz fue desalojado de la Gerencia, en virtud de actos declarados como INEFICACES de la Asamblea del 12 de mayo de 1987, y el 13 de agosto en que se vino *a determinar con firmeza el nombramiento del doctor Fernando Iragorri Cajiao como nuevo Gerente de Cedelca,* como dice el fallo". (fl. 292).

Y concluye el impugnador:

"Aún desechándose lo relativo al desconocimiento del período estatutario, o el abuso o desviación del poder en el ejercicio de la facultad discrecional de libre remoción, quedaría pendiente de resolver lo referente a la situación de vacío que se presenta entre el 22 de mayo, en que el demandante fue desalojado injustamente de su cargo, en virtud de actos ineficaces en derecho, y el 13 de agosto, en que se operó su formal remoción. Dentro de las peticiones y hechos de la demanda está subsumida esta cuestión, que en caso de no aceptarse la viabilidad de las pretensiones totales del demandante, encuentra asidero en la letra y la doctrina del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil". (Fl. 292).

La Agencia del Ministerio Público en la vista fiscal conceptuó que la sentencia impugnada debe confirmarse, porque de conformidad con el artículo 39 de los estatutos de las Centrales Eléctricas del Cauca –Cedelca– S.A. la asamblea general de accionistas estaba facultada para remover al demandante y por cuanto no se acreditó que su desvinculación del cargo se debió a motivos distintos del buen servicio público, pues en el acta de dicha asamblea del 12 de mayo de 1987 se hacen anotaciones y afirmaciones que no comprometen a la entidad y, en la segunda, no se hace ningún comentario a este respecto.

Finalmente, la Fiscalía Quinta, asevera:

"En relación con el argumento que como el actor tenía período fijo dentro del cual no podía ser removido y que para hacerlo se le ha debido seguir el proceso disciplinario consagrado en los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 2400 de 1968 modificado por el artículo 1o. del Decreto 1950 de 1973, se considera que el señor CASTRILLON al detentar un cargo de libre nombramiento y remoción, podía ser removido libremente sin necesidad de investigación disciplinaria". (fl. 314).

Tramitado el recurso de alzada conforme a la ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide con base en las siguientes

CONSIDERACIONES:

En primer término, la Sala debe aclarar que, de acuerdo con la certificación expedida por la Cámara de Comercio del Cauca el 3 de julio de 1987 (fls. 59 a 61) y conforme a la Escritura No. 299 de 1985 de la Notaría Primera del Circuito de Popayán (fls. 38 a 51), la Compañía Centrales Eléctricas del Cauca –CEDELCA–, es una sociedad anónima, *perteneciente al orden nacional,* vinculada al sector administrativo del Ministerio de Minas y Energía, sometida al régimen jurídico de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en razón de que el Estado posee más del 90% de su capital; que por mandato expreso de sus estatutos, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica –ICEL– ejercerá su tutela administrativa, financiera y técnica, con la cual se controlarán las actividades de la sociedad y se coordinarán éstas con la política general del gobierno.

De acuerdo con lo preceptuado en el artículo 5o. del Decreto extraordinario 3135 de 1968, las personas que prestan sus servicios a las empresas industriales y comerciales del Estado, a cuyo régimen jurídico, como se dijo –CEDELCA– está sometida, son trabajadores oficiales; sinembargo, los estatutos de dichas empresas deben precisar qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En armonía con el anterior ordenamiento, el artículo 2o. de los Estatutos de CEDELCA (Escritura 299 de 1985. Fl. 39), designó entre otros, el cargo de Gerente como de dirección, manejo y confianza y a su vez el artículo 39 ibídem, folio 47, señaló expresamente que dicho directivo "tendrá la calidad de empleado público".

Respecto a la naturaleza de este empleo debe tenerse en cuenta que como la Empresa demandada es una sociedad indirecta, de conformidad con el decreto extraordinario 130 de 1976 está sometida al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado y corresponde al respectivo contrato social señalar "quién elige o designa su gerente", pues según la relación que aparece a folio 26, el ICEL posee más del 90% del capital social y es la única entidad descentralizada del orden nacional que hace parte de dicha sociedad.

Así las cosas, al armonizar esta disposición con el artículo 28 del Decreto 1050 de 1968, que asigna al Presidente de la República la facultad de nombrar y remover libremente a los gerentes de las empresas industriales y comerciales del Estado, debe concluirse que según el decreto 130 en entidades como Cedelca, la facultad de nombrar y remover al gerente corresponde a quien determine el contrato social, y la naturaleza de dicho empleo está determinada por el decreto 1050 de 1968 que le asigna el carácter de libre nombramiento y remoción, contexto dentro del cual debe ser interpretado

el artículo 39 de los Estatutos, que establecen que su Gerente "durará en sus funciones por el término de dos (2) años contados a partir de su nombramiento, pudiendo ser reelegido o removido libremente antes del vencimiento de su período".

En consecuencia, la Sala no comparte la interpretación que de este artículo hace el recurrente; pues, en armonía con lo expresado, considera que para su correcta inteligencia y dentro del marco de la hermenéutica que enseña que las disposiciones deben ser interpretadas de tal forma que ellas produzcan algún efecto, debe entenderse que la Asamblea General como autoridad nominadora tiene la facultad de remover libremente al Gerente en cualquier momento; y que en el evento que no tome una decisión de esta naturaleza, dicho funcionario puede permanecer en el cargo "por el término de dos años, contados a partir de su nombramiento". Vale decir, que si antes de dicho término la Asamblea General no lo ha removido —o reelegido— su vinculación finaliza al término del bienio. Sostener la tesis contraria, equivaldría a dejar sin efectos una parte de la norma que dentro de una interpretación armónica es en un todo compatible no sólo con el resto del artículo, sino con las disposiciones legales atrás mencionadas.

Frente a lo anterior, carecen de incidencia las consideraciones que sobre el alcance del literal i) del artículo 18 del Decreto 1950 de 1973 hace el actor, pues como se ha visto, el carácter de libre nombramiento y remoción del empleo que él desempeñaba en la entidad demandada está determinado por normas diferentes a las del referido artículo.

De manera, que de conformidad con lo dicho en este proveído, el acto de remoción del demandante del cargo mencionado expedido por la Asamblea General de Accionistas celebrada el 13 de agosto de 1987, que es la decisión demandada en el *sub-lite,* se ajusta a derecho por cuanto la autoridad nominadora estaba facultada para disponer válidamente su desvinculación, así no hubiera transcurrido aún el período de dos años para el cual fue elegido inicialmente. En consecuencia, no es del caso, por esa razón, declarar su nulidad.

En relación con "el triunfo parcial de las pretensiones del demandante" a que alude en los párrafos del escrito sustentatorio del recurso, atrás transcritos, la Sala encuentra que ello no es posible, pues el libelo demandatorio impugnó únicamente la validez de las decisiones adoptadas por la Asamblea celebrada el 13 de agosto de 1987; y para reconocer los salarios y prestaciones sociales posteriores a la reunión del 22 de mayo habría necesidad de pronunciarse sobre la validez de los actos expedidos en esta última fecha, lo cual no es posible tratándose de una acción como la aquí incoada, por no haber sido demandandos y ser esta jurisdicción rogada, como ya lo ha dicho el Consejo de Estado en múltiples oportunidades; pues es el actor en su libelo de-

mandatorio quien determina los actos acusados y el marco de su juzgamiento, de modo que al fallador no le es dable apartarse de ellos.

En cuanto hace a la petición de nulidad de la Resolución No. 065 de 1o. de diciembre de 1987 a que se contrae la adición de la demanda que obra a folio 87 a 90, acto administrativo expedido por la Junta Directiva de Cedelca, la Sala anota que las peticiones que mediante ella se negaron, según se desprende de la parte resolutiva de dicha providencia (fl. 107), son las mismas que se elevaron a esta jurisdicción, a título de restablecimiento del derecho, en la demanda incoativa de este proceso (fls. 66 y 67).

Por tanto y con base en los mismos argumentos de orden legal atrás expuestos, la Sala habrá de confirmar la decisión adoptada sobre este tópico por el Tribunal Administrativo del Cauca, como igualmente lo hará por las razones anotadas, con las demás decisiones contenidas en la sentencia por él proferida el 23 de mayo de 1989.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia del 23 de mayo de 1989, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro del proceso instaurado por Fernando Castrillón Muñoz.

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 25 de septiembre 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.

SUSTRACCION DE MATERIA/ESCALAFON DOCENTE

Habiendo sido satisfecha por la entidad obligada la finalidad buscada con la demanda, el proceso pierde su interés, careciendo de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre nulidad de los actos acusados. Es cierto que la jurisdicción ha sido renuente a aplicar la tesis de la sustracción de materia cuando el acto revocado es de contenido particular, generador de efectos concretos que eventualmente podrían haber inferido daño o lesión, porque la revocación surte efectos hacia el futuro y no permite el resarcimiento del daño, pero en el sub lite es diferente, porque la modificación de la fecha señalada en uno de los actos acusados y la contabilización del tiempo de servicios requerido para que la demandante ascendiera en el escalafón, a partir de la fecha señalada en el acto de revocación, implican el logro a plenitud de la tutela jurídica impetrada en la demanda que ninguna otra pretensión confiere.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.E., octubre veintitrés (23) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente Número 2174. Actor: Ana Emilce Vega de Guinea.

La señora Ana Emilce Vega de Guinea, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicitó al Consejo de Estado declarar la nulidad de las Resoluciones Nrs. 01725 y 2394 de 21 de fe-

brero y 8 de mayo de 1986, emanadas de la Junta Seccional de Escalafón para el Departamento de Cundinamarca, por medio de las cuales se le clasificó en el grado 3o. del Escalafón Nacional Docente y se determinó como fecha a tener en cuenta para su nuevo ascenso dentro del mismo, el 18 de abril de 1985 y que tiene derecho a estar clasificada en el grado 6o. del mencionado escalafón y que el tiempo de servicio para su nuevo ascenso se debe contar a partir del 8 de abril de 1983.

De igual manera y como consecuencia de las anteriores declaraciones, la actora pidió que se ordenara a la Junta Seccional del Escalafón para el Departamento de Cundinamarca, clasificarla en el grado sexto (6o.) del Escalafón Nacional Docente, tenerle en cuenta todo el tiempo de servicios para efectos de ascenso en dicho escalafón y determinar que la fecha para su nuevo ascenso es la del 8 de abril de 1983.

Los hechos en que se fundamenta la acción pueden sintetizarse así:

1o.) La actora, educadora inscrita en el escalafón nacional docente, presta sus servicios a la enseñanza oficial y con fecha 18 de abril de 1985 solicitó a la oficina Seccional del Escalafón del Departamento de Cundinamarca, ser ascendida al grado sexto (6o.) dentro del Escalafón Nacional Docente establecido en el Decreto 2277 de 1979.

2o.) La Junta mencionada resolvió la anterior solicitud clasificándola en el grado tercero (3o.) y desconociéndole el tiempo de servicio prestado, decisión que fue confirmada mediante Resolución No. 2394 de 8 de mayo de 1986.

En el libelo se citan como violados por los actos demandados los artículos 16, 17, 20, 62 y 76 numeral 10 y 215 de la Constitución Política, 1o., 8o., 10o., 21, 36 y 73 del Decreto 2277 de 1979, 10 y 12 del Decreto 2620 de 1979, 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del Código de Régimen Político y Municipal.

El respectivo concepto de violación de las anteriores normas se aprecia a folios 6 a 9 del expediente.

Definida la competencia del Consejo de Estado para conocer de este negocio (fls. 131 y 132), se obtuvo de la Agencia del Ministerio Público el respectivo concepto de fondo, conforme al cual las peticiones del libelo deben despacharse negativamente porque, según voces del artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, para que un bachiller pedagogo como lo es la demandante, ascienda del grado dos al grado seis, debe acreditar una experiencia de tres años en cada grado anterior y dos cursos de capacitación, que den un total de quince (15) créditos, tal como lo estatuye el numeral 2) literales a) y b) del artículo 31 del Decreto 2762 de 1980.

De suerte, dice la Doctora Fiscal Quinta, que si se admitiera, por vía de hipótesis y en gracia de la controversia, la posibilidad de tomar en cuenta para el ascenso del grado 2 al 6 la experiencia acumulada, se tendría que efectivamente a la actora debían contabilizársele 12 años (desde el 8 de abril de 1971 al 7 de abril de 1983), siendo el día 8 de abril de 1983, la fecha que debía tenérsele en cuenta para el próximo ascenso. Pero ocurre, continúa la Fiscalía, que sólo existe prueba de que la actora realizó once créditos y no quince como lo exige la norma citada para ascender de la categoría dos a la seis.

Por ello, concluye:

"Sin necesidad de entrar a estudiar las posibles interpretaciones planteadas por los apoderados de la parte actora y de la entidad demandada que se le pueden dar a los artículos 21 del Decreto 2277 de 1979 y al parágrafo 2o. del artículo 23 del Decreto Reglamentario 0259 de 1981, estimamos que las súplicas impetradas en el libelo inicial no están llamadas a prosperar". (fl. 140).

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Pretende la demanda la nulidad de las Resoluciones Nrs. 01725 y 2394 de 21 de febrero y 8 de mayo de 1986 (fls. 11 y 15), expedidas por la Junta Seccional del Escalafón Nacional ante Cundinamarca por las cuales se le clasificó en el grado tercero (3o.) del Escalafón Nacional Docente y se determinó como fecha que debe tenerse en cuenta para nuevo ascenso, el 18 de abril de 1985.

La apoderada del Ministerio de Educación Nacional, en memorial visible a folios 154 a 155, informó que, previa petición de la accionante, la Junta Seccional del Escalafón Nacional ante Cundinamarca, profirió las Resoluciones Nrs. 1209 y 1490 de 20 de mayo de 1988; mediante la primera revocó la Resolución Nro. 2394 de 1986 y modificó la Resolución Nro. 1725 de 21 de febrero de 1986 en cuanto a la fecha para el siguiente ascenso; por la segunda, ascendió a la demandante al grado seis del Escalafón Nacional Docente y fijó como fecha para el siguiente ascenso el 8 de abril de 1983, al cual arribó (grado 7o.), por medio de la Resolución Nro. 515 del 30 de abril de 1990.

Advierte la apoderada de la entidad demandada, que dada las anteriores circunstancias desapareció el motivo de la *litis*, vale decir, ésta pierde su razón de ser, pues lo que la accionante pretendía que esta Corporación declarara, lo fue en sede administrativa.

Revisadas las copias aportadas de las Resoluciones Nrs. 1209 y 1490 de 1988 (fls. 143, 144 y 145), observa la Sala que, ciertamente, la administración accedió a ascender a la actora al grado seis pretendido y a señalar como fecha para el siguiente ascenso el día 8 de abril de 1983, como lo pedía la accionante en su demanda, fecha que realmente fue tenida en cuenta a efecto de inscribirla en el grado séptimo (7o.), según se desprende de la Resolución Nro. 0515 de 30 de abril de 1990 (fl. 152).

En presencia de los actos administrativos citados, la Corporación encuentra que habiendo sido satisfecha por la entidad obligada la finalidad buscada con la demanda, el proceso pierde su interés, careciendo de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre nulidad de los actos acusados.

Es cierto que la jurisdicción ha sido renuente a aplicar la tesis de la sustracción de materia cuando el acto revocado es de contenido particular, generador de efectos concretos que eventualmente podrían haber inferido daño o lesión, porque la revocación surte efectos hacia el futuro y no permite el resarcimiento del daño, pero en el *sub-lite* es diferente, porque la modificación de la fecha señalada en la Resolución Nro. 1725 de 1986 y la contabilización del tiempo de servicios requerido para que la demandante ascendiera al grado sexto, a partir de la fecha señalada en el acto de revocación, implican el logro a plenitud de la tutela jurídica impetrada en la demanda que ninguna otra pretensión contiene.

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:

Por sustracción de materia, declárase inhibida la Sala para hacer pronunciamiento de mérito en el presente asunto.

Reconócese personería para acturar en el presente proceso a la Doctora EULALIA NOHEMY JIMENEZ RODRIGUEZ en representación de la Nación-Ministerio de Educación Nacional.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y ARCHIVESE el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día nueve (9) de octubre 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, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ACTO ADMINISTRATIVO– Inoponibilidad/PUBLICACION/NOTIFICACION

Si bien es cierto que los actos administrativos no publicados carecen de obligatoriedad, también es cierto, que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados, y sólo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse, y sólo es causal de inoponibilidad a los particulares; en cambio, sí es oponible a la propia administración.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 6121. Actor: Elías Jaimes Castillo.– Apelación Interlocutorios.

Procede la Sala a decidir de plano el recurso de apelación interpuesto por el Director del Departamento Administrativo Jurídico de la Gobernación de Norte de Santander y el apoderado de la Empresa Licorera de Norte de Santander, contra el auto de 16 de julio de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de dicho Departamento, en cuanto decretó la suspensión provisional de los actos impugnados, o sea, el acuerdo No. 0018 de 15 de noviembre de 1990, expedido por la junta directiva de la Empresa Lico-

rera de Norte de Santander, que modificó el artículo 46 del acuerdo No. 00011 de 25 de julio de 1990, expedido por la misma Junta, y el decreto 000214 de 8 de abril de 1991, expedido por el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, por el cual se aprobó el primero de los acuerdos nombrados.

Para acceder al decreto de la medida provisoria el Tribunal dice brevemente en la providencia:

> "Ha considerado la jurisprudencia que la suspensión provisional recae sobre los efectos del acto administrativo de manera que si el acto ya ha sido ejecutado no procede tal medida. También puede darse el caso de que el acto de carácter general por voluntad del propio emisor no los tenga, en razón de no haberse proveído su publicación, por ser este un requisito esencial para su oponibilidad y obligatoriedad; si no se da a conocer en la forma que establece la ley, no debería en teoría producir efectos y en consecuencia tampoco ser susceptible de la medida cautelar de la suspensión provisional".

En el capítulo respectivo de la suspensión provisional de la demanda se echa de menos la falta de publicación de los actos impugnados en la Gaceta Departamental como lo disponen los artículos 1o. y 5o. de la ley 57 de 1985, para concluirse que por ello son ilegales, puesto que su vigencia está condicionada a su publicación según las voces del artículo 8o. de la misma ley. Y que sin embargo, los actos dicen que regirán a partir de su expedición, violándose así las anteriores disposiciones.

Y, por último, dice el demandante, que el objeto social de la Empresa (se refiere a la Empresa Licorera de Norte de Santander), es producir licores, alcoholes y sus derivados, para comercializar con éstos, y sus servidores son trabajadores oficiales y, por excepción empleados públicos, según la actividad de dirección o confianza que desarrollen, según los estatutos.

Agrega que esos estatutos son los creadores de las entidades descentralizadas, contemplados en la ley, ordenanza departamental, acuerdo municipal, que creó la empresa industrial y comercial, nacional, departamental o municipal y, desde luego, son expedidos por el Congreso de la República, las asambleas departamentales o los concejos municipales, en su orden, y que se han denominado estatutos básicos, conocidos también como estatutos orgánicos o reorgánicos, los cuales contienen, entre otros temas, la clasificación de los servidores, en trabajadores oficiales y empleados públicos. Y que esos estatutos son distintos a los adoptados por las juntas o consejos directivos de tales entidades, y que se les ha llamado reglamentos internos.

Que en razón de lo anterior, el acuerdo impugnado, expedido por la junta directiva de la Empresa Licorera de Norte de Santander y el decreto,

exped'do por el Gobernador, también impugnado, son notoriamente contrarios al artículo 304 del C.R.D. que dice:

> "Las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.
>
> "Quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos".

CONSIDERACIONES:

La Sala, para decidir, se identifica con la jurisprudencia consignada en la sentencia de 30 de mayo de 1988, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, traída a colación por los recurrentes en la sustentación de la alzada, pues, si bien es cierto que los actos administrativos no publicados carecen de obligatoriedad, también es cierto, que la falta de este requisito, tratándose de actos administrativos de carácter general, no constituye causal de nulidad del mismo, como son los actos impugnados, y sólo constituye falta de oponibilidad del acto a los particulares, o en otras palabras, falta de obligatoriedad para los mismos. Así, ha de tenerse en cuenta que la publicación del acto no es requisito para su validez, siempre y cuando en su dictación se hayan guardado todas las normas a las que debió sujetarse y, sólo, se repite, es causal de inoponibilidad a los particulares. En cambio, sí es oponible a la propia administración, porque a pesar de no haberse publicado, lo conoce debido a que precisamente ella lo profirió y produce, desde luego, efectos frente a ella. Es decir, si el acto, aún no ha sido publicado, concede un derecho a un particular o le impone una obligación, éste puede hacer valer su derecho frente a la administración, pero, en cambio, no se le puede exigir que cumpla con la obligación mientras no se publique el acto.

Por otra parte, no aparece clara la violación ostensible del art. 304 del Código de Régimen Departamental, puesto que el análisis del mismo habría que hacerlo en forma conjunta con el art. 305 de la misma codificación, dado que son disposiciones evidentemente concordantes.

Además, en autos las partes recurrentes demostraron que los actos impugnados fueron publicados en la Gaceta Departamental de julio de 1991, y, para el efecto, allegaron un ejemplar autenticado de la misma (fls. 47 y

89). Aunque no se puede precisar si cuando se profirió por el Tribunal la providencia recurrida con fecha 16 de julio de 1991, ya se había dado a la circulación la Gaceta.

Quepa anotar sí, el desgreño administrativo de la Gobernación en demorar tanto tiempo la publicación de un acto, dado que entre la fecha de su expedición –abril de 1991– y la de la publicación –julio del mismo año– transcurrió un lapso considerable lo que engendra, a ojos de la Sala, perturbaciones a la buena marcha de la cosa pública y frente a los administrados. Sin embargo, ello no determina ni es factor para decretar una suspensión provisional con base en ello.

Con fundamento, pues, en los breves planteamientos expuestos anteriormente, la Sala infiere que en la dictación de los actos atacados no aparece manifiesta ninguna infracción de las disposiciones reseñadas en el Capítulo respectivo de la demanda y, por ende, la providencia impugnada en apelación habrá de revocarse en cuanto dispuso la suspensión provisional de los actos demandados.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

Revócase el auto apelado de 16 de julio de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en cuanto suspendió provisionalmente los actos demandados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 9 de octubre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Jo[illegible] Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO— Régimen aplicable/**PROCESO DISCIPLINARIO**

Las situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, en cuanto se refiere a las calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, son de competencia de la ley. La ineficiencia atribuible a un funcionario por razones de fallas en su formación, capacitación, desadaptación al cargo que se ejerce, no puede conducir a la deducción de una responsabilidad que culmine con sanción disciplinaria, pues existen otros mecanismos administrativos que conducen a la protección del buen servicio público. Sin embargo, si la ineficiente prestación del servicio, es imputable ya no a la ineptitud personal, sino al producto de una intención deliberada del empleado, sí es procedente la aplicación al régimen disciplinario.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C. octubre treinta (30) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1268. Actor: Carlos Adolfo Mora Parra.— Autoridades Departamentales.

CARLOS ADOLFO MORA PARRA en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 0055 y 0172 de 23 de febrero y 16 de marzo de 1984 proferidas por el Rector de la Universidad del Quindío y el Acuerdo No. 012 de 11 de abril de 1984 del Consejo Superior de dicha universidad, mediante los cuáles fue destituido del cargo de Profesor de Tiempo Completo de esa Universidad.

Reconstruido el expediente, de acuerdo con el Decreto 3825 de 1985, de la copia de la sentencia del Tribunal se obtuvieron los siguientes datos:

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que la sanción le fue impuesta, invocando las atribuciones legales conferidas al Rector en los artículos 50 y 17, literal i, del Decreto Departamental 224 de 1983 y del Decreto Ley 80 de 1980, sin especificar qué artículos del Decreto 80 se aplicaban. Señala que el Rector no podía invocar el Decreto 80 de 1980, pues los artículos 51, 125, 126 y 133 en cuanto se refieren a instituciones docentes territoriales, la Corte Suprema de Justicia los había declarado inconstitucionales y por lo tanto, no podía dejarse de aplicar el acuerdo 7 de 1977, estatuto del profesorado, pues él solamente fue derogado expresamente, hasta el día 27 de julio de 1984, fecha en que el Gobierno Nacional, aprobó el nuevo estatuto docente para la Universidad del Quindío.

Acepta que dentro del proceso disciplinario que le fuera iniciado, el Decano de Contaduría, le formuló cargos, y él presentó sus descargos tanto ante el Comité de Evaluación como ante el Consejo Académico, organismos que concluyeron que debía ser sancionado.

Como normas violadas, citó los artículos 26 de la C.N.; 93 y 94 del Estatuto del Profesorado; 103 y 104 del Decreto 80 de 1980 por aplicación indebida.

La Universidad Departamental del Quindío, se opuso a las pretensiones de la demanda, expresando que el artículo 194 del Decreto Ley 80 de 1980, derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias y entre ellas, el Estatuto del Profesorado, y por tal motivo, la norma aplicable al asunto controvertido, era el Decreto 80 de 1980.

Señala la Universidad que la inexequibilidad del artículo 126 del Decreto 80 de 1980 no modificaba la situación debatida, pues quedó vigente el capítulo VI del Decreto, que trata del personal docente y las disposiciones que regulaban los derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del ejercicio profesional de los educadores, dictado en ejercicio de las facultades conferidas por la ley 8a. de 1979, que en lo pertinente fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, y por lo tanto la destitución del actor se ajustó a derecho, no pudiendo prosperar las súplicas de la demanda.

El Tribunal Administrativo del Quindío, negó las súplicas de la demanda, por considerar que el procedimiento agotado se ajustó a derecho. En uno de sus apartes, la sentencia expresa lo siguiente:

"... debe tener en cuenta que al expedir el ejecutivo el Decreto Reglamentario No. 2885 de octubre 28 de 1980, por medio del cual se regla-

menta el procedimiento disciplinario de que trata el art. 104 del Decreto Extraordinario 080 de 1980, procedimiento disciplinario que es parte integrante de los estatutos o reglamentos del personal docente de las universidades, los cuales deben ser expedidos por estas entidades observando lo ordenado por el art. 120 del Decreto 080 de 1980, señaló en forma clara y precisa el procedimiento a observarse en las respectivas investigaciones, norma que fue expedida por el Ejecutivo Nacional, lo mismo que los artículos 91 a 120 del Decreto Extraordinario antes citado, con fundamento en las autorizaciones dadas por el Congreso en el art. 1o., ordinal 4o., de la ley 8a. de 1979 que fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 16 de marzo de 1982".

Apelada la sentencia por el actor, reitera los argumentos ya expresados y en el traslado para alegar de conclusión, cita como jurisprudencia, a su favor, el fallo de 9 de diciembre de 1988, expediente 1264, que a su juicio le confiere razón a sus pretensiones.

La Universidad, no presentó alegato de conclusión.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, solicita se confirme la sentencia apelada, por considerar que el Decreto Ley 80 de 1980 es la norma aplicable, y no puede ser sustituida por un acto del Consejo Superior y tampoco puede aceptarse el planteamiento del actor, pues de aplicarse el acuerdo 7 de 1977, se estaría reviviendo el artículo 126 del Decreto 80 de 1980, según el cual regían las normas estatutarias de la época, mientras se expedía el nuevo estatuto. Dijo el Fiscal lo siguiente:

"Como del estudio del proceso disciplinario no aparece transgredido el derecho de defensa del actor, y en concepto de esta Agencia del Ministerio Público éste debía ser orientado por las luces del Decreto 80 de 1980 cmmo (sic) en efecto lo fue, se sugiere muy comedidamente al H. Consejero conductor del proceso la confirmación de la sentencia impugnada".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La inconformidad del actor, básicamente radica en que el proceso disciplinario que la Universidad le adelantó, y que concluyó con la destitución del empleo del cual era titular, se produjo con base en el Decreto Ley 80 de 1980, cuando debía haberse aplicado el procedimiento consagrado en el acuerdo 7 de 1977, expedido por el Consejo Superior.

Por consiguiente, deberá examinarse si le asiste o no razón al demandante en este aspecto.

2) El Decreto Extraordinario 80 de 1980, se expidió con base en la ley 8 de 1979, la cual en el artículo 1o., numeral 4o., confería facultades al Presidente de la República, para expedir normas sobre escalafón nacional para el sector docente público y privado de los niveles de educación preescolar, básica primaria, básica secundaria, media vocacional, intermedia profesional y educación superior, y para regular los derechos, deberes, estímulos, sanciones y demás aspectos del educador al servicio de los establecimientos de educación, tanto del orden nacional como territorial, disposición que fue declarada constitucional por la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del día 16 de marzo de 1982.

3) Bajo los preceptos de la Constitución Política de 1886, la regulación de la responsabilidad de los funcionarios públicos y el procedimiento para hacerla efectiva, era de competencia del legislador, como igualmente ocurre en la actualidad, de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución Nacional de 1991.

Ha sido jurisprudencia reiterada de esta Sala, expresar que las situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, en cuanto se refiere a las calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, son de competencia de la Ley.

Mediante sentencia de 9 de septiembre de 1989, con ponencia de la Dra. CLARA FORERO DE CASTRO, se dijo lo siguiente:

> "Si bien es cierto la Corte Suprema de Justicia en sentencias de 13 de mayo de 1980 y 16 de marzo de 1982 declaró inexequibles algunas normas de la Ley 8a. de 1979 –por la cual se concedieron al ejecutivo facultades extraordinarias que le permitieron expedir el Decreto 80 de 1980–, y otras de este Decreto, ello obedeció a que tales disposiciones, o no se referían a facultades precisas como lo exige el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución o pretendían usurpar facultades privativas de las Asambleas y los Concejos en materia de creación y organización de universidades; es decir, tenían que ver con el estatuto orgánico.
>
> Pero en cuanto a situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, es la ley la única que puede proveer al respecto. Así lo ordenan el artículo 62 de la C.N. y el 76 ordinal 10.
>
> De manera pues, que en la materia que nos ocupa, el Decreto 80 de 1980 es norma de preferente aplicación y no puede ser reemplazada por un acto administrativo como lo es la Resolución 20 de 1971, expedida por el Consejo Directivo de la Universidad".

Por consiguiente, se concluye que el régimen disciplinario para el personal docente, es el estatuído en el Decreto Extraordinario 80 de 1980 y no el consagrado en el acuerdo 7 de 1977, respecto de los profesores de la Universidad del Quindío.

Examinando el procedimiento agotado por la Universidad del Quindío, se observa, que el Decano como superior inmediato del actor le corrió el pliego de cargos, que éste fue oído en descargos y que se garantizó el derecho de defensa y la sanción le fue impuesta por el Rector como autoridad competente, una vez fue oído el Consejo Académico.

4) La Sala considera importante aclarar, dada la temática materia del proceso disciplinario de autos, que la ineficiencia atribuible a un funcionario por razones de fallas en su formación, capacitación, desadaptación al cargo que se ejerce, no pueden conducir a la deducción de una responsabilidad que culmine con sanción disciplinaria, pues existen otros mecanismos administrativos que conducen a la protección del buen servicio público, como son la declaratoria de insubsistencia o la manifestación por parte de la administración al docente, con antelación no inferior a un mes a la fecha de vencimiento del período respectivo, de dar por terminada la relación laboral, conforme lo consagra el artículo 109 del Decreto Ley 80 de 1980. (véase sentencia 027 de enero 29 de 1990, ponente: Dr. JOAQUIN BARRETO).

Sin embargo, si la ineficiente prestación del servicio, es imputable ya no a la ineptitud personal, sino al producto de una intención deliberada del empleado, sí es procedente la aplicación al régimen disciplinario.

En el presente proceso no parece que esto último haya ocurrido, pero lamentablemente el actor en la demanda, no enfocó el ataque por este aspecto, no puede declararse en este caso la nulidad de los actos por este motivo.

5) Como el demandante solicita básicamente en el plenario la aplicación del Acuerdo 7 de 1977, pero se observa que éste no fue expedido con competencia para ello, no puede tampoco por este motivo, se repite, accederse a las súplicas de la demanda. Situación muy distinta se presentaría, si el acuerdo del Consejo Superior, hubiese sido de aquellos que estas autoridades están facultadas para expedir, con fundamento en el artículo 104 del Decreto Ley 80 de 1980, situación que no se da en el *sub-lite*, puesto que el acuerdo que se invoca en la demanda, fue expedido en el año de 1977, años antes de la vigencia del Decreto Ley 80 de 1980.

La Sala por consiguiente, concluye que no se vulneró el artículo 26 de la Constitución Política, vigente al momento de ser juzgado el actor y por lo tanto no están llamadas a prosperar, las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA Y UNA VEZ EN FIRME, DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día 16 de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Con Salvamento de Voto; *Joaquín Barreto Ruiz,* Ausente; *Clara Forero de Castro,* Aclara Voto; *Alvaro Lecompte Luna,* Aclara Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO– Régimen aplicable/**PROCESO DISCIPLINARIO** (Aclaración de Voto)

A pesar de que en caso similar al presente dí mi voto a una decisión diferente, después de un estudio más detenido acerca de la aplicación en el tiempo de las normas sobre administración de personal docente universitario contenidas en el D. 80/80, en sent. de sept. 9/89, llegué a conclusión contraria a la expuesta en la sent. de dic. 9/88. No quedándome duda sobre la procedencia del D. 80/80 en el sub lite, la apelación a mi juicio no estaba llamada a prosperar, pues el proceso disciplinario se adelantó conforme a sus mandatos y el hecho que originó la destitución sí daba lugar a ella según este estatuto.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

ACLARACION DE VOTO DE LA DOCTORA CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 1268. Actor: Carlos Adolfo Mora Parra.

Habiendo votado favorablemente la ponencia presentada por el doctor Diego Younes Moreno, procedo a explicar brevemente las razones que me movieron a ello, por cuanto en caso similar al presente, resuelto mediante sentencia de 9 de diciembre de 1988, de la que fue ponente el doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker dí mi voto a una decisión diferente.

El motivo de inconformidad del apelante con la sentencia recurrida, se refirió exclusivamente a la improcedencia de la aplicación del Decreto

080 de 1980 y por tanto a un trámite equivocado del procedimiento disciplinario contemplado en el estatuto de personal docente de la Universidad del Quindío, expedido mediante Acuerdo del Consejo Superior, Acuerdo en el cual no se contemplaba la falta imputada al apelante.

Después de un estudio más detenido acerca de la aplicación en el tiempo de las normas sobre administración de personal docente universitario contenidas en el Decreto 080 de 1980, en sentencia de 9 de septiembre de 1989, llegué a conclusión contraria a la expuesta en la sentencia de 9 de diciembre de 1988, antes citada. No quedándome duda sobre la procedencia del decreto 080 de 1980 para regular la situación del actor, la apelación, a mi juicio, no estaba llamada a prosperar, pues el proceso disciplinario se adelantó conforme a sus mandatos y el hecho que originó la destitución si daba lugar a ella según ese estatuto.

En los anteriores términos dejo aclarado mi voto afirmativo.

Clara Forero de Castro.

PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO– Régimen aplicable/**PROCESO DISCIPLINARIO** (Salvamento de Voto)

Para acoger las súplicas de la demanda se tuvo en cuenta en la sentencia de diciembre 9/88 que "dado que la Corte declaró inexequibles los artículos 51, 125, 126 y 133 del D. 080/80, las disposiciones de éste no son aplicables a las universidades del orden departamental o municipal, las que, por lo mismo, se rigen por sus estatutos particulares.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

SALVAMENTO DE VOTO DOCTOR REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER.

Referencia: Expediente No. 1268. Actor: Carlos Adolfo Mora Parra.– Reconstrucción-Apelación Sentencia.

Me veo en la necesidad de salvar voto en este proceso, que en muchos aspectos se asemeja al que se falló, con ponencia del suscrito, en diciembre 9 de 1988 y en que era demandante el señor César Armando López Valderrama.

Estimo que la discrepancia se puede expresar en forma breve, particularmente en razón de que el criterio que orientó a la Sala en este fallo se cimienta en la consideración de que "la regulación de la responsabilidad de los funcionarios públicos y el procedimiento para hacerla efectiva, era de competencia del legislador" en vigencia de la Constitución Política anterior y también de la nueva Constitución y tal es también el punto de vista de la ju-

risprudencia de esta Sala, según la cual "las situaciones administrativas del personal al servicio de las universidades, en cuanto se refiere a las calidades y requisitos para ingreso al servicio y causales de retiro, son de competencia de la ley". (Fol. 136).

Ahora bien, para acoger las súplicas de la demanda se tuvo en cuenta en la sentencia de 1988, por una parte, que "dado que la Corte declaró inexequibles los artículos 51, 125, 126 y 133 del decreto 080 de 1980, las disposiciones de éste no son aplicables a las universidades del orden departamental o municipal, las que, por lo mismo, se rigen por sus estatutos particulares" y, de otra, que la Universidad del Quindío, al destituir al señor López Valderrama, invocó los literales c), d) y i) del decreto 080 de 1980, que corresponden a deberes del docente cuya violación apareció sin respaldo probatorio y, al contrario, quedó totalmente desvirtuada en el expediente.

En estas condiciones, sin dejar de reconocer que son serias las razones que sustentan esta sentencia y no es mi ánimo cuestionarlas, debo reiterar el criterio expuesto en el fallo anterior, que tampoco las desconoce.

Atentamente,

Reynaldo Arciniegas Baedecker.

ACTO COMPLEJO/DEMANDA— Ineptitud

No habiéndose atacado el Acuerdo adoptado por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia que junto con el Decreto impugnado constituyen una unidad jurídica inescindible, forzoso resulta concluir que el asunto bajo examen no es apto para un estudio de mérito.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 3577. Actora: Martha Cristina Carvajal Molina y Otro.— Decretos del Gobierno.

Martha Cristina Carvajal Molina y Ramiro Mejía Correa, en su condición de ciudadanos y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentaron demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad del Decreto No. 510 de marzo 23 de 1988 expedido por el Presidente de la República, "por el cual se aprueba una modificación al Estatuto Orgánico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia".

Fundamentan su pretensión en los siguientes hechos:

"1o.— Los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA son una Empresa Industrial y Comercial del Estado, "sometida al Régimen del Decreto Ley 3135 de 1968. Art. 5o. Art. 1o. de los Estatutos Vigentes.

2o.– Por las anteriores razones, el Régimen Legal Vigente para la regulación de las relaciones de trabajo colectivas e individuales dentro de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA es el Convencional y Contractual, respectivamente.

3o.– En la actualidad está vigente una Convención Colectiva de Trabajo firmada entre la Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y el SINDICATO DE TRABAJADORES FERROVIARIOS –SINTRAFERROVIARIOS– cuya duración se extiende desde el 1o. de enero de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1988.

4o.– No obstante lo anterior, la Junta Directiva de la Empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, expidió la modificación del Estatuto Orgánico de los FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, de cuya sóla lectura se desprende que hay una reclasificación de personal en forma injurídica con violación de la Constitución y de la Ley por cuanto se modifica unilateralmente, el Régimen de contratación y en la práctica se asumen funciones que sólo corresponden al Congreso de la República o a las dos partes por el mecanismo de Negociación Colectiva" (fls. 33 y 34).

En la demanda citan como normas violadas con la expedición del Decreto acusado, los artículos 20, 55, 76 ordinal 10 y 120 de la Constitución Nacional; 1o. literales g), h), y j) de la Ley 65 de 1967; 26 literal b) del Decreto Extraordinario 1050 de 1968; 5 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968 y 353, 414, 415, 469 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo.

En el concepto de la violación expresan los accionantes que el Presidente de la República tiene competencia para reglamentar las leyes, pero que en el caso *sub-lite* no está reglamentando ninguna ley, sino que está aprobando inconstitucional e ilegalmente un Acuerdo; que las facultades extraordinarias concedidas al Jefe del Estado para clasificar los trabajadores en las Empresas Industriales y Comerciales, se vencieron doce meses después de la vigencia del Decreto Extraordinario 3130 de 1968; que dicha clasificación equivale a convertir a las Juntas o Consejos Directivos de tales empresas en organismos legisladores; que el Presidente de la República habría podido expedir el decreto acusado como decreto ley, previo otorgamiento de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso de la República, que no pueden ser subdelegadas en juntas directivas de entidades descentralizadas; que el acto administrativo enjuiciado revive el artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, que fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia; que al existir una convención colectiva de trabajo vigente, que regula los contratos de trabajo de los trabajadores de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia, se violó el derecho de asociación sindical; que la modificación del estatuto orgánico de la comentada empresa incluye temas diversos en forma injurídica, que afecta situaciones particulares y concretas de quienes

son titulares de una convención colectiva de trabajo; que la decisión de convertir trabajadores oficiales en empleados públicos, debió ser notificada personalmente a cada uno de los interesados; que en el supuesto caso de que la convención colectiva de trabajo y los contratos de trabajo que vincularon a los trabajadores con la referida empresa fueren ilegales, la forma jurídica para darlos por terminados es la del proceso laboral ordinario, por lo que al desconocerse este trámite se violó el debido proceso. (fls. 35 a 46).

En escrito que consta a folios 62 a 72 del expediente, el apoderado de la Nación (Ministerio de Obras Públicas y Transporte) y de la Empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia se opone a las pretensiones del escrito demandatorio, entre otras razones, por cuanto la reforma estatutaria adoptada mediante el Decreto No. 510 de 1988 se ajusta a la ley, de conformidad con lo estatuído en las disposiciones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969; afirma que si lo modificado hubiera sido el estatuto orgánico o básico de la citada empresa y no el estatuto interno, sí se habría infringido la Constitución Nacional, ya que esta atribución corresponde al Congreso de la República, según el artículo 76, ordinal 10, de la Carta; que no tiene fundamento la afirmación hecha por la parte actora según la cual el Decreto impugnado revive el artículo 38 del Decreto Extraordinario 3135 de 1968; que en la demanda se confunden los conceptos de estatutos básicos e internos, al igual que la convención colectiva con las leyes; que no ha sido violado el artículo 53 de la Carta, ni ningún otro precepto de la Constitución Nacional; que una convención colectiva sólo se puede aplicar a trabajadores oficiales y no a empleados públicos, por lo que en modo alguno la convención de la empresa ha sufrido modificaciones, ni se han afectado derechos colaterales de la misma. Finalmente, el comentado apoderado propone la excepción de caducidad de la acción, ya que la acción procedente sería la de restablecimiento del derecho y no la de simple nulidad, y aquélla para el momento de la demanda se encontraba caducada; asimismo, plantea la excepción de inepta demanda, puesto que el acto administrativo que se acusa es un acto complejo, integrado por el Acuerdo No. 175 de 1988 y el Decreto No. 510 del mismo año, habiendo sido impugnado solamente este último.

La Doctora Fiscal Quinto del Consejo de Estado en su concepto manifiesta que en el caso *sub-lite*, se impone un pronunciamiento inhibitorio.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

El concepto Fiscal expresa lo siguiente:

"En lo que toca con la excepción de inepta demanda consideramos que está llamada a prosperar, pues, ciertamente, la parte actora no demandó la

proposición jurídica completa, conformada no sólo por el Decreto atacado, aprobatorio del Acuerdo No. 175 de 1988, sino también por éste que constituye el acto aprobado. Así lo ha sostenido en múltiples oportunidades el H. Consejo de Estado, en fallos como el proferido el 1o. de diciembre de 1983 por la Sección Primera, con ponencia del distinguido Consejero doctor Mario Enrique Pérez, recaído dentro del expediente No. 3.430, actor Ismael Quintero, donde sostuvo:

> 'El actor ataca de manera independiente el decreto aprobatorio del Acuerdo 000051 y se abstiene de acusar el acto aprobado, lo cual constituye una grave omisión que incide directamente en el análisis del cuestionamiento del decreto.
>
> En efecto, lo técnico y acertado era demandar tanto el acto aprobado –El Acuerdo– como el aprobatorio –el decreto–, pues los dos conforman la unidad jurídica completa.
>
> Mal podría pronunciarse la Sala sobre el Acuerdo aprobado, no estando acusado, porque ello equivaldría a una resolución *extra-petita*, que donde menos cabe es en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de la que tradicionalmente ha dicho la jurisprudencia que es rogada y no oficiosa' (Diccionario Jurídico, tomo V, página 47, doctoras María Elena Giraldo Gómez y Nubia González Cerón).

Con base en las anteriores consideraciones y en los lineamientos jurisprudenciales pretranscritos –que esta Agencia del Ministerio Público comparte–, no habiéndose atacado el Acuerdo No. 175 del 25 de febrero de 1988, adoptado por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia que junto con el Decreto No. 510 del mismo año constituyen una unidad jurídica inescindible, forzoso resulta concluir que el asunto bajo examen no es apto para un estudio de mérito". (fls. 79 y 80).

Comparte la Sala los planteamientos de la Fiscalía, por las siguientes razones:

El Acuerdo No. 175 de 25 de febrero de 1988, expedido por la Junta Directiva de los Ferrocarriles Nacionales conforma con el Decreto 510 de 23 de marzo de 1988 un acto complejo que ha debido ser demandado en su integridad. Así lo ha sostenido invariablemente la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Por tanto la Sala considera innecesario extenderse en otros argumentos para sostener que por la razón anotada, el pronunciamento debe ser inhibitorio.

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

FALLA:

Declárase inhibida la Sala para pronunciarse sobre el fondo del asunto, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 15 de octubre 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.

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM/SANCION DISCIPLINARIA

Basta leer la evaluación del proceso disciplinario hecha por el Jefe de la Oficina de Escalafón, para confirmar que la labor investigativa no se redujo a indagar sobre lo ocurrido en la Asamblea de padres de familia, como lo hizo la Procuraduría, sino que ella abarcó el comportamiento en general del inculpado en su condición de rector del plantel educativo, enfocado desde la perspectiva del consumo de licor, dentro del cual lo acaecido en esa asamblea, fue sólo un episodio. De suerte que no es válido afirmar, que la sanción que se impuso al demandante, se haya originado en los mismos hechos que investigó la Procuraduría. La decisión impugnada, en consecuencia, no viola el principio non bis in idem consagrado en el ordenamiento jurídico.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia Expediente Número 4061. Actor: Nemesio Edmundo Pazos González.– Resoluciones Ministeriales.

El señor Nemesio Edmundo Pazos González interpone recurso de apelación contra la sentencia de 11 de octubre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

ANTECEDENTES:

Las peticiones de la demanda se fundamentaron en los siguientes hechos:

– Al demandante, quien se desempeñaba como Rector del Instituto Nacional "General Santander" de Honda, la Procuraduría General de la Nación por medio del oficio de cargos No. 0727 le inició proceso disciplinario por embriaguez habitual, por presentarse en tal estado al sitio de trabajo y por no haber notificado legalmente una sanción impuesta a un estudiante del plantel. El primero de tales cargos se le formuló por hechos y circunstancias presentados en la reunión de la Junta de padres de familia del Instituto realizada el 30 de marzo de 1984.

– El proceso citado culminó con la Resolución No. 007 de 21 de enero de 1988, proferida por el Procurador General de Ibagué, por medio de la cual se sancionó al actor con amonestación escrita y con anotación en su hoja de vida.

– A pesar de estar enterado de la existencia del proceso de la Procuraduría el Ministerio de Educación, el 3 de octubre de 1984, solicitó a la Junta de Escalafón Seccional del Tolima, abrir un proceso disciplinario al accionante por "asistencia habitual al sitio de trabajo en estado de embriaguez", basándose para ello en el informe de la visita practicada al Instituto por el Inspector Carlos A. Romero R., los días 11, 12, 13 y 14 de septiembre de 1984, en el cual se hace referencia, entre otras cosas, a los estados frecuentes de embriaguez, circunstancia que, se dijo, incidía en la pérdida de respeto, autoridad y dignidad de la rectoría del establecimiento educativo; proceso que culminó con las Resoluciones Nos. 1165 de 5 de junio de 1985 y 065 de 30 de julio de 1986, proferidas por la citada junta y por la Junta Nacional de Escalafón, por medio de las cuales se excluyó al demandante del Escalafón Nacional Docente.

– En cumplimiento de lo dispuesto en las resoluciones citadas el Ministerio de Educación Nacional mediante la Resolución No. 11569 de 30 de septiembre de 1986, lo destituyó del cargo de Rector del Instituto Nacional "General Santander" de Honda.

En la demanda se invocaron como infringidos los artículos 23 y 24 de la ley 25 de 1974; 1o. y 11 de la ley 13 de 1984, 5o. del Decreto 2372 de 1981, 2o. y 3o. del Decreto 01 de 1984 y 16, 17, 20, 26 y 62 de la Constitución Política, cuyo concepto de violación se expuso en la forma consignada a folios 17 a 22, en el cual se hace énfasis en el hecho de que fue sancionado doblemente por unos mismos hechos y faltas, primero por la Procuraduría General de la Nación Seccional Ibagué, en enero de 1986 y, posteriormente, por el Ministerio de Educación Nacional a través de la Junta Seccional de Escalafón del Tolima y de la Junta Nacional del Escalafón, lo cual es contrario al principio universal de derecho NOM BIS IN IDEM, vigente en todos los regímenes democráticos, que garantizan a los ciudadanos no ser juzgados más de una vez por unos mismos hechos y que se halla consagrado en el De-

creto 2372 de 1981, contentivo del régimen disciplinario aplicable a los educadores oficiales, cuyo artículo 5o. reza:

"Artículo 5o.– **Una Sola sanción por falta.**
La comisión de una falta no da lugar sino a la imposición de una sola sanción".

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal del conocimiento en sentencia de 11 de octubre de 1988, declaró no configurada la excepción de caducidad de la acción propuesta por el apoderado del Ministerio de Educación, en razón de que la Resolución No. 11569 que lo destituyó del cargo se expidió el 30 de septiembre de 1986. Por tanto, el término de caducidad de la acción debe computarse a partir de la fecha de notificación de esa providencia y no del momento en que se notificó la confirmatoria de la exclusión del accionante del escalafón docente, como lo pretende el apoderado de la Nación.

El *a-quo*, prosiguió luego con el análisis y la valoración de los distintos testimonios recepcionados tanto en el proceso disciplinario adelantado contra el señor Pazos González por la Procuraduría General de la Nación, como en el que le siguió la Junta Seccional del Escalafón del Tolima, concluyendo que la investigación de la Procuraduría obedeció a hechos diferentes a los que dieron lugar a la investigación que realizó la Junta de Escalafón, por solicitud del Ministerio de Educación Nacional, pues la primera se refiere a las desavenencias de la Junta de Padres de Familia del Colegio "General Santander" de Honda con el actor en su calidad de Rector del plantel y a la notificación al alumno José Martín Castañeda de la resolución por la cual se le impuso una sanción disciplinaria y, la segunda, se adelantó por presunta mala conducta y asistencia habitual al Colegio en estado de embriaguez.

Por tanto, consideró el fallador de primera instancia que los actos acusados no violan normas superiores de derecho y, por ello, denegó las pretensiones del libelo.

Oportunamente se interpuso recurso de apelación contra la sentencia comentada, reiterando que lo consignado en el escrito mediante el cual se contestó la demanda y las atestaciones de los declarantes en uno y otro proceso demuestran que las investigaciones disciplinarias contra el actor, por parte de los organismos mencionados, se adelantaron por una única causal: asistencia habitual al colegio en estado de embriaguez, lo cual originó que en ambos procesos, se le formulara el mismo cargo, o sea, por violación del artículo 46, literal a) del Decreto 2277 de 1979 (fls. 391 a 402). Los hechos por los cuales el accionante fue investigado por la Junta Seccional del Escalafón del Tolima, se dice en el escrito sustentatorio del recurso de alzada, su-

cedidos en el primer semestre de 1984, fueron los mismos que investigó la Procuraduría.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico, asevera el recurrente, las investigaciones de que conoce el Ministerio Público tienen prevalencia y las decisiones que en ella se adopten son de obligatorio cumplimiento para la autoridad nominadora; consiguientemente, el acto que absuelve a un funcionario inculpado, como ocurrió en el *sub-lite*, debe ser atendido cabalmente por la administración, no siendo dable que ésta adelante proceso disciplinario, en forma paralela o simultánea con el que efectúa la Procuraduría pues se contraviene el principio *NON BIS IN IDEM*, consagrado en el artículo 13 del Decreto 2480 de 1986.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en su concepto de fondo (fls. 411 a 415), opina que la sentencia debe ser confirmada, porque considera que aunque ambas investigaciones versaron sobre la misma conducta –consumo habitual de bebidas espirituosas con consecuencias lesivas para el servicio público– la una se refería a ingestión de licor en el año de 1984 y la que finalizó con la sanción impugnada, a igual conducta pero en el año de 1985. De modo que la absolución por los hechos ocurridos en 1984, no enerva la potestad disciplinaria para sancionar la embriaguez habitual en 1985.

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

CONSIDERACIONES:

La inconformidad del recurrente con la sentencia apelada, se basa en las mismas razones que lo llevaron a disentir de la imposición de la sanción contenida en los actos acusados: penalización doble por la comisión de una sola falta.

Al respecto se anota que del análisis del pliego de cargos que la Procuraduría General de la Nación, por intermedio de la Regional del Tolima, formuló al actor (fls. 102 a 104), se desprende que a pesar de la denominación genérica que se dio a la primera imputación, se hizo: "Por embriaguez habitual presentándose al sitio de trabajo en tal estado", pero centrada en el hecho de haberse presentado ebrio el señor Pazos González, rector del Instituto General Santander de Honda, a la Asamblea de la Asociación de Padres de Familia del plantel, celebrada el 30 de marzo de 1984. La investigadora se apoyó en los testimonios de varias personas que asistieron a ella y que además aluden el hecho de que el actor también se presentaba en esas condiciones al centro educativo que regentaba.

De las Resoluciones Nos. 007 de 21 de enero de 1986 (fls. 134 a 136) y 012 de 9 de enero de 1987 (fls. 148 a 150), con las que culminó la inves-

tigación mencionada, se colige que la conducta que indagó la Procuraduría fue la observada por el accionante en esa ocasión. Así, en la resolución primeramente citada en la cual se analizan los descargos y se sopesan las razones de la defensa del inculpado, se dice que no es dable admitir que por ciertas discrepancias o disparidades de criterio entre los miembros de la Junta Directiva de la Asociación de Padres de Familia y del profesorado, se le atribuyan a aquél comportamientos de esa clase.

La Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, por Resolución No. 012 de 1987, revocó la No. 07 de 1986, y aceptó los descargos del actor, alusivos a los hechos ocurridos en la Asamblea de Padres de Familia del 30 de marzo de 1984, para concluir luego en absolución, porque consideró que esa acusación había obedecido a los enfrentamientos del acusado con la Junta Directiva de dicha Asociación.

A lo anterior se suman las aseveraciones del propio actor, que en el hecho tercero de la demanda refiriéndose a la investigación de la Procuraduría relata:

> "Tercero.– El primer cargo se formuló con fundamento en el Artículo 44o., Literal h) del Decreto 2277 de 1979 y en el literal a) del Artículo 46o. ibídem y por hechos las circunstancias presentadas en reunión de padres de familia del INSTITUTO NACIONAL "General Santander" de Honda (Tol.) llevada a cabo el día 30 de marzo de 1984 a partir de las 4:30 P.M. hechos que son corroborados con las declaraciones de ALVARO TORRES, RAMIRO EDUARDO MONROY LINARES, FRANCISO TEODORO GARCIA y ERNESTO PAEZ SILVA". (fls. 23 y 14).

No cabe entonces la menor duda acerca de que la investigación de la Procuraduría obedeció al comportamiento observado por el señor Pazos González en la Asamblea de Padres de Familia a la cual se alude en el pliego de cargos, en las Resoluciones que finiquitaron la investigación y en el libelo de la demanda.

De otra parte, aunque en el expediente no aparece el pliego de cargos que la Junta Seccional del Escalafón del Tolima le formuló, claramente se deduce, tanto de los informes-Conceptos que emitió el Jefe de esa oficina (fls. 279 a 286 y 309 a 313), como de las Resoluciones Nos. 1165, 1167 de 1985 y 0065 de 1986 objeto de impugnación (fls. 287, 314, 317 y 318), que la investigación se originó en el informe del Inspector de Educación Nacional Carlos A. Romero R., quien, los días 11 a 14 de septiembre de 1984, practicó una visita al Instituto Nacional General Santander de Honda.

Según reza tal informe (fls. 161 y ss) y destaca el Jefe de la Oficina del Escalafón Seccional del Tolima (fls. 121 y ss.), el demandante como máxima

autoridad del plantel venía fallando porque se embriagaba con demasiada frecuencia, perdiendo con esta actitud respeto, autoridad, confianza por parte de la comunidad educativa y dignidad, lo que motivó la formulación del cargo de asistencia habitual al sitio de trabajo en estado de embriaguez.

Basta leer la evaluación del proceso disciplinario hecha por el Jefe de la Oficina de Escalafón encargado de la investigación (fls. 279 a 284), para confirmar que la labor investigativa no se redujo a indagar sobre lo ocurrido en la Asamblea de padres de familia realizada el 30 de marzo de 1984, como lo hizo la Procuraduría, sino que ella abarcó el comportamiento en general del inculpado en su condición de rector del plantel mencionado, enfocado desde la perspectiva del consumo de licor, dentro del cual lo acaecido en esa asamblea, fue sólo un episodio.

Por eso, en las diligencias investigativas que adelantó la Junta de Escalafón salieron a flote hechos ocurridos antes de efectuarse la aludida reunión de Padres de Familia, lo acontecido en esa oportunidad y situaciones que se presentaron posteriormente, como es el caso del incidente del actor en el viaje de desplazamiento del equipo de baloncesto del Instituto a la localidad del Líbano (Tolima), oportunidad en la cual por su estado de beodez asumió comportamientos que no se avienen con la condición de rector de un establecimiento educativo.

Tan amplia es la acusación que se le hizo, que en ella hay lugar a considerar la actitud del accionante en el momento en que, en las instalaciones del Instituto General Santander, el funcionario instructor del proceso disciplinario recepcionaba el testimonio del docente Norberto Avila, de la cual da cuenta el acta respectiva, en los siguientes términos:

> "NOTA: En este estado de la diligencia se deja constancia por parte del Jefe de la Oficina de Escalafón que el señor Nemesio Edmundo Pazos González se presentó a la rectoría en evidente estado de embriaguez y ..." (fl. 242).

De suerte que no es válido afirmar, que la sanción que se impuso al demandante por medio de los actos acusados, se haya originado en los mismos hechos que investigó la Procuraduría, que a la postre, no dieron lugar a imposición de sanción disciplinaria alguna y que, por ello se quebranta lo dispuesto en el artículo 5o. del Decreto 2372 de 1981.

Las anteriores razones son suficientes para concluir que la decisión impugnada, no viola el principio *NON BIS IN IDEM* consagrado en el ordenamiento jurídico y que no se desvirtuó la presunción de legalidad que lo ampara y consiguientemente, debe confirmarse el fallo del *a-quo*, denegatorio de las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 11 de octubre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el presente asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 16 de octubre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ASOCIACION DE PENSIONADOS– Integración/**CONFEDERACION DE PENSIONADOS DE COLOMBIA**– Integración

Ni la Ley 43 de 1984 ni su Decreto Reglamentario 1654 de 1985 prohíben a las Asociaciones de Pensionados integrarse con afiliados del sector público y del sector privado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 2099. Actor: Milán Díaz García y Otros.– Unica Instancia.

MILAN DIAZ GARCIA y otros ciudadanos, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demandan la declaración de nulidad del Auto de mayo 14 de 1986 suscrito por la Jefe de la Sección de Control de Instituciones de Previsión Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante el cual se ordena "No dar trámite a la petición de la Confederación de Pensionados de Colombia (C.P.C.), relacionado (sic) con la reforma estatutaria, hasta tanto no se ajuste en el sector correspondiente conforme a la ley" (Fol. 1 Cdno, Ppal.).

En la demanda se citan como normas violadas con el acto administrativo impugnado las leyes 26 y 27 de 1976, aprobatorias de los Convenios Internacionales 85 y 87 (sic) de la O.I.T.; los artículos 1, 2, 3 y 4 de la ley

43 de 1984; los artículos 4 y 8 del Decreto 1654 de 1985 Reglamentario d de la ley 43 de 1984 (Fol. 5 ibídem).

En el desarrollo del concepto de la violación, la parte demandante manifiesta que con el acto enjuiciado se violó el derecho de defensa establecido en el artículo 26 de la Constitución Política, por cuanto no se concedió recurso alguno, como lo señala el Código Contencioso Administrativo y las leyes procesales que regulan la materia; que se desconoció el artículo 44 de la Carta sobre el derecho de libre asociación, ya que el auto acusado, al expresar que a la Confederación de Pensionados de Colombia pertenecen pensionados del sector público y del sector privado, está creando una limitación a dicho precepto constitucional que el legislador en la ley 43 de 1984 no quiso establecer; que se infringió la ley 26 de 1976, aprobatoria del Convenio 87 de la O.I.T., que hace referencia a la libertad de organización y que en sus artículos 2, 3, 5, 6 y 7 señala las pautas como se deben organizar los trabajadores y los empleadores y en ningún momento prescribe que tengan que ser del sector público, o del sector privado exclusivamente; que el acto impugnado, contrariando lo prescrito en la ley y en los Convenios Internacionales, insiste en dividir las organizaciones de pensionados en dichos sectores; que existe una absurda y equivocada interpretación de la ley 43 de 1984 por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, que ha llevado a este organismo a expedir una serie de actos administrativos que han sido objeto de demandas de nulidad ante el Consejo de Estado; que, de conformidad con el artículo 4o. de la ley 43 de 1984, las organizaciones reconocidas con anterioridad a diciembre 12 de ese año, fecha de sanción de la comentada ley, continuarán funcionando sin importar su forma de constitución, es decir, de pensionados públicos o privados, o de ambos órdenes o sectores en tales organizaciones aglutinados; que el comentado artículo de la ley 43 de 1984 no permite al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social intervenir en las organizaciones de pensionados para modificar la constitución o estructura de esas entidades gremiales; que en parte alguna la ley prohiba la formación de organismos gremiales mixtos o sea de ambos sectores, como tampoco determina que su composición tenga que ser exclusivamente de un solo sector, como ilegalmente lo pretende el mencionado Ministerio; que la funcionaria que dictó el Auto Impugnado no está emitiendo concepto alguno sobre la reforma de los estatutos de la Confederación, sino que está negando su aprobación al decidir el fondo del asunto, razón por la cual ha extralimitado la función atribuida en el artículo 4o. del Decreto 1654 de 1985; que la funcionaria que profirió el citado auto carece de facultad para ordenar que se cambie la estructura de la organización de pensionados que modificó sus estatutos; que se infringió el artículo 2o. de la ley 43 de 1984, si se tiene en cuenta que la Confederación de Pensionados de Colombia reúne sobradamente los requisitos consagrados en la comentada disposición (Fols. 5 a 12 ibídem).

La parte actora solicitó la suspensión provisional del acto administrativo enjuiciado (Fol. 13 ibídem) la cual fue negada, por las razones que aparecen expuestas en auto de abril 10 de 1987 (Fols. 28 a 30 ibídem).

El apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) se opone a las pretensiones expuestas en el libelo y afirma que los demandantes no acreditaron en debida forma la existencia y representación de la Confederación de Pensiones de Colombia, toda vez que no se adjuntó la correspondiente publicación, que es requisito indispensable como medio de prueba para demostrar la existencia de una organización gremial (Fols. 45 a 48 ibídem).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de julio 5 de 1988 (Fol. 103 ibídem), es de opinión que se profiera fallo inhibitorio, con fundamento en los argumentos que se trascriben a continuación:

> "Tal como acertadamente lo consignó la Honorable Consejera conductora del proceso en el auto que admitió la demanda y negó la suspensión provisional impetrada, se está en presencia no de la acción de nulidad que pretende la demandante sino de una típica acción de restablecimiento del derecho. El ejercicio de una acción inadecuada se traduce en inepta demanda. Además, como el contencioso subjetivo reclama derecho de postulación, el incumplimiento de esta exigencia también se echa de menos ya que los demandantes no acreditan su condición de abogados titulados con su correspondiente tarjeta profesional.
>
> Por lo discurrido, esta Agencia Fiscal conceptúa que debe proferirse fallo inhibitorio por la carenccia de los presupuestos procesales atrás enunciados".

Agotado el tránsito del proceso y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a proferir sentencia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de dilucidar en el presente caso la legalidad del auto de mayo 14 de 1986 dictado por la Jefe de la Sección de Control de Instituciones de Previsión Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante el cual se ordena en su Artículo primero: "No dar trámite a la petición de la Confederación de Pensionados de Colombia (C.P.C.), relacionado (sic) con la reforma estatutaria, hasta tanto no se ajuste en el sector correspondiente conforme a la ley".

En la parte motiva del referido auto se manifiesta lo siguiente:

"Teniendo en cuenta, que la Confederación de Pensionados de Colombia (C.P.C.), HIZO UNA PETICION, solicitando se le apruebe la Reforma Estatutaria de esta Organización cuya radicación aparece bajo el No. 41457 de fecha 14 de noviembre de 1985.

Por considerar que en la actualidad dicha Confederación agrupa parte de pensionados tanto del Sector Público como del Sector Privado (mixto); debe encuadrarse en lo señalado en la ley 43 de 1984, y el Decreto Reglamentario 1654 de 1985. Entendiéndose en el Sector correspondiente; conforme lo prevé la Oficina Jurídica en concepto No. 382 de fecha 11 de abril de 1986. (Fol. 35 Cdno. Ppal.).

Ahora bien, la Corporación en sentencia de octubre 25 de 1988 (Expediente No. 2093, actor: Ernesto Forero Vargas y otros, Consejero Ponente: Dr. Reynaldo Arciniegas Baedecker), acogiendo el concepto de la Agencia del Ministerio Público, señaló que el Decreto 1654 de 1985, expedido por el señor Presidente de la República para reglamentar la ley 43 de 1984, no establece que las organizaciones de pensionados de primero, segundo y tercer grado provenientes del sector privado y del sector público, deban ser de uno u otro de dichos sectores exclusivamente y que con los artículos 1, 2 y 3 del comentado Decreto se desarrollan, en lo pertinente y con miras a su aplicabilidad, los artículos 1, 2 y 4 de la ley 43 de 1984.

Asimismo, el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera) al pronunciarse sobre la demanda de nulidad de los artículos 3, 4, 9, 10, 11, 12 y 13 de la Resolución No. 2795 de julio 30 de 1986 proferida por el señor Ministro de Trabajo y Seguridad Social ("por lo cual se señalan procedimientos para el control de las agremiaciones de pensionados y se deroga la Resolución No. 3758 de 1985"), en sentencia de diciembre 10 de 1988, (Consejero Ponente: Dr. Simón Rodríguez Rodríguez), sostuvo que: "Examinados los textos de la Resolución acusada no se advierte en ninguno de ellos, contrariamente a lo sostenido por la parte demandante, que establezcan esa discriminación excluyente entre agremiaciones del sector público de un lado y agremiaciones del sector privado por el otro".

Igualmente, la Sala en sentencia de agosto 18 de 1989, (Expediente No. 2094, Actor: Milán Díaz García y otros, Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro, en demanda de nulidad de la Resolución No. 3758 de octubre 30 de 1985, derogada por la Resolución No. 2795 de julio 30 de 1986) dijo que "En cuanto al Primer argumento observa la Sala que carece de respaldo en la realidad, pues en ninguno de sus artículos la resolución enjuiciada señala que las asociaciones de pensionados no pueden contar entre sus integrantes a pensionados del sector público y del sector privado, ni que las existentes tengan que desafiliar a algunos de sus miembros para quedar conformadas con pensionados de un solo sector".

De esta suerte, es claro para la Corporación que, si la razón que tuvo en cuenta el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para no dar trámite a la petición de la Confederación de Pensionados de Colombia sobre reforma estatutaria fue "que en la actualidad dicha Confederación agrupa parte de pensionados tanto del sector público como del sector privados (mixto) ...", el mencionado Auto no se ajusta a derecho, pues ni la ley 43 de 1984 ni su Decreto Reglamentario 1654 de 1985 prohiben a las asociaciones de pensionados integrarse con afiliados del sector público y del sector privado, por lo que resulta procedente declarar la nulidad del acto enjuiciado.

De otra parte, en lo atinente a la indebida representación de la Confederación de Pensionados de Colombia a que alude el apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) (Fol. 46 Cdno. Ppal.), consta a folios 51 y 56 *ibídem* que por Resolución No. 1913 de junio 19 de 1970, expedida por el Ministerio de Justicia, se le reconoció personería jurídica a la citada Confederación, constituida como agremiación mixta, Resolución publicada en el Diario Oficial de agosto 10 de 1970.

Finalmente, en cuanto al concepto de la Agencia del Ministerio Público de que se debe proferir fallo inhibitorio ya que la acción instaurada no es la de nulidad sino la de restablecimiento del derecho y por cuanto los demandantes no acreditaron su condición de Abogados titulados, aparece a folio 14 y 14 vuelto del Cuaderno Principal que en la fecha de presentación de la demanda (julio 26 de 1986) se acreditó por los accionantes la correspondiente tarjeta profesional y que, si bien es cierto que la acción incoada no es la de nulidad sino la de restablecimiento del derecho, como se indica en el auto de abril 10 de 1987 que admitió el escrito demandatorio (Fol. 29 ibídem), la acción fue promovida en tiempo, por lo que no es viable jurídicamente dictar fallo inhibitorio en el caso *sub-judice.*

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

FALLA:

1o.– DECLARASE no probada la excepción propuesta por el apoderado de la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social).

2o.– DECLARASE la nulidad del Auto de mayo 14 de 1986 proferido por el Jefe de la Sección de Control de Instituciones de Previsión Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

3o.– No existiendo razón legal para que se niegue la aprobación de reformas estatutarias el que la CONFEDERACION DE PENSIONADOS DE COLOMBIA esté constituida como agremiación mixta, las autori-

dades administrativas deberán tramitar las peticiones que en tal sentido se les formulen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 16 de octubre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, José Roberto Herrera Vergara,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ESCALAFON DOCENTE/EXPERIENCIA DOCENTE– Utilización

Para pasar de un grado a otro del Escalafón Nacional Docente es menester acreditar, entre otros requisitos, determinados años de experiencia en la categoría inmediatamente anterior. La experiencia docente distinta de la obtenida después de su ascenso al grado que la accionante aspira hacer valer, resulta no apta desde el punto de vista legal a ese fin, ya que la experiencia no utilizada que puede tenerse en cuenta para posteriores ascensos luego de la asimilación en el escalafón que en él se consagra, es aquélla que habría sido útil para el ascenso a la categoría inmediata dentro del escalafón en que se encontraba inscrito el educador, o válida para la asimilación al actualmente vigente. Si la experiencia se adquirió cuando se hallaba escalafonado en la cúspide del escalafón de la educación primaria, tal experiencia no es válida para conseguir ascenso alguno en el escalafón de educación primaria y tampoco lo es para efectos de asimilación o de ascenso en el escalafón previsto en el Decreto 2277 de 1979.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente Número 3976. Actor: María Idalba Betancurt Restrepo.– Resoluciones Ministeriales.

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, la señorita María Idalba Betancurt Restrepo, solicitó al Tribunal Administrativo de Risaralda hacer las siguientes declaraciones:

"Primera.– Declárase la nulidad del artículo primero de la Resolución No. 9761 de octubre 1o. de 1986, en lo que respecta a la fecha en que empieza a contar el tiempo de servicio para el próximo ascenso, expedida por la Junta Seccional de Escalafón Nacional Docente del Departamento de Risaralda y por la cual la (sic) MARIA IDALBA BETANCURT R. fue ascendida al grado once (11) del escalafón. Declárase igualmente la nulidad de la Resolución No. 1452 de octubre 7 de 1987, notificada el 15 de diciembre del mismo año y por la cual el Ministerio de Educación Nacional-Junta Seccional de Escalafón Docente de Risaralda se abstuvo de reponer la Resolución No. 9761-86, ya mencionada.

Segunda.– Como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos acusados y a título de restablecimiento del derecho, ordénase a la Nación –Ministerio de Educación Nacional– Junta Seccional de Escalafón Nacional Docente del Departamento de Risaralda reconocer a MARIA IDALBA BETANCURT RESTREPO como fecha en que empieza a contar el tiempo de servicio para el próximo ascenso el día 20 de febrero de 1983, en lugar del 13 de febrero de 1986, consagrado en el acto acusado". (fl. 25).

Como petición subsidiaria formuló la siguiente:

"Tercera.– Como a la fecha de presentación de esta demanda, teniendo en cuenta el tiempo total laborado por MARIA IDALBA BETANCURT R., ha adquirido derecho a ascender al grado doce (12) del escalafón, ordénase a la parte demandada disponer dicho ascenso dentro del actual escalafón mediante resolución, teniendo en cuenta què los efectos fiscales se deben contar a partir de la fecha en que se adquiere el derecho al grado doce (12). Téngase esta solicitud como una petición secundaria". (fl. 25).

Los hechos en que se fundamenta la acción se pueden resumir así:

1o.) La actora se vinculó a la docencia el 20 de febrero de 1969, a nivel primaria, con título de bachiller clásico otorgado por el Instituto Femenino de Pereira, habiendo validado el título de Normalista Superior en la Nacional Mixta de la misma ciudad y está laborando sin solución de continuidad desde su ingreso al magisterio.

2o.) Por Resolución No. 0304 de 7 de abril de 1980, fue asimilada en el actual escalafón al grado siete, en virtud de haber obtenido el título de Licenciada en Ciencias de la Educación.

3o.) En el citado escalafón ha sido ascendida al grado nueve, mediante Resolución No. 0717 de 13 de octubre de 1981, al diez y al once por Resolución No. 3792 de 5 de abril de 1983 y 9761 de 1o. de octubre de 1986,

emanadas de la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Risaralda.

4o.) En la Resolución últimamente citada se fijó el 13 de febrero de 1986 como fecha a partir de la cual se debe empezar a contar el tiempo de servicio para el siguiente ascenso, cuando en realidad y, de acuerdo con la experiencia docente acumulada y no utilizada para efectos de ascenso en el escalafón, correspondía señalar el 20 de febrero de 1983, razón por la cual interpuso contra ella el recurso de reposición el que fue desatado desfavorablemente a la accionante por medio de la Resolución No. 1452 de 7 de octubre de 1987.

5o.) En síntesis, dice la demandante que su situación es la siguiente:

"Fecha de ingreso: Febrero 20 de 1969, con título de bachiller clásico.

Clasificada en tercera categoría como bachiller; segunda y primera de primaria como Normalista Superior y 2 años de servicio (D. 1135-52-art. 15).

Asimilada al grado siete (7) por el título de licenciada. Ascendida a los grados nueve (9), diez (10) y once (11).

Tiempo total laborado: 18 años, un mes-15 días—contabilizado desde febrero 20 de 1969 hasta abril 6 de 1988, fecha del último certificado de tiempo de servicio.

Tiempo utilizado: 14 años, así: 2 años para la primera categoría del antiguo escalafón; 6 años para el ascenso al grado nueve (9) y otros 6 años para los grados diez (10) y once (11).

Experiencia docente sin utilizar: 4 años, un mes-15 días-tomado hasta abril 6-88". (fl. 24).

Como normas violadas se citan los artículos 10, 21, 36 literal c) y 73 del Decreto 2277 de 1979, 3o. del Decreto 2620 de 1979, 2o., parágrafo único del Decreto 259 de 1981, 74 del Decreto 2480 de 1986 y la Resolución No. 20508 de 16 de noviembre de 1979. El respectivo concepto de violación se expuso en forma como aparece a folio 25 y 26.

Luego de cumplirse el traslado a las partes para que en el término de 10 días presentaran sus alegatos de conclusión, fundamentándose en lo decido por esta Corporación en el proceso promovido por María Cecilia Bolaños en el sentido de que los asuntos referentes al eventual derecho a ser ascendido en el escalafón docente o en cualquier otro no es cuantificable, el Tribunal Administrativo de Risaralda dispuso el envío del proceso al Consejo de Estado, pues en esta Corporación radica la competencia para conocer de él (fls. 148 y 149).

Mediante providencia visible a folio 152, se ordenó correr traslado a la Agencia del Ministerio Público para concepto de fondo, en el cual (fls. 153 y 154), se señala que tratándose de una acción de restablecimiento del derecho cuantificable en dinero, no es dable al Consejo de Estado conocer del proceso en única instancia, por lo que debe remitirse al Tribunal Administrativo de Risaralda para que se continúe tramitando.

Se entra a resolver, mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Sea lo primero precisar que la Sala ha definido que en los procesos originados en demanda contra actos administrativos en los que se determine el grado de los educadores en el Escalafón Nacional Docente, si se impetra, a título de restablecimiento del derecho, el pago retroactivo al momento en que se adquirió el derecho al escalafonamiento en el grado superior de la diferencia salarial que fuere del caso, teniendo en cuenta la asignación correspondiente a los grados de que se trate, la competencia, en razón de la cuantía, es del Tribunal que a virtud del territorio, debe conocer del proceso en primera instancia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 del C. C.A., y que sólo cuando no se solicita restablecimiento del derecho de tipo económico, la competencia radica, en única instancia en el Consejo de Estado.

Por tanto, se requiere precisar el alcance de las pretensiones de la señorita Betancurt Restrepo para determinar a quién corresponde conocer del presente proceso.

Al respecto se observa que, a título de restablecimiento del derecho la actora solicita que se ordene "a la Nación –Ministerio de Educación Nacional– Junta Seccional de Escalafón Nacional Docente del Departamento de Risaralda reconocer a MARIA IDALBA BETANCURT RESTREPO como fecha en que empieza a contar el tiempo de servicio para el próximo ascenso el día 20 de febrero de 1983, en lugar del 13 de febrero de 1986, consagrado en el acto acusado". (fl. 25).

Colígese de lo anterior, que en el libelo no se inquiere declaración alguna que de inmediato y en sí misma considerada represente un beneficio económico para la accionante, en virtud de que la determinación de la fecha que ella reclama como punto de partida para contar el tiempo para un nuevo ascenso, sólo le significaría un mayor ingreso, cuando la administración con base en ella, expida el acto administrativo que la ubique en el grado doce.

Por consiguiente y de acuerdo con los parámetros trazados por la Sala, a los cuales se hizo referencia, a esta Corporación concierne el reconocimiento del proceso en única instancia.

Precisado lo anterior, fuerza anotar que no es posible aceptar, como lo insinúa la parte demandada, que por el hecho de que la actora en el año de 1984 pretendiera hacer valer para obtener el ascenso al grado once, el mismo período de experiencia adquirida en el nivel de primaria a que hoy aspira, se haya operado la caducidad de la acción, en razón a que han debido demandarse, las resoluciones proferidas en 1984 y 1985.

El hecho de que estas últimas resoluciones no hubieran sido demandadas le da firmeza a la decisión gubernativa, pero a juicio de la Sala no hace inimpugnables las resoluciones 9761 de 1986 y 1452 de 1987 que son actos administrativos independientes con término de caducidad propio.

Consiguientemente, no son de recibo los argumentos de la parte demandada, relacionados con la caducidad de la acción y debe estudiarse el fondo del asunto.

Mediante la Resolución Nro. 9761 de 1986, acusada, se le concedió a la actora el ascenso al grado once, indicándole en el mismo acto que la fecha para contar el tiempo de servicio para el próximo ascenso sería el 13 de febrero de 1986.

En esta fecha radica la inconformidad de la demandante, porque estima que el tiempo para el nuevo ascenso, debe computarse a partir del 20 de febrero de 1983, toda vez que tiene una experiencia docente de 18 años, 1 mes y 15 días, de los cuales sólo ha utilizado 14 años así: 2 años para ascender a la primera categoría de primaria del antiguo escalafón; 6 para el grado nueve y otros 6 años para los grados diez y once.

Las pruebas allegadas al proceso evidencian lo siguiente:

– A la actora por medio de la Resolución No. 304 de 7 de abril de 1980, se le asimiló en el Escalafón Nacional Docente consagrado en el Decreto 2277 de 1979, en el grado siete (fl. 50), en virtud de haber acreditado su licenciatura en Ciencias de la Educación, según se atesta en el libelo.

– Al año siguiente –13 de octubre de 1981– teniendo en cuenta, entre otros aspectos, la experiencia docente adquirida desde el 13 de febrero de 1974 hasta el 13 de febrero de 1980 (6 años), se le ascendió al grado nueve, señalándose en la Resolución No. 741 como fecha en que debía empezar a contarse el tiempo de servicio para el próximo ascenso, el 13 de febrero de 1980 (fl. 129).

– Para ascenderla al grado 10 –Resolución No. 3792 de 5 de abril de 1983– se tomó en consideración el tiempo de servicios prestado desde esta última fecha, hasta el 13 de febrero de 1983 (3 años), quedando esta fecha como punto de partida para el próximo ascenso (grado 11), el cual ob-

tuvo mediante la Resolución impugnada No. 9761 de 1986, en la que se fijó el 13 de febrero de 1986 como fecha en que empieza a contarse el tiempo de servicio para el ascenso subsiguiente. (fl. 17).

– De acuerdo con la solicitud de ascenso al grado once fechado el 11 de septiembre de 1986, que dio origen al acto acusado, visible a folio 95, la actora pretendía que la Junta Seccional de Escalafón de Risaralda tomara en consideración a ese efecto y, consecuencialmente, para determinar la fecha para ascenso posterior, el hecho de que tenía una experiencia acumulada y no utilizada de 6 años, 5 meses y 9 días, contada a partir de la fecha en que inició labores en la docencia oficial (20 de febrero de 1969).

Al respecto se observa, que del lapso mencionado, sólo el tiempo transcurrido desde el 13 de febrero de 1983, era idóneo para el ascenso al grado once, puesto que la actora lo había laborado cuando ya se hallaba escalafonada en el grado diez, toda vez que de conformidad con lo estipulado en el artículo 10 del Decreto 2277 de 1979, para pasar de un grado a otro del Escalafón Nacional Docente es menester acreditar, entre otros requisitos, determinados años de experiencia en la categoría inmediatamente anterior. De ahí, que a juicio de la Sala, la administración acertara al señalar como fecha para empezar a contar el tiempo de servicio para el ascenso subsiguiente, el 13 de febrero de 1986.

Pero no sólo por lo anterior se justifica la fijación de la fecha mencionada, sino porque además la experiencia docente distinta a la obtenida después de su ascenso al grado diez que la accionante aspira hacer valer, resulta no apta desde el punto de vista legal a ese fin, ya que la experiencia no utilizada que conforme a lo preceptuado en el artículo 73 del Decreto 2277 de 1979, puede tenerse en cuenta para posteriores ascensos luego de la asimilación en el escalafón que en él se consagra, es aquélla que habría sido útil para el ascenso a la categoría inmediata dentro del escalafón en que se encontraba inscrito el educador, o válida para la asimilación al actualmente vigente. Es obvio que si la experiencia a que se refiere la actora la adquirió cuando se hallaba escalafonado en la cúspide del escalafón de la educación primaria, como se infiere del hecho de que todo el tiempo que laboró en la enseñanza secundaria, ésto es, desde el 15 de febrero de 1974 (fl. 2), se le ha tenido en cuenta para efectos de ascenso en el nuevo escalafón, tal experiencia no era válida para conseguir ascenso alguno en el escalafón de educación primaria y tampoco lo es para efectos de asimilación o de ascenso en el escalafón previsto en el Decreto 2277 de 1979.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido unánime sobre este particular y en varios fallos ha sostenido que esa experiencia docente no utilizada de que trata el artículo 73 del citado decreto, debía, sin duda alguna, ser apta para ascender dentro del escalafón anterior o para la asimilación

al nuevo, de lo contrario no se hablaría de experiencia no utilizada. Esto es, se trata de experiencia no utilizada pero utilizable, que no fue posible hacer valer por cualquier circunstancia.

De acuerdo con lo expuesto, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 23 de octubre 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.

ACTO ADMINISTRATIVO– Eficacia/**IRREGULARIDAD**– Saneamiento/ **GOBERNADOR/COMPETENCIA**

La ausencia de la firma del Secretario en el nombramiento que es de competencia constitucional del Gobernador, ciertamente constituyó una informalidad, pero saneable, incluso simplemente imprimiendo la firma que se omitió. Pero advertida la irregularidad, el Gobernador profirió un nuevo decreto ratificando los nombramientos, con lo cual no hizo otra cosa que sanear la omisión advertida.

INSUBSISTENCIA TACITA

Cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, nada impide que la Administración manifieste su voluntad de removerlos nombrando otros en su reemplazo. La insubsistencia del nombramiento en este evento se da entonces mediante acto administrativo tácito contenido en el de designación de una nueva persona en ese cargo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 3906. Actor: Vinicio Sotomayor Macea.– Autoridades Departamentales.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba el 13 de octubre de 1988 que denegó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Vinicio Sotomayor Macea, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción prevista en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó al Tribunal del conocimiento la nulidad del decreto 000538 de 18 de junio de 1987 por el cual se declaró la insubsistencia tácita del accionante, y del 000547 de 23 de junio del mismo año, por el cual se ratifican los nombramientos hechos en aquél, expedidos por el Gobernador del Departamento de Córdoba; igualmente se pidió el consiguiente restablecimiento del derecho (fl. 1).

Estimó como quebrantados los artículos 27 y 31 literal b) de la Ordenanza 9 de 1984 y el artículo 11 del decreto ordenanzal 000892 de julio 21 de 1975, por cuanto el primero de los actos enjuiciados fue suscrito únicamente por el Gobernador del Departamento y no le fue comunicado y el segundo que ratificó los nombramientos hechos, lo que hizo fue ratificar el error cometido sin repararlo. (Fl. 7).

Adujo además que al nombrar a quien lo reemplazó sin declarar expresamente su insubsistencia, se revisó el artículo 107 del decreto 1950 de 1973 que fue suspendido por la jurisdicción contencioso administrativa.

El Tribunal en el fallo apelado, denegó las pretensiones de la demanda, por considerar que las irregularidades, imputadas a los actos por el demandante, no alcanzan a configurar vicios que impliquen su nulidad, pues de una parte, si no se le comunicó al accionante la insubsistencia, este aceptó esa situación y entregó el despacho a su reemplazo y el acto se ejecutó en debida forma al producirse el relevo en el cargo, y por otra, la falta de firma del Secretario en el primer decreto del Gobernador, no vicia de nulidad el acto, según los artículos 26 y 27 de la Ordenanza No. 8 de 1984. (Fls. 97-100).

El apelante manifiesta su inconformidad con la sentencia e insiste en la ilegalidad del primer acto por no haberle sido comunicado y por carecer de la firma del Secretario de Hacienda y en que al ratificar este acto mediante un nuevo decreto, no se convalidó el acto sino que se reafirmó la ilegalidad cometida.

Por su parte, la Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo, opina que la sentencia debe revocarse y accederse a las súplicas de la demanda, pues estima que al *sub-lite* no se aplica el artículo 85 de la Ordenanza 08 de 1984 sino los decretos 2400 y 3074 de 1968 que únicamente señalan como causal de retiro del servicio la insubsistencia expresa y no la tácita prevista en la mencionada ordenanza departamental. (fls. 114-117).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES:

Se controvierte la legalidad del decreto 0538 de 1987, por haber sido firmado únicamente por el Gobernador, y el 547 del mismo año porque mediante él no se podía ratificar el primero que estaba viciado de nulidad.

De conformidad con el artículo 194, numeral 2o. de la Constitución Política de 1886, corresponde al Gobernador dirigir la acción administrativa en el departamento, nombrando y separando a sus agentes; según lo dispone el artículo 27 de la Ordenanza 08 de 1984 "ningún nombramiento o remoción que hiciere el Gobierno Departamental tendrá valor jurídico mientras no sea refrendado por el Gobernador del Departamento y comunicado por el Secretario de Despacho o por el Jefe de Departamento Administrativo correspondiente, que por el mismo hecho se constituye responsable. Se exceptúan ..." y de acuerdo con el artículo 11 del Decreto Ordenanzal 0892 de 1975 "El Gobierno Departamental lo constituyen el Gobernador y el Secretario del ramo en cada caso, en consecuencia ningún acto administrativo tendrá valor jurídico alguno sin las respectivas firmas".

De lo anterior se desprende que es el Gobernador el nominador a nivel departamental pero que para que los nombramientos no exceptuados por la norma ordenanzal, tengan "valor jurídico" deben ser suscritos por el Secretario o Jefe de Departamento respectivo.

Debe distinguirse sin embargo, que mientras que la firma del Gobernador constituye elemento esencial del acto porque tiene que ver con la competencia del órgano que lo profiere, la firma del Secretario o Jefe de Departamento respectivo es un requsito de forma, es decir, de cómo debe documentarse el acto.

En este orden de ideas observa la Sala que el acto acusado suscrito por el Gobernador, fue proferido por el órgano competente, pero falló en cuanto a uno de los requisitos de forma, por el cual cabe analizar qué incidencia tiene esta omisión.

Si bien el cumplimiento de las formalidades del acto es imperativo, y la forma es una de ellas, no todas las informalidades implican la nulidad absoluta del acto. Algunas pueden ser subsanadas cumpliendo la formalidad omitida y con ello queda saneado el acto.

En el acto que ocupa a la Sala, la ausencia de la firma del Secretario en el nombramiento que es de competencia constitucional del Gobernador, cier-

tamente constituyó una informalidad, pero saneable, incluso simplemente imprimiendo la firma que se omitió.

Pero advertida la irregularidad, el Gobernador profirió el decreto 0547, por el cual ratificó los nombramientos, con lo cual no hizo otra cosa que sanear el primero de la omisión advertida. La terminología utilizada "ratificar" indica el ánimo de regularizar el acto, para que pudiera tener efectos que es lo que significa tener "valor jurídico" según expresión de las normas territoriales.

De manera que la ausencia de la firma del Secretario, al igual que la falta de comunicación del acto que también advierte el libelista, pudieron afectar la eficacia del nombramiento pero no pueden dar lugar a la declaratoria de nulidad que pretende el accionante.

De otra parte, sobre el argumento de la ilegalidad de la insubsistencia tácita que como lo anotó el señor Fiscal, se encuentra autorizada por el artículo 85 de la Ordenanza 8 de 1984, la Sala en la providencia que declaró ajustado a la ley el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, dijo lo siguiente:

> "Mas cuando se trata de funcionarios de libre nombramiento y remoción, nada impide que la Administración manifieste su voluntad de removerlos nombrando otros en su reemplazo. La insubsistencia del nombramiento en este evento, se da entonces mediante acto administrativo tácito contenido en el de designación de una nueva persona en ese cargo. Cuando la autoridad nominadora obra de esa manera, está indicando que su voluntad es la de declarar la insubsistencia del nombramiento del funcionario que lo desempeñaba".
>
> "Se tiene entonces que el mismo acto administrativo contiene el querer de la Administración en dos sentidos; uno que expresamente se manifieste en él: incorporación de un nuevo empleado; y otro implícito: la voluntad de despojar a quien ocupaba el cargo, de la investidura de funcionario público, puesto que legalmente para desempeñar un mismo empleo no pueden nombrarse dos personas".

Por lo expuesto, la Sala encuentra que la decisión del *a-quo* de negar la nulidad de los actos acusados fue acertada y merece confirmación.

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 trece (13) de octubre de mil novecientos ochenta y ocho (1988) proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba en este proceso.

RECONOCESE al Dr. Charles David Chaves como apoderado sustituto de la parte demandante.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintitrés (23) de octubre de mil novecientos noventa y uno (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.

DESTITUCION / TRASTORNO MENTAL

Actuar bajo "trastorno mental" significa que la persona perturbada la mente no sabe lo que hace y por ello quien así actúa no responde por dolo, culpa o preterintención; no es irresponsable pero sí inimputable y por ello simplemente es sujeto de medidas de seguridad. Pero si el trastorno mental es preordenado, el sujeto no sólo es responsable sino imputable y responde por la intención previa al momento de colocarse en el estado de trastorno mental.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre doce (12) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 4160. Actor: Luis Alberto Ghitis Mera.– Decretos del Gobierno.– Consulta Sentencia.

Proveniente del Tribunal Administrativo del Cauca, ha venido a esta Corporación, en grado de consulta, la sentencia de fecha febrero 7 de 1989, proferida en el proceso promovido por Luis Alberto Ghitis Mera contra la Nación –Ministerio de Justicia– en la que se accedió a las súplicas de la demanda y se ordenó el consiguiente restablecimiento del derecho.

ANTECEDENTES

1o.) Por Resolución 0245 de enero 9 de 1987, la Procuraduría Regional de Popayán impuso al actor "Sanción de solicitud de destitución del cargo de médico jefe de la Oficina de Medicina Legal Nacional de Popayán,

como incurso en la violación de las normas que se anotaron en el Pliego de Cargos número 124 de octubre 23 de 1985, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia". (fl. 12 cuaderno principal).

Mediante Resolución No. 574 de abril 3 de 1987, el Procurador Tercero Delegado para la Vigilancia Administrativa resolvió: "CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 245 del 9 de enero de 1987, por medio de la cual el Procurador Regional de Popayán sancionó con solicitud de Destitución ante el nominador Ministro de Justicia, al Dr. Luis Alberto Ghitis Mera, con C.C. No. 1.426.052 de Popayán, del cargo de Médico Jefe de la Oficina de Medicina Legal de Popayán". (fl. 8 cuaderno principal).

Por Decreto 1078 de junio 11 de 1987 el Presidente de la República, dispuso:

> "Destituir del cargo de Profesional Especializado código 3010 grado 10 del Instituto Seccional de Medicina Legal de Popayán, Ministerio de Justicia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este decreto al doctor Luis Alberto Ghitis Mera". (Fl. 2 cuaderno principal).

2o.) En ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el accionante, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal el 6 de octubre de 1987, en orden a obtener la nulidad de los actos mencionados y el consiguiente restablecimiento del derecho, según escrito demandatorio que obra a folios 24-39 del cuaderno principal.

3o.) Después de ritualizarse la instancia, el *a-quo* profirió el fallo consultado en el que se declaró la nulidad de los actos demandados y ordenó el reintegro del actor al cargo que desempeñaba, previo el lleno de ciertos requisitos. (Fls. 103-114 cuaderno principal).

Tuvo en cuenta el *a-quo*, varios aspectos para fundamentar su decisión que pueden sintetizarse, así:

a) Características de las faltas disciplinarias. Sobre este particular dijo el Tribunal.

> "Siendo pues la falta disciplinaria un ilícito administrativo contravencional, hay que tener en cuenta que debe ser una conducta típica, antijurídica y culpable, porque según la norma general contemplada en el artículo 5o. del Código Penal en nuestra legislación 'queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y el artículo 18 del mismo estatuto preceptúa que' los hechos punibles se dividen en delitos y contravenciones' y que cuanto a la subjetividad precisa estudiar la personalidad del funcionario al momento de la falta en el aspecto de su sanidad mental". (Fl. 110 cuaderno principal).

b) La legislación disciplinaria aplicable al demandante y la consecuencia de su aplicación.

Sobre este punto resaltó:

"Al demandante no se le atribuyó la comisión de la falta de la embriaguez sino la descrita en el Decreto-ley 2492 de 1975, derogado por el Decreto 482 de 1985. Esa falta no se encontraba tipificada en los decretos 2400 y 3074 de 1968, de manera que no pueden invocarse tales estatutos para suplir una falla protuberante. La legislación aplicable al demandante habría sido la prevista en la ley 13 de 1984 y el Decreto Reglamentario 482 de 1985, en caso de que el funcionario hubiese actuado en estado de normalidad". (Fl. 111).

c) El estado de salud del funcionario demandante en la época de los hechos y su incidencia en el juzgamiento.

Sobre este aspecto, precisó:

"La alteración de la normalidad del demandante indicaba que no podía ser objeto de la normatividad común sancionatoria, incurriéndose en la investigación administrativa en otra grave falla".

"La legislación aplicable al demandante habría sido la prevista en la ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985, en caso de que el funcionario hubiese actuado en estado de normalidad" (Fl. 112 cuaderno principal).

d) Objeto de la investigación, disciplinaria y su falencia.

Sobre el particular expresa:

"Obviamente que para culminar una investigación, es preciso agotarla en su totalidad, es decir, abarcando las pautas de que se ha tratado. Esto no se hizo por el Procurador Regional y el señor Procurador Delegado para la Vigilancia Administrativa, quien no obstante tener a consideración elementos de juicio como las certificaciones aportadas por el Recurrente, no les dió la importancia que tenía y tienen aún en su precariedad y directamente procedió a examinar la sola objetividad de los hechos, con prescindencia del estudio de la personalidad del infractor, quien obviamente tenía que ser sometido a los exámenes de rigor, previa ampliación de la investigación, para efectos de una justa determinación". (Fl. 113 cuaderno principal).

4o.) La Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto de fondo, opina que la sentencia consultada debe confirmarse, entre otras, por las siguientes apreciaciones:

"Lo anterior significa que el actor padecía para la época de los hechos a que se refiere esta contención de trastornos mentales y que se encontraba en tratamiento siquiátrico. Esta enfermedad unida a los efectos del alcohol, llevaron al demandante a cometer la conducta sujeta a investigación, lo que signfica que aunque efectivamente hubo falta, el comportamiento admitía una atenuación en la responsabilidad y en la sanción. No desconoce este despacho que la actuación en estudio se hubiera podido evitar si el actor no ingiere bebidas alcohólicas con sedantes y se hace un adecuado tratamiento médico para solucionar sus problemas, pero como ello no ocurrió así, no se dan todos los elementos para endilgarle la total responsabilidad para hacerlo merecedor a la máxima sanción en la ley para estos casos. Por lo tanto, en opinión de esta Fiscalía, se produce en esta forma una sanción desproporcionada a la falta, lo que hace anulable el acto". (Fl. 127 cuaderno principal).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación se procede a decidir, previas, las siguientes

CONSIDERACIONES

1o.) Ante todo debe precisarse que los servidores públicos pueden realizar actos que afecten el servicio público o que comprometan el buen nombre y prestigio del organismo a que pertenezcan, que al mismo tiempo pueden considerarse delitos y por ello deberán responder no sólo disciplinaria sino penalmente. Quiere ello decir que tales responsabilidades no se excluyen y que aún cuando no haya lugar a condena penal, por ejemplo, porque el hecho no tipifique una conducta punible, como en el caso de autos, sí hay lugar a la responsabilidad administrativa si el hecho configura falta al régimen disciplinario.

Por otra parte, el derecho disciplinario es un derecho autónomo e independiente, se rige por normas administrativas cuya interpretación al tenor del artículo 1o. de la ley 13 de 1984 "se hace con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico" y tiene como finalidad controlar cómo los servidores del Estado cumplen sus obligaciones, no reprimir los comportamientos humanos que merecen penas que es propio del derecho penal.

Por ello ni la "Tipicidad" ni la "Culpabilidad" son de recibo en la forma en que fueron manejadas, a la luz del derecho penal, por el *a-quo*.

2o.) Se afirma en el fallo consultado que al demandante se le debió aplicar la ley 13 de 1984 y su Decreto Reglamentario 482 de 1985 y no el Decreto 2492 de 1975, derogado expresamente por aquél.

Ciertamente el inculpado se le formuló pliego de cargos por violación de lo previsto en el artículo 1o., literal d) del Decreto 2492 de 1975 que consagraba como falta disciplinaria el hecho de "Amenazar, provocar o agredir a las autoridades legítimamente constituidas". (Fl. 57 cuaderno 2). Comportamiento al cual se adecúa el del accionante que fue resumido así en el pliego:

> "... en horas de la madrugada del sábado 3 de agosto del presente año, y cuando el Inspector Torres se dedicaba al descanso nocturno, usted lo llamó telefónicamente a su residencia en dos oportunidades para ultrajarlo, por no haberle hecho pagar su dinero, amenazándolo además con que lo iba a matar; y fue así como a eso de las siete y cincuenta minutos de la mañana, cuando el Abogado Torres se encontraba en su oficina, Usted llegó hasta dicho lugar y esgrimiendo un arma de fuego, a través de una de las ventanas, la accionó en dos oportunidades apuntada contra la humanidad del funcionario, sin que, afortunadamente, aquella se hubiese disparado. Seguidamente entró al Despacho de la Inspección, en cuyo interior hizo un disparo, a la par que continuaba lanzando injurias contra Torres y vociferaba amenazándolo con que lo haría destituir del cargo". (Fl. 56 vto.).

Igualmente la Resolución 0245 de 1987 que impuso la sanción al inculpado se fundamentó en que: "Como la conducta más reprobable fue la de amenazar con arma de fuego al Inspector Alberto José Torres cuestión que está plenamente confirmada en el informativo y el artículo 1o. del Decreto 2492 de 1975...". (Fl. 11 cuaderno principal).

También es cierto que el Decreto 482 de 1985 en su artículo 59 derogó expresamente el mencionado decreto.

Pero la Sala advierte que tanto la ley 13 de 1984 en su artículo 15, numeral 30 como el artículo 48, numeral 30 del Decreto 482 de 1985, consagraron como falta disciplinaria sancionable con la destitución, el hecho de "Amenazar, provocar o agredir a las autoridades legítimamente constituidas".

Ello indica que el hecho imputado al inculpado, estaba previsto como falta disciplinaria por la época de los acontecimientos investigados, agosto 3 de 1985, y por consiguinte, así en el pliego de cargos se hubiera citado la disposición que ya no tenía vida jurídica, lo que importa es que la conducta del empleado constituía falta, era sancionable y su reproche fue anunciado por la administración, dándole oportunidad de presentar su defensa.

Podría hablarse de falta de tipicidad en el supuesto de que el nuevo ordenamiento jurídico no hubiese contemplado esa conducta como falta disciplinaria, pero aquí simplemente lo que hubo fue un tránsito de una legislación a otra.

3o.) En cuanto a la inimputabilidad del investigado fundada en que estaba "perturbado mentalmente" según lo certificó el especialista Dr. Ramón Jaramillo Ramírez, debe observarse:

El Dr. Jaramillo inicialmente certificó que el inculpado padecía *"Trastorno mental transitorio,* (se resalta); no obstante en la declaración rendida ante el Tribunal, que se advierte muy seria, científica y responsable, dice el profesional que esa denominación no se ajusta al problema del Dr. Ghitis y aclara:

> "Sin embargo, considerando su caso posteriormente he pensado que el trastorno del Dr. Ghitis en realidad, no se ajusta a esa denominación pues la alteración básica de la personalidad de la que ya he hablado debe tener muchos años de evolución y probablemente existe todavía. También el tipo de episodios cortos y transitorios, así, pues *es más probable* (se resalta) que el episodio de agresividad dirigida al Inspector de Policía *hubiera sido precipitado por la embriaguez alcohólica* (se resalta) que deba considerarse como una manifestación de la deshinibición de su agresividad por la intoxicación alcohólica". (Fl. 105 cuaderno 2).

De ese testimonio, se desprenden las siguientes conclusiones:

a) Que el diagnóstico inicial dado por él de "Trastorno mental transitorio", fue rectificado.

b) Que si hubo trastorno mental transitorio éste fue preordenado.

Actuar bajo "trastorno mental", significa que la persona que tiene perturbada la mente no sabe lo que hace y por ello quien así actúa no responde por dolo, culpa o preterintención; no es irresponsable pero sí inimputable y por ello simplemente es sujeto de medidas de seguridad.

Pero si el trastorno mental es preordenado, el sujeto no sólo es responsable sino imputable, y responde por la intención previa al momento de colocarse en el estado de trastorno mental.

Afirma el Dr. Jaramillo: "Es más probable que el episodio de agresividad dirigida al Inspector de Policía hubiera sido precipitado por la embriaguez alcohólica"; ello coincide con lo manifestado por el propio sancionado quien en el memorial de apelación dirigido al Procurador General de la Nación, acepta que habiendo tomado psico-fármacos decidió ir a un bar a beber y al recibir la noticia de que el Inspector Torres había dejado libre el dueño del semoviente que días antes había chocado su carro, aumentó la ingestión alcohólica hasta el punto que lo único que recuerda es que despertó "con

una idea fija, compulsiva, en la cabeza: Debía hacerle un escarmiento al Inspector Torres, en fin, asustarlo".

Es indudable entonces que la situación jurídica del inculpado es distinta, pues si es cierto que hubo "trastorno mental", en este estado se colocó voluntariamente el accionante y por ello le cabe responsabilidad disciplinaria como bien lo estimó la Procuraduría General de la Nación al sancionarlo, solicitando la destitución.

Y si las resoluciones de sanción no son contrarias a la ley, tampoco lo es el acto de destitución que sólo es la ejecución de la sanción.

La decisión del Tribunal es por tanto equivocada y debe ser REVOCADA.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia de fecha siete (7) de febrero de mil novecientos ochenta y nueve (1989) proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca en este proceso.

En su lugar, NIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintitres (23) de octubre de mil novecientos noventa y uno (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.

SINDICATO DE BASE/SINDICATO MIXTO– Improcedencia/**SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES**

Es contra toda lógica crear un sindicato de trabajadores oficiales con empleados públicos o a la inversa: la naturaleza de las cosas es la causa y fundamento de su actuación, la que debe girar en la misma esfera. En el sub lite, la entidad patronal es un establecimiento público y, por ende, sus servidores son, por definición, empleados públicos. Siendo así era necesario acreditar la condición de trabajador oficial de quienes constituyeron el sindicato así llamado. No podría el Ministerio de Trabajo autorizar, con este carácter, un sindicato en que sus integrantes fueran, por definición legal, empleados públicos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 1728. Actor: Instituto Distrital para la Protección de la niñez y la juventud.– Reconstrucción - Unica instancia.

El INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD, en ejercicio de la acción que consagra el artículo 85 del C.C.A., impetra las siguientes declaraciones:

"**PRIMERA**: Que son nulas las Resoluciones Números 00030 de 5 de enero de 1984 y 03009 de septiembre 28 del mismo año, expedidas por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social por medio de las cuales se reconoció personería jurídica a la Organización Sindical de Primer Gra-

do y de Base denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD 'SINTRAIDIPRON', con domicilio en la ciudad de Bogotá, Departamento de Cundinamarca.

SEGUNDA: Que como consecuencia, se ordene a la División de Relaciones Colectivas de Trabajo, la desanotación y la cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro Sindical de la mencionada Organización y de su Junta Directiva". (Fols. 4-11).

Los hechos en que se sustenta la demanda se pueden sintetizar así:

1.– El instituto demandante es un establecimiento público con personería jurídica, patrimonio propio y administración independiente, creado por Acuerdo No. 80 de 27 de diciembre de 1967.

2.– Según el artículo 8o. del Acuerdo en cita y la Resolución No. 1 de 3 de marzo de 1972 de la Junta Asesora del Instituto, corresponde al Alcalde Mayor de Bogotá y al Director de Protección y Asistencia Social hacer los nombramientos del personal que requiere el Instituto, con el carácter de empleados públicos, así que ni en la ley ni en el citado Acuerdo ni en los Estatutos se ha dispuesto que tengan la calidad de trabajadores oficiales.

3.– Pese a no tener los empleados del Instituto esta última calidad, la Resolución acusada No. 00030 de 5 de enero de 1981 reconoció personería jurídica a la Organización Sindical de Trabajadores Oficiales arriba citada.

4.– Contra la anterior Resolución la entidad demandante interpuso recurso de reposición, el que se decidió en forma adversa al recurrente mediante la Resolución No. 03009 de 28 de septiembre de 1984, con el argumento de que estaba vigente "el Acuerdo 007 del Concejo de Bogotá que les da la calidad de trabajadores oficiales a los servidores del ese Instituto" (fol. 5) y pasando por alto el hecho de que ese Acuerdo había sido anulado por el Consejo de Estado en sentencia de 14 de mayo de 1984.

Se invocan como violados por las Resoluciones en referencia los artículos 2o., 44 y 192 de la Carta Política de 1886; 5o. y siguientes del Decreto 3135; 1o. del Decreto 1848 de 1969; 5o. del Decreto 1050 de 1968; 1o. del Decreto 3130 de 1968 "sobre Reforma Administrativa, aplicables por analogía al orden Departamental y Municipal, en armonía con el artículo 4o. del Decreto 2127 de 1945". (Fol. 6).

En el concepto de violación de los preceptos invocados, se recalca que el accionante "fue creado como Establecimiento Público y por tanto, de

acuerdo con el artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968 y de su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, quienes prestan sus servicios a éste son empleados públicos". (Fol. 7).

Y agrega la parte actora:

"Debe tenerse en cuenta además que el Acuerdo 7 de 1977 ... fue anulado por el Consejo de Estado, mediante sentencia de catorce de mayo de 1984, razón más que se pone de manifiesto para reiterar la ilegalidad de las Resoluciones Acusadas.

. . . .

En armonía con el Decreto 3135 de 1968, debe tenerse en cuenta que el artículo 4o. del Decreto 2127 de 1945, prescribe que las relaciones entre los empleados públicos y la administración nacional, departamental o municipal no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales, norma esta también quebrantada por las Resoluciones acusadas, ya que al admitir la existencia de un sindicato de Trabajadores oficiales en un Instituto del orden Distrital, se permite que las relaciones entre los empleados de la misma puedan estar regidos por una vinculación contractual laboral, contrariando abiertamente el precepto citado". (Fol. 8).

Reconstruido el expediente con arreglo al Decreto 3825 de 1985 y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Atendido el concepto de fondo que ha emitido la Fiscalía Quinta de la Corporación, habría que acceder a las súplicas de la demanda. (Fols. 695-700).

La Fiscalía, luego de analizar los artículos 373, 414, 416 del Código Sustantivo del Trabajo y 1o. del Decreto 753 de 1956, concluye que "en el caso de autos está probado que en el sindicato en estudio, participan empleados públicos y trabajadores oficiales contra la expresa prohibición legal señalada en los artículos 414 y 416 del C.S.T., violándose en esta forma el artículo 44 de la Constitución Nacional que prohibe crear asociaciones que sean contrarias al orden legal". (Fol. 700).

Puntualiza el Ministerio Público que, tratándose de un establecimiento público, los servidores del Instituto demandante tienen el carácter de empleados públicos, en tanto que el Sindicato, mezclando y confundiendo empleados públicos con trabajadores oficiales, se constituyó como de trabajadores oficiales, según lo define el artículo 1o. de sus Estatutos.

Concluye que se trata de un sindicato *mixto*, no autorizado por la ley, y explica:

> "En el caso de autos está probado que en el sindicato en estudio participan empleados públicos y trabajadores oficiales contra expresa prohibición legal señalada en los artículos 414 y 416 del C.S.T., violándose en esta forma el artículo 44 de la Constitución Nacional que prohibe crear asociaciones que sean contrarias al orden legal". (Fols. 695-700).

Sería inobjetable este planteamiento de no ser porque el artículo 414 del Código Sustantivo del Trabajo fue adicionado por la ley 50 de 1990 con el siguiente inciso:

> "Está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración".

Lo que ocurre, sin embargo, es que la agremiación en referencia no se constituyó como organismo mixto sino como sindicato de trabajadores oficiales exclusivamente, según lo señala el artículo 1o. de sus Estatutos, del siguiente tenor:

> "ARTICULO 1o.– Establécese una organización sindical de base, de primer grado, la cual funcionará de acuerdo a la Constitución Nacional y el Código Sustantivo del Trabajo, especialmente con el artículo 414 y siguiente, la cual estará formada por Trabajadores Oficiales, que en este carácter presten sus servicios en cualesquiera de las dependencias del Instituto Distrital para la Protección de la Niñez y de la Juventud".

Eso explica que entre las funciones del Sindicato se encuentre la de "c) Celebrar convenciones Colectivas y Contratos Sindicales" (Art. 3o.) (Fols. 329-407).

No atendió el Ministerio de Trabajo los argumentos que se le hicieron presentes en la sustentación del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 00030 de enero 5 de 1984 por la cual se reconoció la personería jurídica al Sindicato. Se hizo notar allí la improcedencia e ilegalidad del acto por cuanto el Sindicato cuya personería se impugnaba estaba integrado, no por trabajadores oficiales sino por empleados públicos, lo que hacía intrínsecamente nulo el acto de reconocimiento, pues "se trata, sin lugar a dudas, de un sindicato de empleados públicos a quienes se pretende dar el carácter de trabajadores oficiales", dado que "el personal del Instituto es

objeto de una vinculación legal y reglamentaria (nombramiento por decreto) y no suscribe contrato de trabajo".

Este punto se destaca con insistencia en la demanda, aclarando que el Acuerdo No. 7 de 1977 por el cual se clasificó como trabajadores oficiales a quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos del Distrito Especial, había sido anulado por el Consejo de Estado en sentencia de mayo 14 de 1984, y "por tanto, no es posible ni legal la creación o constitución y funcionamiento de un sindicato de trabajadores oficiales en el mencionado Instituto".

De allí que tenga plena lógica la siguiente conclusión que se lee en la demanda:

> "Y aunque así no fuese, el mencionado Acuerdo tampoco puede rebasar los preceptos legales que les dan a los servidores de esos establecimientos el carácter de empleados públicos, susceptibles de asociarse solamente mediante la constitución de un sindicato de esta naturaleza y no de trabajadores oficiales". (Fols. 1-11).

Los argumentos de la parte actora tienen plena validez y resultan incontrastables. Es contra toda lógica crear un sindicato de trabajadores oficiales con empleados públicos o a la inversa: la naturaleza de las cosas es la causa y fundamento de su actuación, la que debe girar en la misma esfera.

En el caso de autos, la entidad patronal es un establecimiento público y, por ende, sus servidores son, por definición, empleados públicos. Creado por Acuerdo No. 80 de 1967 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá (Fols. 44, 64, 119, 557), es, según los Estatutos aprobados por Resolución No. 1 de 1972, "una institución exclusivamente asistencial y educativa" y, según el Estatuto Orgánico adoptado por la Junta Directiva y Asesora en Resolución No. 20 de 1986, "un establecimiento público descentralizado del orden distrital y como tal es una persona jurídica de derecho público". (Fols. 67-86).

De esta suerte, siendo empleados públicos quienes prestan sus servicios al Instituto, era necesario acreditar la condición de trabajador oficial de quienes constituyeron el sindicato así llamado. No podría el Ministerio del Trabajo autorizar, con este carácter, un sindicato en que sus integrantes fueran, por definición legal, empleados públicos. La prueba de la calidad de trabajadores oficiales correspondía a quienes la alegaban al constituirse en agremiación sindical; ahora bien, no hay constancia alguna en este sentido.

Es el caso, por lo tanto, de acceder a las súplicas de la demanda por venir ajustadas 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 por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.– Son nulas las Resoluciones números 00030 de 5 de enero de 1984 y 03009 de septiembre 28 del mismo año, por las que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoció personería jurídica a la agremiación sindical de base y de primer grado denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y DE LA JUVENTUD –Sintraidipron–, con domicilio en Bogotá, hoy Santafé de Bogotá.

2o.– La División de Relaciones Colectivas del citado Ministerio deberá cancelar la inscripción en el Registro Sindical correspondiente al citado Sindicato.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 15 de octubre 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.

objeto de una vinculación legal y reglamentaria (nombramiento por decreto) y no suscribe contrato de trabajo".

Este punto se destaca con insistencia en la demanda, aclarando que el Acuerdo No. 7 de 1977 por el cual se clasificó como trabajadores oficiales a quienes prestan sus servicios en los establecimientos públicos del Distrito Especial, había sido anulado por el Consejo de Estado en sentencia de mayo 14 de 1984, y "por tanto, no es posible ni legal la creación o constitución y funcionamiento de un sindicato de trabajadores oficiales en el mencionado Instituto".

De allí que tenga plena lógica la siguiente conclusión que se lee en la demanda:

> "Y aunque así no fuese, el mencionado Acuerdo tampoco puede rebasar los preceptos legales que les dan a los servidores de esos establecimientos el carácter de empleados públicos, susceptibles de asociarse solamente mediante la constitución de un sindicato de esta naturaleza y no de trabajadores oficiales". (Fols. 1-11).

Los argumentos de la parte actora tienen plena validez y resultan incontrastables. Es contra toda lógica crear un sindicato de trabajadores oficiales con empleados públicos o a la inversa: la naturaleza de las cosas es la causa y fundamento de su actuación, la que debe girar en la misma esfera.

En el caso de autos, la entidad patronal es un establecimiento público y, por ende, sus servidores son, por definición, empleados públicos. Creado por Acuerdo No. 80 de 1967 del Concejo del Distrito Especial de Bogotá (Fols. 44, 64, 119, 557), es, según los Estatutos aprobados por Resolución No. 1 de 1972, "una institución exclusivamente asistencial y educativa" y, según el Estatuto Orgánico adoptado por la Junta Directiva y Asesora en Resolución No. 20 de 1986, "un establecimiento público descentralizado del orden distrital y como tal es una persona jurídica de derecho público". (Fols. 67-86).

De esta suerte, siendo empleados públicos quienes prestan sus servicios al Instituto, era necesario acreditar la condición de trabajador oficial de quienes constituyeron el sindicato así llamado. No podría el Ministerio del Trabajo autorizar, con este carácter, un sindicato en que sus integrantes fueran, por definición legal, empleados públicos. La prueba de la calidad de trabajadores oficiales correspondía a quienes la alegaban al constituirse en agremiación sindical; ahora bien, no hay constancia alguna en este sentido.

Es el caso, por lo tanto, de acceder a las súplicas de la demanda por venir ajustadas 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 por autoridad de la ley,

FALLA:

1o.– Son nulas las Resoluciones números 00030 de 5 de enero de 1984 y 03009 de septiembre 28 del mismo año, por las que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social reconoció personería jurídica a la agremiación sindical de base y de primer grado denominada SINDICATO DE TRABAJADORES DEL INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION DE LA NIÑEZ Y DE LA JUVENTUD –Sintraidipron–, con domicilio en Bogotá, hoy Santafé de Bogotá.

2o.– La División de Relaciones Colectivas del citado Ministerio deberá cancelar la inscripción en el Registro Sindical correspondiente al citado Sindicato.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 15 de octubre 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.

DESVIACION DE PODER

La competencia que tienen los nominadores deben ejercerla teniendo en cuenta el mejoramiento del servicio público y en manera alguna para repartir, con ánimo politiquero que repugna a los más elementales principios de una administración responsable, los empleos que han sido creados para la prestación de un servicio público y no para satisfacer apetitos clientelistas.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre quince (15) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4343. Actor: James Caicedo Reyes.– Aut. Departamentales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el Departamento del Valle del Cauca contra la sentencia proferida por su Tribunal Administrativo el 30 de abril de 1988 que anuló la resolución 1106 del 22 de julio de 1985 que había declarado la insubsistencia del nombramiento del demandante JAMES CAICEDO REYES en el cargo de Economista de la División de Planeación y Análisis Financiero de la Contraloría de ese Departamento, ordenó su reintegro y el pago de los haberes dejados de percibir y el envío de copias al Tribunal Superior de Cali para efectos disciplinarios previstos en el decreto extraordinario 196 de 1971.

Competencia del Consejo de Estado. Siendo único apelante el Departamento aludido, la competencia de la Sección se limita al estudio de los

puntos que le fueron desfavorables, vale decir, que se excluye de tal estudio la orden de enviar aquellas copias al Tribunal Superior de Cali.

LA ACCION PROPUESTA

En el libelo demandatorio se afirmó que el actor prestó servicios a dicha Contraloría del 26 de noviembre de 1979 al 22 de julio de 1985, ocupando como último cargo el de Economista con una asignación mensual de $66.182.50; que la Asamblea Departamental en la sesión del 5 de octubre de 1985 eligió al doctor Adolfo Dueñas Sánchez como Contralor Departamental para el período de 1985 a 1987; que para llevar a cabo dicha elección se constituyó una coalición de carácter político que encomendó a los diputados Alberto Murgueítio Restrepo, Aldemar Girón Romero y Alvaro Mejía López por el partido conservador y Carlos Holmes Trujillo, Luis Fernando Londoño Capurro y Germán Romero Terreros por el partido liberal para que elaboraran un pacto o convenio político en el cual se estableció el reparto de las posiciones burocráticas existentes en la Contraloría Departamental entre los diputados que suscriben el pacto político y que el Contralor debía ejecutarlo y cumplirlo; que dicho pacto político excluyó a los sectores que en el Departamento dicho dirigen los doctores Gustavo Balcázar Monzón y Marino Rengifo Salcedo; que el señor Contralor Departamental en su discurso de posesión del 5 de octubre de 1984 se comprometió a cumplir fiel, leal y oportunamente el convenio; que en cumplimiento del pacto político, el 30 de julio de 1985, el Contralor expidió la Resolución 1.110–VII–30–1985 por medio de la cual se suprimen 163 cargos de la estructura administrativa de la Contraloría y ha creado nuevos cargos.

En los fundamentos de derecho se invocan los artículos 17, 20 y 287 numerales 5o. y 8o. de la Constitución Política vigente cuando se expidió el acto acusado; los artículos 84, inciso 3o., 85, 136, 137 y siguientes del C.C.A. y el artículo 239, inciso segundo, del Código de Régimen Político y Municipal. Además, se afirma que con la expedición del acto acusado se incurrió en desviación de poder.

Excepción. La parte demandada, al contestar la demanda, no sólo planteó que el acto acusado fue expedido con arreglo a la competencia asignada al Contralor del Departamento, sino que propuso como excepción de fondo la indebida representación del demandante, como consecuencia de que su apoderado fue contratista de la Contraloría que profirió aquel acto, sin que hubiera transcurrido el término de un año, establecido en el artículo 40 del decreto extraordinario 196 de 1971 para poder actuar ante la entidad que lo contrató.

La vista Fiscal. El Ministerio Público en su concepto de fondo, opinó que de la declaración de Fabio Lloreda Bonilla no puede establecerse el móvil político que se le atribuye al acto acusado y que el documento de folio

3, no es prueba plena de la persecusión política que presuntamente sufrió el actor por cuanto fue suscrito por personas extrañas al Contralor del Departamento y con mucha anterioridad a la expedición del acto acusado; que la existencia de ese documento en relación con la distribución de cargos públicos en aquella entidad, no da la certeza suficiente para concluir que el demandante fuera víctima del pacto allí contenido. Consecuentemente, opina que la sentencia apelada debería revocarse.

Tramitada la instancia y llegado el momento de proferir sentencia a ello se procede previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.– La excepción propuesta de indebida representación del actor. Suponiendo que el apoderado del demandante no hubiera podido litigar en este caso, por el impedimento legal que le atribuye la parte demandada, ello no tendría las consecuencias procesales de configurar una indebida representación, puesto que el artículo 152, numeral 7 del C. de P.C. vigente cuando se presentó la demanda y el actual 140 del mismo código, establecen que tratándose de apoderados judiciales la indebida representación sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso, lo cual no ocurrió en el presente caso.

2.– Respecto del fondo del asunto, la parte demandada en el memorial de sustentación del recurso de apelación, sostiene que el acto administrativo impugnado fue expedido con fundamento en la competencia que el Contralor del Valle del Cauca tiene de nombrar y remover libremente a los empleados de la entidad, conferida por el decreto extraordinario 0276 de marzo 29 de 1988, por lo cual es válido y no nulo como lo dispuso la sentencia apelada.

También alega la parte demandada que el actor no solicitó la nulidad del artículo 2o. de la resolución anulada, referente al nombramiento de Myriam Baquero Sossa, por lo cual no podía anularse dicho nombramiento según lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, no pudiendo olvidarse que esta jurisdicción es rogada, a diferencia de la civil, que no lo es.

Ahora bien, para la Sala, la circunstancia evidente de la existencia de la competencia nominadora en cabeza del Contralor del Departamento del Valle del Cauca, en virtud de la cual expedió el acto acusado, no significa que no se hubiera podido incurrir en la desviación de poder denunciada por por el actor y verificada por el Tribunal del conocimiento.

En efecto, no sólo existe el documento privado suscrito por algunos políticos del Valle del Cauca en el cual acordaron el reparto de las posiciones de la Asamblea Departamental y de la Contraloría (fls. 3 a 7), sino la de-

claración de Fabio Lloreda Bonilla (fls. 104 a 106), Secretario entonces de la última, quien relata la forma como efectivamente se cumplió aquel reparto de los puestos en la Contraloría. Además, obra en el expediente la copia del acta de la sesión de la Asamblea Departamental en que el Contralor elegido y expedidor del acto de remoción acusado, agradeció su elección, uno de cuyos apartes dice: Estoy absolutamente seguro de saber interpretar fielmente el espíritu que animó a esta coalición al presentar mi nombre para esta importante posición. Entiendo que no es un espíritu ni revanchista, ni excluyente: me he comprometido con ustedes a cumplir fiel, leal y oportunamente estos convenios dentro de ese mismo ánimo y espíritu..." (fl. 38 vuelto).

Para la Sala entonces, no hay duda, que una desvinculación llevada a cabo en las circunstancias anteriores, vicia el acto por desviación de poder, por cuanto la competencia que tienen los nominadores deben ejercerla teniendo en cuenta el mejoramiento del servicio público y en manera alguna para repartir, con ánimo politiquero que repugna a los más elementales principios de una administración responsable, los empleos que han sido creados para la prestación de un servicio público y no para satisfacer apetitos clientelistas.

3o.– Respecto del planteamiento de la apelante en el sentido de que el demandante no pidió la nulidad del nombramiento hecho en el artículo 2o. de la resolución acusada, por lo cual no podía anularse, por ser esta una jurisdicción rogada, observa la Sala que es cierto que el demandante no formuló tal pretensión en el libelo original y que cuando lo hizo dentro del término de que disponía para corregirlo, el Tribunal del conocimiento no admitió la adición por auto que corre a folio 93.

Consecuentemente, la Sala modificará el numeral 1o. de la sentencia apelada, para que inequívocamente se entienda que la nulidad de aquélla se refiere únicamente a su artículo primero.

Finalmente, la Sala adicionará la sentencia con la orden de descuento de los haberes que hubiere percibido el demandante del Tesoro Público.

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

FALLA:

1o.– MODIFICASE el numeral 1o. de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 30 de abril de 1988, el cual quedará así:

DECLARASE que es nulo el artículo 1o. de la resolución 1106 del 22 de julio de 1985, proferido por el Contralor del Departamento del Valle del Cauca.

2o.– ADICIONASE la misma sentencia con la orden al Departamento del Valle del Cauca para que de las sumas de dinero que debe pagar al actor, descuente los salarios, primas, bonificaciones, y en general toda contraprestación laboral que el actor hubiere percibido del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte mayoritaria el Estado desde el 22 de julio de 1985.

3o;– CONFIRMASE en lo demás la sentencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aprobado en la Sala del día 5 de noviembre 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.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS/ESTATUTO INTERNO/ACTO COMPLEJO/COMPETENCIA/EMPLEO– Clasificación

Conforme al artículo 5o. del Decreto 3135/68, aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado, son las Juntas o Consejos Directivos de ellas, las que deben hacer la clasificación de empleos a través de los estatutos internos que expidan, ajustándose a los lineamientos legales; y esos estatutos, a los que se refiere el artículo 26 del Decreto 1050/68, deben ser sometidos a la aprobación del Gobierno. El acto de clasificación de empleos es entonces un acto complejo, que para su perfeccionamiento necesita el concurso de dos voluntades: la de la Junta Directiva de la empresa y la del Gobierno Nacional que lo aprueba; mientras no se produzcan esas dos manifestaciones de voluntad, la clasificación no tiene eficacia jurídica ni menos puede producir efectos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Doctora Clara Forero de Castro.*

Referencia: Expediente No. 1489. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Empresa Central Hidroeléctrica de Anchicayá.– Autoridades Departamentales.

En ejercicio de la acción de nulidad y por medio de apoderado, el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Central Hidroeléctrica de Anchicayá formula al Consejo de Estado las siguientes peticiones:

"... decretar la nulidad de la Resolución No. 2, proferida por la Junta de Socios de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Ltda., adoptada

en reunión extraordinaria de socios el 23 de octubre de 1985 y registrada en el Acta No. 75 y de la Resolución No. 421 del 14 de noviembre de 1985 emanada de la Jefe de la Superintendencia de Sociedades en la ciudad de Cali.

"Subsidiariamente de la petición anterior, solicito se declare la nulidad de la Resolución No. 2, emanada de la Junta de Socios de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá, Ltda., el día 23 de octubre de 1985, exceptuando la clasificación que como empleados públicos hizo de los cargos de Gerente, Subgerentes, Asesor Jurídico, Contador y Jefe de Servicios Generales".

La demanda se fundamenta en los siguientes **HECHOS**:

"1) La Sociedad "CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA LIMITADA" se constituyó mediante escritura pública No. 3331 del 5 de octubre de 1959, otorgada en la Notaría Primera de Cali e inscrito su extracto en la Cámara de Comercio bajo partida No. 7959 y posteriormente ha sufrido multitud de reformas estatutarias.

"2) Mediante Escritura Pública No. 1292 del 30 de mayo de 1984, otorgada en la Notaría Primera de Cali e inscrita en la Cámara de Comercio el 17 de agosto de 1984 bajo el número 70.355 del Libro IX, se adoptó una reforma estatutaria, aprobada por la Resolución No. 3 y en cuyo artículo primero se reseña: "La Sociedad se denominará "CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA, LIMITADA". Su nacionalidad es Colombiana Sociedad descentralizada indirecta, del orden nacional, de responsabilidad limitada, sujeta al régimen legal previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, por la composición de su capital. Su carácter es comercial...".

"3) Mediante Resolución No. 2 del 23 de octubre de 1985, emanada de la Junta de Socios, en su artículo 1o. se adicionó el artículo 61 de los estatutos y se procedió a hacer una clasificación como empleados públicos a las personas que desempeñaran numerosos cargos, dentro del siguiente tenor literal: "**Artículo Primero**: Adicionar los estatutos de la Sociedad con el artículo 61o. el cual quedará así:

ARTICULO 61o. CLASIFICACION. De acuerdo con la naturaleza jurídica de Empresa Industrial y Comercial del Estado de la Sociedad CENTRAL HIDROELECTRICA DEL RIO ANCHICAYA, LTDA. "CHIDRAL", el personal a su servicio ostentará la calidad de Trabajadores Oficiales rigiéndose por las disposiciones legales y reglamentarias que la Ley establece para esos servidores. Sin embargo por tratarse de actividades de especial dirección o confianza, el personal que ocupe los cargos que a continuación se ennumeran (sic), tendrán el carácter de Empleados Públicos: Gerente, Subgerentes, Superintendente de Planta,

Asistentes y Auxiliares; Asistente Técnico y Auxiliares; Ingeniero Jefe de Minas, Asistentes Auxiliares; Ingeniero de Proyectos Mineros; Ingenieros Jefes de Planta, Asistentes y Auxiliares; Ingeniero de Plantas Locales y Líneas de Transmisión, Asistentes y Auxiliares; Ingeniero Coordinador del Sistema, Asistente y Auxiliares; Ingeniero Jefe de Mantenimientos Especiales; Auditor Interno y Auxiliares; Cajero y Auxiliares; Asesor Jurídico; Contador y Auxiliares; Tesorero y Auxiliares; Almacenistas y Auxiliares; Jefe de Personal, Asistente y Auxiliares; Asistente Financiero y Auxiliares; Jefe de Servicios Generales y Auxiliares de Correspondencia y Archivo; Jefe de Compras y Auxiliares; Jefe de Seguridad Industrial y Auxiliares; Médico residente y enfermeros; Ingeniero de Obras Civiles y Auxiliares; Inspectores de Personal; Supervisores Mecánicos y Electricistas; Topógrafos; Operadores Draga; Operadores Hidroanchicayá; Despachadores de carga; Administrador Comisariato."... "Así mismo y por expresa disposición de los presentes Estatutos, tendrán igualmente el carácter de Empleados Públicos los empleados correspondientes a la Planta de Personal al servicio directo de los mencionados Directivos quienes cumplen funciones asistenciales y auxiliares de los mismos." ... "**Artículo Segundo**: De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 27o. de los Estatutos se autoriza al Gerente y al Secretario de la Junta Directiva para elevar a escritura pública la reforma estatutaria de que trata la presente Resolución".

"4) La precitada reforma estatutaria se elevó a Escritura Pública Número 3475 del 19 de noviembre de 1985, otorgada en la Notaría Primera de Cali.

"5) Previamente la Jefe de la Superintendencia de Sociedades en la ciudad de Cali, mediante resolución No. 421 del 14 de noviembre de 1985, autorizó a la empresa para solemnizar la reforma de estatutos, entre ella la adición.

"6) Todos los cargos que el Acto demandado clasifica como de dirección y confianza, no lo son, pudiéndose aceptar únicamente como tales los de Gerente, Subgerentes, Asesor Jurídico, Contador y Jefe de Servicios Generales".

El libelo invoca como normas violadas las siguientes: Constitución Nacional, artículos 12, 16, 17, 20, 32, 51, 76 (1, 9, 10) y 215; Decreto 1050 de 1968, artículos 6, 7, 26 y 30; Decreto 3130 de 1968, artículos 12 y 31; Decreto 3135 de 1968, artículo 5o.; Decreto 1848 de 1969, artículos 2, 3 y 5.

El concepto de la violación se expone para sostener, fundamentalmente, que los servidores de una empresa industrial y comercial del Estado sólo por excepción tienen el carácter de empleados públicos, no como regla gene-

ral; que no todos los cargos clasificados como de empleados públicos por los actos acusados tienen esa naturaleza; y que una reforma estatutaria como la que aquí se discute debe ser aprobada por el Gobierno Nacional, calidad que no tiene la Superintendencia de Sociedades ni menos su delegada en la ciudad de Cali.

Procede la Sala a decidir mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se solicita en la demanda la nulidad de la Resolución No. 2, proferida por la Junta de Socios de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Ltda., adoptada en reunión extraordinaria de socios el 23 de octubre de 1985, registrada en el Acta No. 75.

También la de la Resolución No. 421 de 14 de noviembre de 1985, emanada de la Jefe de la Superintendencia de Sociedades en la ciudad de Cali, por la cual se autoriza a la Sociedad para solemnizar la reforma estatutaria adoptada en la Resolución No. 2.

Subsidiariamente se pide declarar la nulidad de la Resolución No. 2, emanada de la Junta de Socios de la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá Limitada, el día 23 de octubre de 1985, exceptuando la clasificación que como empleados públicos hizo de los cargos de Gerente, Subgerentes, Asesor Jurídico, Contador y Jefe de Servicios Generales.

Se invoca en el libelo la violación del artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, porque cualquier reforma que sufran los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado, del orden nacional, debe ser aprobada por el Gobierno no es la Superintendencia de Sociedades, ni la delegada en la ciudad de Cali, sino el Presidente de la República y el Ministro del área respectiva.

Ante esa afirmación que no ha sido contradicha por la empresa, estudiará la Sala, en primer término, si tal aprobación por el Gobierno Nacional es necesaria para que la Junta de Socios clasifique los cargos y señale cuáles de ellos deben ser desempeñados por empleados públicos.

Conforme consta en la escritura pública No. 1292 de 30 de mayo de 1984, la Central Hidroeléctirca del Río Anchicayá es una sociedad de responsabilidad limitada, constituida entre entidades públicas: Corporación Autónoma Regional del Cauca "CVC", las Empresas Públicas Municipales de Cali "EMCALI" y el Municipio de Cali.

Es una sociedad descentralizada indirecta del orden nacional, sujeta al régimen legal previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Es-

tado, como rezan sus estatutos, los cuales se ajustan a lo dispuesto por el artículo 4o. del Decreto 130 de 1976.

Estas sociedades, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5o. del mismo decreto, están sometidas a cierto control de tutela y por tanto en los estatutos deberá precisarse a qué orden pertenecen, según la naturaleza y el ámbito de los servicios y actividades que se les encomiendan, la proporción de las participaciones y la intención de los creadores. Indica la norma que si se califican como del orden nacional, se señalarán el sector administrativo al cual pertenecen teniendo en cuenta su objeto social y los mecanismos necesarios para controlar sus actividades y asegurar la coordinación de éstas con la política general del Gobierno.

Sabido es, que uno de los instrumentos de control es el de la probación de los estatutos internos o reglamentos de administración cuya expedición corresponde a las Juntas Directivas o consejos directivos de las entidades, por parte del Gobierno, siendo éste un requisito para su existencia jurídica.

La interpretación que la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha dado al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado es la de que, son las Juntas o Consejos directivos de ellas, las que deben hacer la clasificación de empleos a través de los estatutos internos que expidan, ajustándose a los lineamientos legales; es decir, observando la regla general según la cual sus servidores son trabajadores oficiales, salvo los que, según esos estatutos, desempeñen actividades de dirección o confianza, quienes serán empleados públicos.

Y esos estatutos, a los que se refiere el artículo 26 del Decreto 1050 de 1968, deben ser sometidos a la aprobación del Gobierno.

Precisamente por estar sujeta al régimen previsto para las empresas industriales y comerciales del Estado, la Central Hidroeléctrica del Río Anchicayá puede ejercer la función pública de pasar algunos de sus servidores del régimen de trabajadores oficiales al de empleados públicos; y al hacerlo, es natural que se someta a las exigencias legales previstas al respecto, en donde no se contempla ninguna excepción.

Si no se tratara de una función pública y estuviera solamente sujeta al Código de Comercio, el acto correspondiente no estaría bajo el control de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El acto de clasificación de empleos es entonces un acto complejo, que para su perfeccionamiento necesita del concurso de dos voluntades; la de la Junta Directiva de la empresa y la del Gobierno Nacional que lo aprueba. De manera tal, que mientras no se produzcan esas dos manifestaciones de volun-

tad, la clasificación no tiene eficacia jurídica ni menos puede producir efectos.

Así las cosas, no es dado a la jurisdicción emitir fallo de fondo sobre un acto que aún no se ha perfeccionado, por faltarle la aprobación del Gobierno.

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:

Declárase que por no hallarse perfeccionado el acto acusado, no hay lugar a pronunciamiento de mérito.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión verificada el día 30 de octubre 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.

PENSION DE JUBILACION– Liquidación/**ULTIMO AÑO DE SERVICIOS/ PERSONAL DOCENTE/PENSION DE JUBILACION**– Compatibilidad/ **SALARIO**– Compatibilidad

La pensión de jubilación se liquida con base en los salarios devengados durante el último año de servicio, que no coincide generalmente con el vigésimo ni con aquél en que se reunieron los requisitos que, por regla general, exige la ley para que se adquiera el derecho a esta prestación. Ultimo año de servicio según la ley, es aquél que termina en la fecha en que el empleado deja de laborar en forma efectiva y definitiva para el Estado. Pero los servidores del ramo docente pueden disfrutar simultáneamente de sueldo y pensión de jubilación, sin necesidad de retirarse del servicio.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1163 (12.264). Actor: José Yesid Bonilla Guzmán.– (Reconstrucción – D.e.3825/85-).

Reconstruido el proceso de acuerdo con el ordenamiento del decreto 3825 de 1985 mediante el auto de 29 de octubre de 1986 (folio 33), correspondió a la Sala entrar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 25 de febrero de 1985, que denegó las súplicas de la demanda, que consistieron en lo siguiente:

1o.– "Que son nulas las resoluciones 1071 de 22 de septiembre de 1982, 0247 del 16 de marzo de 1983 y 012 del 6 de junio de 1983, las dos primeras originarias de la Dirección y la última, de la Junta Directiva de la entidad demandada, por medio de las cuales se reconoció a mi mandante, el señor JOSE YESID BONILLA GUZMAN, pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de DIEZ MIL DOSCIENTOS TRES PESOS CON SESENTA Y SIETE CENTAVOS ($10.203.67 M/CTE.) y fueron resueltos en forma negativa los recursos gubernativos de reposición y apelación, respectivamente.

2o.– "Que como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento del derecho, se condene a la CAJA DE PREVISION SOCIAL DEL TOLIMA, a pagar a mi mandante la suma que resulte de la rectificación que se persigue por medio de este proceso, en relación con el tiempo de servicio, la última asignación devengada con el cómputo de todos los factores de salarios acreditados y la indicación precisa del monto de la retroactividad correspondiente, con sus intereses legales y la correspondiente corrección monetaria, desde cuando se hizo exigible la pretensión y hasta cuando el pago se verifique".

3o.– "Que se prevenga a la entidad demandada sobre su deber de dar cumplimiento a la sentencia definitiva, en el término y con las formalidades previstas en la ley".

Dice la demanda, en síntesis, que por medio de la resolución 1071 de 22 de septiembre de 1982, la Dirección de la Caja de Previsión Social del Tolima, en forma equivocada, reconoció la pensión vitalicia de jubilación al actor cuantía de $10.203.67, pensión que comenzó a disfrutar a partir de febrero de 1980.

Que se tomó como base para hacer esta liquidación las asignaciones devengadas en el vigésimo año y no las correspondientes al último año certificado de servicios.

Después de hacer una serie de operaciones matemáticas, concluye que la predicha pensión debió liquidarse de acuerdo al cómputo de los salarios devengados en el 23o. año de servicios, es decir, en la suma de $25.270.

Cita el demandante como normas violadas los arts. 16, 17, 20, 30, 45 y 51 de la Constitución Nacional, pero concretamente se refiere a la violación de los artículos 1o., parágrafo 2o., de la ley 24 de 1947 y 25 de la ordenanza 57 de 1966, emanada de la Asamblea Departamental del Tolima, que establece que la pensión de jubilación puede liquidarse tan pronto el empleado oficial *dedicado a la docencia* cumpla veinte años de servicios, continuos o discontinuos, sin consideración a la edad.

CONCEPTO FISCAL

En primer lugar, el Fiscal cuarto de esta Corporación conceptúa que la ordenanza no debe ser aplicada, formulándole la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 215 de la Carta y, aunque la sentencia apelada no accedió a las pretensiones de la demanda, por haber aplicado derecho local contrario al mandato contenido en el artículo 62 de la Constitución vigente en la época, la setencia debe revocarse.

En cuanto a lo relacionado con la fecha que debe tomarse para hacer la liquidación de la pensión, dice que ésta debe tomarse para ello, cuando se trata de personal docente que puede disfrutar de dicha pensión y seguir en ejercicio del cargo, es la de causación del derecho, es decir, el vigésimo.

Cumplido el trámite de ley y **no observá**ndose causal de invalidación de lo actuado,

SE CONSIDERA:

1.– Como se ha visto, la Agencia del Ministerio Público, con base en el art. 215 de la Carta fundamental que dejó de regir el 6 de julio de 1991, invoca excepción de inconstitucionalidad, dado que estima que el art. 25 de la ordenanza 57 de 1966 expedida por la Asamblea Departamental del Tolima, contraría los nortes indicados por los árts. 62 y 76 de dicha Carta porque es claro que las modalidades para liquidar pensiones de jubilación del sector público han de ser fijadas por el legislador.

Y en principio **ello** es exacto. Sin embargo, como quiera que el caso *sub-judice* ha llegado **al co**nocimiento del Consejo en virtud de la apelación que interpuso la parte **actora**; que al demandante José Yesid Bonilla Guzmán ya le fue reconocida su **pensi**ón de jubilación por la Caja de Previsión Social del Tolima con la moda**lidad** establecida por la citada ordenanza y que lo que ha de dirimirse se circu**nscri**be a si los actos acusados son nulos por no haber tomado la entidad **liquid**adora "la última asignación devengada con el cómputo de todos los **fa**ctores de salarios acreditados y la indicación precisa del monto de la retroactividad correspondiente, con sus intereses legales y la correspondiente corrección monetaria, desde cuado se hizo exigible a la pretensión y hasta cuando el pago se verifique", el aspecto tocado por la Fiscalía no puede incidir en la modificación del status ya definido por la Administración, teniendo de presente tanto lo anotado como lo que respecta a que ninguna de las partes hizo ver lo que ahora invoca el Ministerio Público y al principio consagrado en el art. 357 del C. de P.C.

II.– En cuanto al punto que provocó la alzada, está demostrado que el actor prestó sus servicios como educador del departamento del Tolima, por

un tiempo superior a los veinte años, "adquiriendo el derecho" a disfrutar de la pensión de jubilación.

La demanda se fundamenta en el hecho de haber sido liquidada por la Caja de Previsión Social del Tolima la pensión de jubilación, tomando como base las asignaciones devengadas en el vigésimo año y no con referencia en lo devengado en el último año de labores, es decir, el vigésimo-tercero.

Basta citar los apartes pertinentes del fallo proferido por esta Corporación, reiterativo del innúmeras sentencias de la Sala:

"Ciertamente, de acuerdo con las correspondientes disposiciones legales, la pensión de jubilación se liquida con base en los salarios devengados durante el último año de servicios, que no coincide generalmente con el vigésimo ni con aquél en que se reunieron los requisitos que, por regla general, exige la ley para que se adquiera el derecho a esta prestación. Ultimo año de servicio según la ley, es aquél que termina en la fecha en que el empleado deja de laborar en forma efectiva y definitiva para el Estado. No quiere esto decir que no pueda reincorporarse al servicio en los casos en que la ley lo permita".

"Pero los servidores del ramo docente pueden disfrutar simultáneamente de sueldo y pensión de jubilación, sin necesidad de retirarse del servicio".

"En este caso no existe este último año de servicio a que se refiere la ley, pues el solicitante de pensión de jubilación no se ha desvinculado del Estado sino que su propósito es continuar trabajando ininterrumpidamente, sin sobrepasar, desde luego, la edad de retiro forzoso".

"Como la determinación de los salarios deben tomarse como base para la liquidación de la pensión de jubilación no puede ser caprichosa o arbitraria y mucho menos quedar a voluntad del interesado, la Sala estima que para el efecto, a falta de definición legal, el último año es aquél que termina el día en que se reúnan los requisitos que la ley exige para que se adquiera la mencionada prestación".

(Sentencia del 17 de agosto de 1984. Magistrado ponente Doctor Joaquín Vanín Tello, expediente No. 10500, actor: Irma Lozano de N.).

La Sala considera suficientes los planteamientos anteriores para decidir la apelación, confirmando la sentencia recurrida.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 25 de febrero de 1985.

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 15 de octubre 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.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS– Directivos/**VIATICOS**

Entre las funciones de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, están: "Las demás que les señalan la ley, los reglamentos o los estatutos respectivos", y la ley, Decreto Extraordinario 156 de 1987, atribuyó a la Junta la facultad de fijar a nivel concreto dentro de la entidad, el valor de los viáticos de sus funcionarios según su remuneración, la naturaleza de los asuntos a que se refiere la comisión y el lugar en donde debe prestarse el servicio, dentro de la escala que la misma ley señaló de acuerdo con la remuneración mensual del funcionario, como máximo o tope de lo que se debe reconocer por tal concepto. La preposición hasta utilizada por el legislador indica que las entidades tienen la facultad de fijar los viáticos en valor no necesariamente igual al señalado en la escala pero nunca superior al previsto en ella.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 2812. Actor: Mario Enrique Páez Rivera.– Autoridades Nacionales.

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano MARIO ENRIQUE PAEZ RIVERA, actuando en nombre propio, pide a esta Corporación que mediante sentencia que tenga efectos *erga omnes*, declare que es nulo el Acuerdo No. 12 de febrero de 1987, emanado de la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, mediante el cual estableció el Régimen

de Comisiones y modificó las escalas de viáticos del personal de empleados de dicho organismo a nivel nacional.

Sustenta su petición afirmando que el acto acusado es violatorio de disposiciones de orden superior:

Constitución Nacional: Artículos 20, 76, 12, 118, 120, 3o.; Decretos: 1167 de 1969, 1042 de 1978; 01 de 1984, artículo 84; Código de Régimen Político y Municipal: Artículo 240, Ley 153 de 1887, artículo 12.

Explica el concepto de violación el accionante diciendo que al proferirse el acto demandado, la Junta Directiva del Instituto ejerció la facultad reglamentaria atribuida exclusivamente al Presidente de la República por el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución, facultad que no es susceptible de ser delegada.

Sobre este particular se afirma en la demanda:

> "La Junta Directiva del organismo citado dentro de una acomodada interpretación delegatoria se arrogó la facultad reglamentaria exclusiva del Presidente y mediante Acuerdo No. 12 de febrero de 1987, Acto Administrativo acusado, modificó, sustituyó, rebajó y suprimió valores asignados a las escalas de viáticos contemplados en el Decreto Ley No. 156 de 1987". (fl. 7).

Agrega por otra parte, que a raíz de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 8o. del Decreto 3130 de 1968, los establecimientos públicos perdieron la facultad de establecer las condiciones salariales de sus empleados.

El Instituto Agustín Codazzi se opone a las pretensiones de la demanda y pide a la Sala se inhiba de proferir sentencia de mérito por sustracción de materia o en subsidio, niegue las súplicas del demandante.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación, en concepto de fondo, expresa lo siguiente:

> "Dice el demandante que el Acuerdo No. 12 de 24 de febrero de 1987, proferido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi 'modificó, sustituyó, rebajó y suprimió los valores asignados a las escalas de viáticos contemplados en el Decreto Ley No. 156 de 1987' y que, al proceder así, se arrogó la Administración una potestad reglamentaria que no le corresponde".
>
> "Tal aseveración no encuentra asidero lógico legal ya que el Decreto Ley 156 de 1987, en su artículo 10, le asigna a las entidades a que se refiere la facultad de fijar el valor de los viáticos, atribución que fue,

precisamente, la ejercida por el Instituto Geográfico al producir el acto acusado, teniendo, inclusive, el buen cuidado de consignar en su artículo octavo: 'Si en algún caso las tarifas previstas en este Acuerdo sobrepasan los topes máximos legales fijados por el Decreto No. 156 de 1987, estos regirán sobre aquéllos'. Mejor expresión de sometimiento a la ley no puede darse. Por ello, el acto debe mantenerse negando las súplicas de la demanda". (Fl. 66).

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Ante todo la Sala se pronunciará sobre la excepción de inexistencia jurídica del acto administrativo demandado, propuesta por el apoderado de la parte opositora, en razón a que el Acuerdo No. 12 de 1987 fue subrogado por el Acuerdo No. 007 de enero 28 de 1988. (Fls. 44-46).

Es evidente que expedido el Acuerdo acusado el 24 de febrero de 1987 y subrogado el 28 de enero de 1988 por el Acuerdo 007 de 1988, el acto enjuiciado rigió durante el año 1987, luego durante su vigencia se consolidaron situaciones jurídicas individuales y concretas, a las cuales podría extenderse los efectos de la ilegalidad del acto, en el evento de que proceda declararla. Por ello es necesario el pronunciamiento de la jurisdicción, pues sólo así podrá restablecerse el orden jurídico violado con efectos *ex tunc* y mantenerse el imperio de la legalidad. No prospera la excepción propuesta por la parte opositora. La Sala se pronunciará sobre el fondo del asunto, para lo cual se observa:

Mediante la ley 76 de 1986 se revistió de facultades extraordinarias al Presidente de la República, entre otros efectos, para:

"Fijar la escala de remuneración, nomenclatura y régimen de comisiones, viáticos y gastos de representación correspondientes a las distintas categorías de empleo de: a) La rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, incluidas las unidades administrativas especiales".

En ejercicio de esas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Extraordinario 0156 de enero 27 de 1987, 'por el cual se establecen las escalas de remuneración de los empleos de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas especiales del orden nacional y se dictan otras disposiciones en materia salarial'.

El artículo 10 del Decreto 156 de 1987 es del siguiente tenor:

"Para el otorgamiento de las comisiones de servicio en el interior del país, las entidades a que se refiere el presente artículo, fijarán el valor de los viáticos según la remuneración mensual del funcionario comisionado, la naturaleza de los asuntos que le sean confiados y el lugar donde deba llevarse a cabo la labor *hasta por las cantidades señaladas en el presente artículo*". (se resalta).

Invocando esta facultad la Junta Directiva del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' expidió el Acuerdo No. 12 de 1987, acto enjuiciado en el *sub-lite*.

No puede entonces afirmarse que el Acuerdo 12 de 1987, se dictó en ejercicio de la facultad reglamentaria, atribución exclusiva, privativa e indelegable del Presidente de la República, según el ordinal 3o. del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Entre las funciones de las Juntas Directivas de las entidades descentralizadas, están: 'Las demás que les señalan la ley, los reglamentos o los estatutos respectivos', según manda el literal e) del artículo 26 del Decreto 1950 de 1968 y la ley, Decreto Extraordinario 156 de 1987, atribuyó a la Junta la facultad de fijar a nivel concreto dentro de la entidad, el valor de los viáticos de sus funcionarios según su remuneración, la naturaleza de los asuntos a que se refiere la comisión y el lugar en donde debe prestarse el servicio, dentro de la escala que la misma ley señaló de acuerdo con la remuneración mensual del funcionario, como máximo o tope de lo que se debe reconocer por tal concepto. La preposición HASTA utilizada por el legislador indica que las entidades tienen la facultad de fijar los viáticos en valor no necesariamente igual al señalado en la escala pero nunca superior al previsto en ella. Luego la escala de viáticos fijada en el Acuerdo No. 12 de 1987 que es inferior a la establecida en el artículo 10 del Decreto 0156 de 1987, no por ello es violatoria de éste último.

Por lo demás, la entidad demandada se limitó en el Acuerdo 12 de 1987 a cumplir el mandato de la ley, sin modificar la nomenclatura de cargos, ni la escala salarial y por lo tanto, no pudo haber infracción del artículo 20 de la Constitución Nacional 'por extralimitación de funciones'.

Tampoco pudo haber transgresión del artículo 64 del Decreto 1042 de 1978 que trata de "las condiciones de pago" de viáticos en el territorio nacional, pues el artículo 2o. del Acuerdo 12 de 1987 dispone el reconocimiento de sólo un 50% del valor de los viáticos cuando no haya necesidad de pernoctar en el lugar de la comisión, en la forma prevenida en la norma que se afirma contrariada.

En suma, el Acuerdo No. 12 de 1987 expedido por la Junta Directiva del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' no quebrantó norma superior

alguna de las invocadas como contrariadas por el accionante, puesto que se profirió en ejercio de una facultad expresamente conferida por la ley y dentro del marco establecido para el efecto. Por ello habrá de denegarse 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:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de octubre 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, Ausente.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

ABANDONO DEL CARGO/VACANCIA DEL CARGO/EQUIVALENCIA DE CARGOS/REINTEGRO– Naturaleza

El reintegro a un cargo en acatamiento de un fallo de la jurisdicción no es nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio. En consecuencia no se requiere nueva posesión para que el reintegrado asuma sus funciones y en caso de no hacerlo, es viable la declaratoria de vacancia del cargo. La equivalencia de los cargos no solamente no surge de los deberes, atribuciones y responsabilidades específicas asignadas a éstos, sino también y principalmente del nivel que ocupen dentro de la estructura administrativa de la entidad u organismo, y de su denominación y grado dentro del respectivo nivel. La declaración de vacancia de un cargo no constituye sanción sino una causal autónoma de retiro, y por ello no requiere adelantamiento de un proceso disciplinario.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1481. Actor: Francisco Restrepo Palacio.– Decretos del Gobierno.

Francisco Restrepo Palacio, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción prevista en el artículo 67 del antiguo Código Contencioso Administrativo, solicitó a esta Corporación que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"Primera. Que son nulos los actos administrativos contenidos:

a) En el Decreto No. 2099 de 19 de julio de 1982, por el cual el señor Presidente de la República de Colombia con la firma del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, revocó el Decreto 830 de marzo 25 de 1982 y dispuso por medio de su artículo tercero: 'Reintegrar al señor Francisco Restrepo Palacio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 501.799 de Santa Rosa de Osos (Antioquia) en el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría de Impuesto Sucesoral de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público'.

b) En el Decreto 3365 de 23 de noviembre de 1982, por el cual el señor Presidente de la República de Colombia con la firma del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, en cuanto por su artículo primero dispuso: 'Declarar vacante por abandono a partir del 10 de agosto de 1982, el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría de Impuesto Sucesoral de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el cual fue reintegrado el señor Francisco Restrepo Palacio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 501.799 de Medellín, según el artículo 3o. del Decreto 2099 de julio 19 de 1982'. Y en cuanto por su artículo 2o. decretó que: 'El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento de la sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado de mayo 9 de 1979, procederá a reconocer y pagar las remuneraciones y prestaciones sociales que sean de su cargo causadas desde el 14 de julio de 1974, fecha en la cual se le separó del servicio, hasta el 9 de agosto de 1982, día en que se configuró el abandono del cargo'. Y

c) En el Decreto 668 de 8 de marzo de 1983, por el cual el señor Presidente de la República de Colombia con la firma del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público decidió: 'Artículo Primero: Resolver negativamente el recurso de Reposición interpuesto por el doctor Francisco Restrepo Palacio, en memorial de fecha diciembre 14 de 1982. Artículo Segundo: Confirmar en todas y cada una de sus partes el Decreto No. 3365 de 23 de noviembre de 1982, en virtud del cual se declara vacante por abandono el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría de Impuesto Sucesoral de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público' ". (Fls. 23-24).

Los HECHOS pertinentes de la demanda, pueden sintetizarse, así:

1o.) El actor en 1974 se desempeñaba en el cargo de Jefe de la Sección VI–24 de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del que fue destituido y reintegrado a la ciudad de Santa Marta. (Fl. 2).

2o.) Demandados los actos de destitución y reintegro, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de febrero 9 de 1979, confirmada por esta Corporación en fallo de mayo 9 del mismo año, dispuso la nulidad de los actos demandados y ordenó el reintegro del accionante al cargo del que fue desvincualdo 'o en su equivalente si existiere una nueva planta de personal en la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín". (Fl. 231).

3o.) Por Decreto No. 2099 de julio 19 de 1982, artículo 3o. se dispuso "Reintegrar al señor Francisco Restrepo Palacio, identificado con la C.C. No. 501.799 de Santa Rosa de Osos (Antioquia) en el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría de Impuesto Sucesoral de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (Fl. 34).

4o.) Mediante oficio No. 3533 de agosto 19 de 1982 suscrito por el Jefe de la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil, se le comunicó al accionante que "Tomando en consideración los decretos leyes 1912 de 1973, 540 de 1977 y 711 de 1978 el empleo de Jefe de Sección código 2075-05, es de superior jerarquía al de Jefe de Sección VI-24 vigente en el año de 1974". (Fl. 84).

5o.) El actor comunicó a la administración el 23 de agosto de 1982 "que no acepto el cargo de Jefe de Sección 2075-05 de la Sección de Auditoría de Impuestos Sucesorales de la División de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín a que se refiere el Decreto 2099 de julio 19 de 1982, por cuanto que no me reintegra al cargo en el cual estoy inscrito en definitiva en la carrera administrativa según lo dispone la sentencia del H. Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Cundinamarca, de febrero 9 de 1979, confirmada por el H. Consejo de Estado el 9 de mayo del mismo año, sino que me nombra para cargo diferente, en el cual no garantiza mis derechos en la carrera administrativa". (Fl. 6).

6o.) Por Decreto 3365 de noviembre 23 de 1982 se dispuso declarar la vacancia del cargo por abandono del mismo a partir del 10 de agosto de 1982. (Fls. 36-37).

7o.) Por Decreto 668 de marzo 8 de 1983 se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto y se confirmó en todas sus partes el Decreto 3365 de 1982. (Fls. 38 y 38 vto.).

Se invocan como disposiciones violadas por los actos demandados, las siguientes:

Los artículos 2o., 16, 17, 20, 26, 30, 55, 58, 63 y 65 de la Constitución Nacional; 62, 66, 92, 99, 120, 121, 122 del Código Contencioso Administrativo; Decretos leyes 1912 de 1973, 540 de 1977 y 711 de 1978; artículos 92, 93, 98 del Decreto ley 710 de 1978; artículos 125, 126, 127, 131, 133, 149 a 156, 160, 161, 163, 166 y 167 del Decreto 1950 de 1973; del Decreto 2400 de 1968 los artículos 11, 12, 13 y su parágrafo, 14, los tres últimos sustituidos por los artículos 12, 13 y 14 del Decreto 3074 de 1968.

El concepto de violación de las normas citadas como transgredidas aparece relacionado a folio 11-17 y a él se hará referencia en el curso de esta providencia.

El accionante corrigió la demanda en su oportunidad procesal para aclarar los capítulos relacionados con "declaraciones y condenas" y "solicitud de pruebas". (Fls. 23-31).

La Fiscalía 5a. de la Corporación en su concepto de fondo solicita declarar la caducidad de la acción respecto del Dereto 2099 de 1982 y denegar las demás súplicas de la demanda y sobre este último aspecto dice:

> "Si hubiera aceptado (el actor) trabajar en el empleo que le dieron después de proferido el fallo contencioso, habría podido una vez posesionado del mismo impugnar el acto de reincorporación con el fin de que la providencia respectiva definiera lo relativo a su inconformidad".
>
> "Su negativa en aceptar el empleo, lo colocó en una situación de desconocimiento de un acto administrativo vigente, y por ende lo situó por fuera del servicio".
>
> "Se presume que la administración al incorporar al Dr. Restrepo lo hizo en cumplimiento de la sentencia en un cargo de igual categoría al que detentaba al momento de ser destituido, y como no asumió sus funciones, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo era procedente ya que no se demostró a lo largo del juicio que el demandante por ser el cargo diferente al que ocupaba debiera posesionarse, y por ende los actos acusados no eran procedentes".
>
> "Vale la pena mencionar que en este caso no es necesario un proceso disciplinario ni aún para los empleados de carrera, por ser esta figura independiente de las demás causas de retiro". (Fl. 256).

La parte demandante solicitó la reconstrucción del proceso (Fls. 50-59) y por auto de abril 10 de 1987 se decretó ésta. (Fls. 70-71).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad procesal que invalide la actuación se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

En la demanda se enjuician tres actos, a saber: el que ordenó el reintegro del actor, Decreto 2099 de julio 19 de 1982 (Fls. 34-35); el que declaró la vacancia del cargo por abandono del mismo, Decreto 3365 de 23 de noviembre de 1982 (Fls. 36-37) y el que resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto contra éste, Decreto 668 del 8 de marzo de 1983 (fls. 38 y 38 vto.).

Respecto del primero, como bien lo anota la Fiscalía, por no integrar una unidad jurídica con los otros dos, el término para acudir ante la jurisdicción corrió a partir de su notificación personal el 9 de agosto de 1982 (Fl. 35) y por ello al presentarse la demanda en julio 28 de 1983 (fl. 22 vto.) la acción debe declararse caducada en aplicación de lo dispuesto por el artículo 83 de la ley 167 de 1941, vigente entonces.

Con la relación al abandono del cargo, en el escrito demandatorio se formulan tres cargos: que no puede ocurrir abandono de un empleo del cual no se ha tomado posesión o asumido jurídicamente las funciones respectivas que no se surtió el debido proceso administrativo o disciplinario para demostrar la falta e imponer la sanción, y que la no aceptación del reintegro es justificada porque con él la administración no dio debido cumplimiento a la sentencia.

La Sala puntualiza, que el reintegro a un cargo en acatamiento de un fallo de la jurisdicción no es nombramiento, es simplemente la ejecución de la decisión judicial que al anular el acto de desvinculación declara la ficción jurídica de que el actor jamás estuvo por fuera del servicio. En consecuencia no se requiere de nueva posesión para que el reintegrado asuma sus funciones y en caso de no hacerlo, es viable la declaratoria de vacancia del cargo.

En el caso *sub-judice* es evidente que el accionante no acató el reintegro ordenado en el Decreto 2099 de 1982 y así lo expresó a la administración en comunicación de agosto 23 de 1982 (Fl. 6) por lo cual la administración procedió a declarar vacante el cargo.

Pues bien, el numeral 2o. del artículo 126 del Decreto 1950 de 1973 invocado en los considerandos del Decreto 3365 de 1982 acusado (fl. 36), dispone que el abandono del cargo se configura cuando un empleado sin justa causa "deje de concurrir al trabajo por tres (3) días consecutivos" de manera que si el actor se notificó del reintegro el 9 de agosto de 1982 (Fl. 35), y no solicitó permiso para reintegrarse en fecha posterior, sino que por

el contrario manifestó su voluntad de no aceptarlo, es indudable que la vacancia del cargo declarada el 23 de noviembre de 1982 (fl. 37) se ajusta a la disposición en cuanto a su oportunidad. No debe olvidarse que el servicio público prima sobre los intereses particulares o personales del empleado pues tiende a satisfacer servicios esenciales de la comunidad cuya prestación debe ser continua e ininterrumpida.

En cuanto a si la negativa a aceptar el reintegro era justificada, la Sala observa:

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 9 de febrero de 1979, que posteriormente fue confirmada por esta Corporación, ordenó al Gobierno Nacional "reintegrar al señor Francisco Restrepo Palacio al cargo de Jefe de Sección VI-24 de Auditoría de la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín de la Dirección General de Impuestos Nacionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o *en su equivalente* si existiere una nueva planta de personal en la Administración de Impuestos Nacionales de Medellín". (se destaca).

Como efectivamente para el tiempo en que se dio cumplimiento a la sentencia, existía una nueva planta de personal, el Gobierno Nacional reintegró al accionante al cargo de Jefe de Sección 2075-05 de Cobranzas de la División de Recaudos en la Administración de Medellín y atendiendo el recurso de reposición interpuesto por éste, dispuso que el reintegro se hacía al cargo de Jefe de Sección 2075-05 de Auditoría de Impuesto Sucesoral de la División de Auditoría de la misma Administración.

Debe dilucidarse si este último cargo puede tenerse como equivalente al de Jefe de Sección VI-24.

Ante todo conviene precisar que la equivalencia de los cargos no solamente surge de los deberes, atribuciones y responsabilidades específicas asignadas a éstos, sino también y principalmente del nivel que ocupen dentro de la estructura administrativa de la entidad u organismo, y de su denominación y grado dentro del respectivo nivel.

El cargo al cual fue ordenado el reintegro del actor, en vigencia del Decreto 1912 de 1973 se denominaba Jefe de Sección, perteneció al nivel técnico y tenía el grado 24 (art. 4 y 15).

El Decreto 174 de 1975 estableció una nueva escala de remuneración, pero no varió los grados y conservó el nivel técnico para los grados 19 al 29 (art. 4); el Decreto 0540 de 1977 determinó una nueva escala de remuneración y para el efecto de su aplicación estableció las equivalencias entre los grados señalados en ella y los señalados en las escalas de los Decretos 174, 230 y 390 de 1975, según las cuales el grado 24 del Decreto 174

corresponde al grado 21 de la nueva escala; el Decreto 710 de 1978 estableció un nuevo sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos, dentro del cual la nomenclatura de Jefe de Sección pasó a ser del nivel ejecutivo, y fijó una nueva escala de remuneración; el Decreto 711 del mismo año estableció las equivalencias de nomenclatura, clasificación y grado de remuneración y en cuanto al cargo de Jefe de Sección grado 21 dispuso que era equivalente al Jefe de Sección Código 2075, grado 2; finalmente el Decreto 1042 de 1978 nuevamente establece nomenclatura y clasificación de empleos de los Ministerios y se fija escala de remuneración pero conserva en el nivel ejecutivo el cargo de Jefe de Sección, código 2075, grado 02; el Decreto 1043 de 1978 reafirma las equivalencias dispuestas por el Decreto 711 de 1978 y hace algunas modificaciones que nada tienen que ver con el cargo en mención.

De la relación anterior debe concluirse que a la fecha en que se dio cumplimiento a la sentencia (julio 9 de 1982) el cargo equivalente al de Jefe de Sección VI, 24 al cual fue ordenado el reintegro del demandante, era el de Jefe de Sección Código 2075 grado 2, del nivel ejecutivo, cargo inferior al de Jefe de Sección 2075 grado 5, al que efectivamente fue reintegrado, como ya lo había señalado el Jefe de la División de Salarios y Clasificación del Departamento Administrativo del Servicio Civil en oficio que obra a folio 84 del expediente.

Pero como el cargo equivalente no figuraba en la planta de personal de la Regional de Medellín, el Gobierno Nacional hizo bien al reintegrar al impugnante al cargo inmediatamente superior existente.

El hecho de que en la reestructuración de 1976 se hubiere creado la División de Auditoría para atribuirle funciones que anteriormente pertenecían a la Sección y que a ésta se confirieran las que antes correspondían a los grupos, no puede otorgar derecho al accionante para ser reintegrado al cargo de Jefe de División, que sin lugar a dudas es jerárquicamente superior al de Jefe de Sección al cual se ordenó su reintegro. Como ya se precisó, no son solamente los deberes, atribuciones y responsabilidades los que hacen equivalentes los cargos; competencias que en un determinado momento adquieren una mayor importancia dentro de la función que cumple el organismo pueden ser asignadas a cargos de mayor jerarquía y ello no confiere al funcionario que antes las desempeñaba, derecho a ascender con el cargo.

Lo anterior aunado a que el empleo al cual fue reintegrado el actor era y es de carrera, según lo previsto por el art. 18 del Decreto 1950 de 1973, en concordancia con el art. 3 del Decreto 2400 de 1968, llevan a la Sala a considerar que la no aceptación del reintegro por parte del demandante no se encuentra justificada y por este aspecto tampoco resulta ilegal la declaratoria de vacancia del cargo que se acusa.

Finalmente, con respecto al proceso disciplinario que ha debido adelantarse al accionante, se precisa que la declaración de vacancia de un cargo no constituye sanción sino una causal autónoma del retiro, y por ello no requiere del adelantamiento de un proceso disciplinario. Verificada la ausencia injustificada del empleado, la administración debe declarar la vacancia del cargo, independientemente de la acción disciplinaria que pueda proceder y de la responsabilidad civil o penal que corresponda, conforme al artículo 128 del Decreto 1950 de 1973. De manera que verificado que el demandante no asumió el empleo al que fue reintegrado y conocidas y evaluadas las razones que él mismo adujo para no aceptarlo, la administración podía tomar la decisión de declarar la vacancia sin requerir de más procedimientos.

Dadas las circunstancias anotadas, de una parte habrá necesidad de proferir fallo inhibitorio respecto a las pretensiones cuya caducidad ha operado, y de otra, no resulta procedente acoger las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

1o.) Declárase INHIBIDO para proferir fallo de mérito con respecto a la petición de nulidad del Decreto 2099 de julio 19 de 1982, por CADUCIDAD de la acción.

2o.) Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del treinta (30) de octubre 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.

ACTO DE TRAMITE/HOJA DE SERVICIOS MILITARES/ASIGNACION DE RETIRO/ASIGNACION JURISDICCIONAL

La hoja de servicios militares es un acto de mero trámite, un documento probatorio cuyas consecuencias jurídicas deben evaluarse por la entidad competente para resolver sobre la asignación de retiro mediante acto definitivo cuyo control sí corresponde a una jurisdicción; o sea que expedida ésta y negada su corrección, será la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y luego el Ministerio de Defensa quienes tendrán que darle el valor probatorio que merezca, pero ya mediante acto definitivo, expreso o tácito si es que se niegan a resolver la petición dentro del término que fija la ley y sólo contra este acto podría el reclamante interponer la acción jurisdiccional, en el evento de que estime que no se ha expedido conforme a la ley.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinte (20) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 1543. Actor: Genaro Izaquita Barrera.– Resoluciones Ministeriales.

Genaro Izaquita Barrera, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, presentó demanda ante esta Corporación el 12 de junio de 1984 solicitando la declaración de nulidad de las Resoluciones Nos. 2183 de julio 28 de 1983 y 591 de febrero 9 de 1984 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional.

Como restablecimiento del derecho la parte actora solicita se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, a corregir la Hoja de Servicios del suboficial Genaro Izaquita Barrera, incluyendo el grado de Cabo Primero que le corresponde a las especialidades de Enfermero de Ganado,Ranchero y Mayordomo, obtenidas por el demandante antes de su retiro. Igualmente que se procesa a dicha corrección, para incluir los tres meses de alta y el año laboral, aproximando a año completo las fracciones superiores a seis meses que resulten a favor del actor. Finalmente, que se ordene dar cumplimiento a la sentencia, dentro del término señalado en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

En la demanda se citaron como normas violadas con la expedición de los actos acusados, los artículos 17, 30 y 169 de la Constitución Política; artículos 92 y 121 de la ley 167 de 1941; numerales 8 y 10 del artículo 9; artículos 13, 14 y 15 del Decreto 1795 de 1942; artículo 34 de la ley 82 de 1947; artículos 2 y 4 del Decreto 96 de 1941; numeral 4 del artículo 1 e inciso 3 del artículo 2o. del Decreto 1223 de 1941 y demás disposiciones concordantes. (folio 3).

Al exponer el concepto de violación el demandante, señala que en el caso *sub-lite* el Ministerio de la Defensa Nacional se negó a elaborar la Hoja de Servicios del actor con sujeción a la ley; que al no incluir en dicha Hoja de Servicios el grado de militar de cabo primero obtenido durante el servicio, se incumplió la orden ineludible sobre el particular dada por el Consejo de Estado; que al convertir en servicios civiles los de carácter militar prestados por el demandante, se burló la sentencia proferida por la citada Corporación de 26 de agosto de 1982; que la violación del artículo 34 de la ley 82 de 1947, consistió en no haber remitido el expediente de la Hoja de Servicios a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, entidad competente para resolver si se concede o niega las asignaciones de retiro; que la infracción de los Decretos 96 y 1223 de 1941 se produjo, por cuanto se quitó el grado de Cabo Primero a las dos últimas especialidades logradas por el suboficial Izaquita Barrera antes de ser retirado, es decir, de Enfermero de Ganado, Ranchero y Mayordomo, a pesar de lo cual el comentado Ministerio quiere privar al demandante de su grado a categoría militar; que sobre asuntos similares al caso *sub-judice*, el Consejo de Estado ya se ha pronunciado, como en la sentencia de marzo 11 de 1978.

La apoderada de la Nación (Ministerio de Defensa Nacional), en sus alegatos de conclusión, solicita pronunciamiento inhibitorio, por cuanto en la demanda se omitió indicar la designación de las partes o de sus representantes; que de no ser así, la Corporación debe negar las súplicas hechas en el libelo, ya que Genaro Izaquita Barrera prestó sus servicios a las Fuerzas Militares durante un período superior a los diez años, pero apenas 3 años y 4 meses como militar y el resto de dicho tiempo lo hizo como empleado civil; que la Nación dio cumplimiento a la sentencia de agosto 26 de 1982 del

Consejo de Estado, mediante la Resolución No. 2183 de julio 28 de 1983; que en acatamiento igualmente de la citada sentencia, se elaboró la Hoja de Servicios No. 173 de 1983; que en consecuencia, las resoluciones impugnadas expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional se ajustaron a derecho y que compete a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares reconocer las prestaciones o asignaciones de retiro.

Tramitado el proceso, el Ministerio Público opinó en el sentido de que las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar.

La señora Fiscal Quinto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, considera que no obra en el expediente prueba alguna tendiente a demostrar que el actor hubiera tenido la calidad de suboficial de servicio; que como la carta de la prueba correspondía a éste, no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara los actos administrativos impugnados (folio 87 a 93).

El expediente se destruyó en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985 y el demandante obtuvo su reconstrucción por auto de febrero 4 de 1988 (folio 65).

Llegado el momento de proferir sentencia, se procede, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

Ante todo debe expresar la Sala que la solicitud de fallo inhibitorio de la apoderada de la Nación (folios 83 y 84), por considerar que la demanda es inepta, en virtud de que en ella se omitió la designación de las partes o de sus representantes, debe ser denegada porque como puede leerse en el libelo, la parte actora pide se condene a la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– y se notifique el auto admisorio de la demanda al Secretario General de dicho Ministerio (folios 7 y 8), de lo cual puede inferirse fácilmente cual es la parte demandada en el proceso, así no se haya señalado ésta expresamente. En consecuencia la Sala procede a examinar las pretensiones de la demanda.

Solicita la parte actora se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 2183 de julio 28 de 1983 y 591 de febrero 9 de 1984 expedidas por el Ministerio de Defensa Nacional (folios 73 a 76) y que, como consecuencia, se condene a la Nación a corregir la Hoja de Servicios del suboficial Genaro Izaquita Barrera, incluyendo el grado de Cabo Primero que le corresponde a las especialidades de Enfermero de Ganado, Ranchero y Mayordomo, obtenidas por el demandante antes de su retiro; así mismo, que se lleve a cabo la citada corrección, con el fin de incluir los tres meses de alta y el año laboral, aproximando a año completo las fracciones superiores a seis meses que resulten a favor del actor.

En atención a que el Ministerio de Defensa informó haber enviado los originales con destino al expediente que resultó incinerado y no tener copia de ellos, mediante auto de febrero 1 de 1991 (folio 98), se dispuso solicitar al demandante allegar copia de la sentencia por él invocada y aportar copia auténticca de la Hoja de Servicios No. 173 de mayo 11 de 1983 elaborada a su nombre; no obstante estos documentos no fueron aportados al expediente.

Así las cosas, no está demostrado en el proceso reconstruido que en la sentencia aludida se ordenara al Ministerio de Defensa Nacional computar como servicios militares, y no como servicios civiles, el tiempo a que alude la parte actora en la demanda, para efectos de reconocimiento de asignación de retiro; de otro lado, tampoco obra en el proceso, la Hoja de Servicios No. 173 de mayo 11 de 1983 elaborada a nombre del demandante y que éste pretende sea corregida, según las peticiones formuladas en el escrito demandatorio (folio 7).

Sin embargo la Sala debe precisar los siguientes hechos:

1o.– La Resolución 2183 de 28 de julio de 1983 dispuso:

"1o.– En acatamiento al fallo que alude la parte motiva, la Sección de Prestaciones Sociales del Comando del Ejército, elaboró la Hoja de Servicios No. 173 de 1983 a GENARO IZAQUITA BARRERA, la cual arrojó un total de 10 años 3 meses y 2 días de servicios". (Fl. 76).

2o.– Contra esta Resolución, el actor interpuso recurso de reposición para que se ordenara la corrección de la Hoja de Servicios, se remitiera el expediente a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para que dictara la pertinente resolución y luego sí se pronunciara el Ministerio mediante resolución que apruebe o no la de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.

3o.– El Ministerio resolvió el recurso mediante Resolución 591 de febrero de 1984 y declaró que no es procedente la reposición de la Resolución 2183 y se inhibió de decidir sobre el reconocimiento de la asignación de retiro por carecer de competencia para ello. Aun cuando no lo expresó en la parte resolutiva, en los considerandos manifestó que el expediente sería remitido a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares por ser la entidad competente para reconocer las peticiones sobre asignación de retiro.

De lo precisado puede concluirse que el accionante tramitó ante el Ministerio de Defensa y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares la asignación de retiro a que considera tiene derecho y que las Resoluciones 2183 y 591 acusadas con actos de simple trámite en la actuación que debe surtirse y que debe culminar con el acto administrativo definitivo que reconozca o niegue la mencionada asignación de retiro.

Puede colegirse que en el curso del procedimiento administrativo, el Ministerio se negó arbitrariamente a expedir la Hoja de Servicios Militares y que esta Corporación ordenó formarla y expedirla; no puede precisarse en qué términos porque en la transcripción que de la sentencia se hace en la Resolución 2183 solamente se dice: "de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de la presente providencia"; pero ahí no termina la actuación, ni la administración puede negarse a continuarla sin incurrir en responsabilidad por omisión en el ejercicio de sus funciones.

De manera que superado ese primer escollo, el procedimiento administrativo debe seguir hasta su terminación, sin que haya lugar a que la legalidad de los actos intermedios sea examinada por la jurisdicción, pues conforme al artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) vigente al incoarse la demanda, los actos preparatorios y los de trámite que no pongan fin a la actuación no son acusables ante la jurisdicción, salvo en lo que respecta a la acción de definición de competencias administrativas y suspensión en prevención que no es el caso que en este proceso se ventila. Repetidamente esta Sección ha expresado que la Hoja de Servicios Militares es un acto de mero trámite, un documento probatorio cuyas consecuencias jurídicas deben evaluarse por la entidad competente para resolver sobre la asignación de retiro mediante acto definitivo cuyo control sí corresponde a esta jurisdicción (sentencias de octubre 23 de 1978, marzo 15 de 1979, enero 29 y febrero 11 de 1991); o sea que expedida ésta y negada su corrección, será la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y luego el Ministerio de Defensa quienes tendrán que darle el valor probatorio que merezca, pero ya mediante acto definitivo, expreso, o tácito si es que se niegan a resolver la petición dentro del término que fija la ley y sólo contra este acto podría el reclamante interponer la acción jurisdiccional, en el evento de que estime que no se ha expedido conforme a la ley.

De todo lo anterior, se concluye que no hay lugar a pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda y por ello 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 pronunciarse sobre el fondo del asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y COMUNIQUESE.

Archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del cinco (5) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (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.

INSUBSISTENCIA

La declaración de insubsistencia de un nombramiento, es un mecanismo autorizado por la ley para que la administración pueda desvincular a un funcionario sin necesidad de motivar el acto, inspirada y movida por consideraciones del buen servicio público. Dentro de este marco legal, no tiene limitación alguna y puede actuar libre y discrecionadamente. Frente al derecho de la comunidad de recibir un buen servicio público, está también el derecho individual del funcionario de que no se prescinda de él sin alguna justificación ni se haga por un equivocado entendimiento de las circunstancias. Se comprende así por qué el propósito del buen servicio es de la esencia del ejercicio de la facultad discrecional: cualquier razón diferente desnaturaliza esta función.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 3696. Actor: Ricardo Benjamín Patiño Coral.– Apelación Sentencia.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social contra la sentencia de 27 de noviembre de 1987 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la cual declaró la nulidad de la Resolución No. 02199 del 17 de junio de 1983, originaria del mismo Ministerio, y ordenó reintegrar al actor al cargo que venía ocupando o su equivalente o a otro de igual o superior categoría y el pago de salarios y prestaciones sociales.

En la demanda se alega que el actor fue declarado insubsistente por haberse presentado al trabajo en supuesto estado de embriaguez, cuando en realidad se trataba de una intoxicación exógena, al parecer por escopolamina, "presentando náuseas y cefalea". (Fols. 4-5).

Para sustentar su decisión, estimó el *a-quo* que el acto demandado se profirió para fines distintos de los del buen servicio, es decir, con desviación que se deduce de las pruebas aducidas al proceso, entre ellas, el informe de la Coordinadora de la Sección de Archivo.

Subraya que el acto fue emitido a consecuencia de las afirmaciones contenidas en el mencionado informe, según las cuales, el actor se había presentado al sitio de trabajo en estado de embriaguez. Señala el *a-quo* que ha debido adelantarse el correspondiente proceso disciplinario para que el inculpado pudiera ejercer el derecho de defensa y que, como tal cosa no ocurrió, "se quebrantó la ley, ya que la declaratoria de insubsistencia contenida en el acto administrativo demandado, envuelve una destitución. Y si el demandante hubiera comprobado en tal proceso que no llegó a la oficina en estado de embriaguez, sino bajo los efectos de drogas suministradas por terceras personas, la decisión no hubiera sido la tomada por el acto administrativo sino otra". (Fol. 109).

Agrega que, en tales circunstancias, la Administración estaba obligada a iniciar la investigación disciplinaria, en razón de que la norma contenida en el Decreto 2400 de 1968 –artículo 8o. inciso 2– define tal hecho como "causal de mala conducta" y, de otra parte, el inciso a) del artículo 132 del Decreto 1950 de 1973 "consagra que constituyen faltas disciplinarias la violación de las prohibiciones contempladas en el artículo 8 del Decreto 1968 (sic), lo cual indica que la entidad empleadora tenía la obligación de iniciar contra el demandante un proceso disciplinario y, como lo hizo, la desviación de poder alegada en el libelo está acreditada y, por consiguiente, las pretensiones de la demanda prosperan". (Fols. 109-110).

Al sustentar la alzada, alega el apelante que la sentencia parte de una circunstancia errónea, al considerar el Tribunal que existe nexo causal entre los escritos de folios 23 y 24 sólo porque "dichos documentos tienen la misma fecha, es decir, 17 de junio". (Fol. 131).

Agrega que, aún aceptando en gracia de discusión que el motivo fuera el memorando de la Jefe de Archivo, no se demostró "Cómo influyó la Jefe del actor en la inteligencia y sabiduría del nominador, es decir del Señor Ministro de Trabajo, para proferir el acto acusado" (Folio 132).

En el escrito de folio 139 reitera estos mismos planteamientos.

La Fiscalía Quinta de la Corporación en su visita reglamentaria estima que "el quid del asunto consiste en dilucidar si la Sra. Ministra de Trabajo al declarar insubsistente el nombramiento del actor, lo hizo con base en la circunstancia de haberse aparecido éste a laborar en supuesto estado de embriaguez" (Fol. 146).

Afirma luego que no obra en el proceso prueba alguna de esta circunstancia y transcribe parcialmente una sentencia de la Corporación para reafirmar su argumentación. (Fols. 142-148).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La declaración de insubsistencia de un nombramiento, como la que se cuestiona en este caso, es un mecanismo autorizado por la ley para que la administración pueda desvincular a un funcionario sin necesidad de motivar el acto, inspirada y movida por consideraciones del buen servicio público. Dentro de este marco legal, no tiene limitación alguna y puede actuar libre y discrecionalmente.

Pero, frente al derecho de la comunidad de recibir un buen servicio público, está también el derecho individual del funcionario de que no se prescinda de él sin alguna justificación ni se haga por un equivocado entendimiento de las circunstancias. Se comprende así por qué el propósito del buen servicio es de la esencia del ejercicio de la facultad discrecional: cualquier razón diferente desnaturaliza esta función.

De ocurrir tal cosa, corresponde al actor suministrar prueba idónea que convenza al fallador de la falsa motivada o de la torcida intención que se traduce en la decisión administrativa.

En el caso de autos se controvierte la legalidad de la Resolución No. 02199 de junio 17 de 1983, por la cual el Ministerio de Trabajo declaró insubsistente el nombramiento del actor, quien sostiene que aquélla obedeció al propósito de sancionar un supuesto estado de embriaguez imputado al accionante.

Según muestran los autos, la Coordinadora de la Sección de Archivo y Correspondencia, en memorando de junio 17 de 1983 dirigido al Jefe de la División de Servicios, informa que "el día jueves 16 de los corrientes el señor Ricardo Patiño se presentó en la Oficina a las 11:15 de la mañana, en estado de embriaguez, motivo por el cual me vi obligada a solicitarle que se fuera a su casa a descansar. Nuevamente se presentó a las 5 de la tarde, y ya había tenido oportunidad de descansar y dormir".

Según se hizo notar, la Resolución de insubsistencia fue expedida el 17 de junio y se comunicó al actor en oficio de la misma fecha (Fols. 22-24).

Como puede observarse, tanto el informe de la Jefe de Sección como la declaración de insubsistencia fueron actos emitidos en la misma fecha, por lo que resulta fácil deducir que la decisión administrativa tuvo por antecedente inmediato el supuesto estado de embriaguez atribuido al actor.

Se lee en la demanda a este respecto:

"El día 16 de junio de 1983, mi mandante salió de su casa de habitación a eso de las 7 y 20 minutos de la mañana, luego de haber desayunado con un jugo enlatado. Tomó la buseta que lo conducía a su trabajo y se sentó en la parte de atrás en un puesto que había entre dos mujeres, con las que entabló conversación por iniciativa de ellas mismas. Luego de ello, mi mandante perdió conciencia de sí mismo y no recuerda absolutamente nada.

Mi mandante no recuerda absolutamente el haber ido al Ministerio, haber hablado con su jefe inmediato, haber ido a su casa de habitación, ni haber regresado al Ministerio a las 5 de la tarde.

Mi patrocinado no sabe cómo llegó a su casa de habitación la noche del 16 de junio de 1983, entre las 9 y 10 de la noche y según versión de la dueña del inmueble donde éste habita, estaba muy pálido, con la mirada extraviada y no hablaba nada.

Al día siguiente 17 de junio de 1983, mi prohijado se levantó muy mal, semiinconsciente y la dueña de casa lo observó todavía con la mirada extraviada y su comportamiento muy extraño. Patiño Coral se dirigió a su oficina en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, donde por el malestar que sentía pidió permiso en repetidas oportunidades a la Jefe de la Sección para ir al médico de la Caja Nacional de Previsión, permiso que le fue negado otras tantas veces, al decir de la misma Jefe, por necesitar que mi mandante le dejara el trabajo de la oficina al día". (Fol. 4).

Para acoger las pretensones del actor, tuvo en cuenta el *a-quo*, aparte del factor cronológico, los documentos de folios 21 y 22, el primero de los cuales es fotocopia del reconocimiento clínico practicado al demandante en Urgencias de la Caja Nacional de Previsión, donde se dice que el 17 de junio de 1983 se practicó examen al señor Ricardo Patiño.

Allí se lee, además:

"Paciente quien el día de ayer al parecer sufrió intoxicación con escopolamina –fue robado y al recuperarse presentaba náuseas, cefalea, mirada incoordinada– Hoy persiste la cefalea y las náuseas –Antecedentes sin importancia...". (Fol. 52).

El documento de folio 22 expresa:

"CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL.
Bogotá, junio 24 de 1983.
El suscrito Médico certifica que:
El señor Ricardo Patiño, identificado con cédula de ciudadanía No. (ilegible) de Ipiales, fue atendido en esta institución, en el Servicio de Urgencias, con una impresión diagnóstica: Intoxicación Exógena; el día viernes 17 del presente mes y año a las 19:25 horas. Médico tratante Dr. Luis Carlos Rodríguez.

Atentamente,

Dra. LUCY PARRA".

También fue allegada al proceso prueba testimonial con referencia a los hechos de la demanda.

Dados estos presupuestos, resulta difícil concebir que la declaración de insubsistencia haya sido puramente coincidencial con la imputación de embriaguez que aparece en el informe de la Coordinadora de la Sección de Archivo al Jefe de la División de Servicios Generales, de que ya se hizo mención (fol. 23). Lo quiere suponer el apoderado de la Nación insistiendo en que no se demostró "cómo influyó la jefe del actor en la inteligencia y sabiduría del nominador... No se demostró en forma fehaciente que la jefe inmediata del actor influyó en la decisión del señor Ministro de Trabajo, en la producción del acto acusado". (Fols. 132, 139).

Poco honor se hace a la inteligencia y sabiduría del Ministro con la afirmación de que expide una Resolución de insubsistencia sin saber por qué lo hace. Es, además, argumento de poca solidez el que se apoya en este razonamiento para deducir que no existió relación de causalidad entre la imputación de embriaguez y la declaración de insubsistencia.

Estima, en cambio, la Sala que hay razones suficientes para inferir aquella relación de causalidad y que, apareciendo desvirtuado el hecho que motivó la insubsistencia, la decisión administrativa es contraria a derecho.

Como así lo declara la sentencia apelada, ésta deberá 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

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia del veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos ochenta y siete (1987), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 12 de noviembre 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.

FUNCIONARIO DE HECHO

La figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular y no como lo sostiene el demandante quien considera que dicha figura puede presentarse ante la ausencia de la creación del cargo, toda vez que ello contradiría el mandato constitucional que impide la existencia de empleos públicos que no tengan funciones detalladas en la ley o reglamento.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veinticinco (25) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4639. Actor: José Manuel Ospina Cortés.— Autoridades Nacionales.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por JOSE MANUEL OSPINA CORTES contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de junio de 1989, mediante la cual se le negaron las peticiones tendientes a obtener la nulidad de las resoluciones 958 del 1o. de abril de 1986 y 3851 del 26 de junio siguiente, proferidas por el Instituto de Crédito Territorial, que se abstuvieron de reconocerle pensión de jubilación, cesantía con sus intereses, primas de servicio y navidad vacaciones y todas las demás prestaciones a que dice tener derecho por los servicios prestados a ese Instituto.

En los hechos de la demanda (fls. 17 a 19), se afirma que el demandante prestó sus servicios al mencionado Instituto, por un lapso superior a los 20 años, en la Seccional de Antioquia, hasta el 23 de enero de 1983, "como funcionario del mismo en calidad de encargado de la elaboración de las minutas de las Escrituras Públicas que el citado Establecimiento debe otorgarle a cada adjudicatario de casa, al igual que las referentes a la cancelación de gravámenes hipotecarios por pago de obligaciones de parte de los adjudicatarios...", para cuya ejecución se le suministraba la papelería y como contraprestación se le pagaba un "sueldo" mensual promedio de $45.000.oo, como consecuencia de reconocerle $130.oo por minuta elaborada; que el 23 de enero de 1983 la Seccional de Antioquia le envió una carta en la que se le exigía entregar todos los trabajos pendientes y la papelería, pero con anterioridad se le había "destituido" verbalmente de las labores que realizaba; que el actor acudió a la jurisdicción de los jueces del trabajo pretendiendo similares derechos, donde se descartó que hubiera sido trabajador oficial y se dijo que su vínculo debió haber sido mediante una relación legal y reglamentaria, propia del empleado público, con fundamento en lo cual agotó la vía gubernativa, por contestación negativa de sus pedimentos al mencionado Instituto, confirmada en sede de apelación.

En el capítulo de las normas violadas y concepto de la violación se invocan los artículos 5o., 8o., 11 y 27 del decreto extraordinario 3135 de 1968, 1o., 43, 51 y 68 del decreto 1848 de 1969, 1o. del decreto 3148 de 1968 y 17, literales a) y b) de la ley 6a. de 1945.

En el concepto de la violación se expone que conforme al artículo 5o. del decreto extraordinario 3135 de 1968, quienes laboren para un establecimiento público son empleados públicos, de donde se infiere que el actor tuvo tal calidad; que en sede gubernativa se acepta que el demandante le prestó sus servicios al Instituto demandado, en las labores arriba indicadas y que aunque el tiempo durante el cual esto ocurrió no se podía precisar, dijo el Instituto que "parece tener razón el peticionario al decir que fue durante un período superior a los veinte (20) años"; que suponiendo por vía de hipótesis, que el actor no tuvo la calidad de empleado público, no cabe la menor duda de que ostentó la condición de FUNCIONARIO DE HECHO, pues, como lo tiene dicho la jurisprudencia del Consejo de Estado tales funcionarios son aquéllos que desempeñan un cargo en virtud de una investidura irregular, tal como ocurrió en el presente caso, pues le fueron asignadas unas funciones precisas y concretas sin previo nombramiento y posesión, lo cual es una irregularidad en su investidura, pero inimputable al actor ya que surgió de la demandada al encargarle a este la elaboración de las minutas y pagarle remuneración por esos servicios sin crear previamente el cargo respectivo. Y concluye su apreciación el actor, afirmando que si el funcionario de hecho tiene derecho a devengar el sueldo cuando ha prestado efectivamente los servicios, no queda la más mínima duda de que también es acreedor al pago de sus prestaciones sociales. Finalmente, de las argumentaciones

anteriores deriva el actor la violación de las demás normas consagratorias de las prestaciones reclamadas.

La vista Fiscal. El Ministerio Público considera en su concepto de fondo (fls. 136 a 140) que el actor no fue empleado público del Instituto demandado, ni funcionario de hecho "por cuanto nunca detentó la investidura irregular de ningún empleo" del mismo, sino que su relación se debió a un contrato verbal de prestación de servicios "regularmente aceptado por las partes"; se transcribe en el concepto el entendimiento doctrinal del funcionario de hecho de varios tratadistas y se concluye que como el artículo 167 del decreto extraordinario 222 de 1983 prohibe que en los contratos de prestación de servicios se pacten prestaciones sociales, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1.– Se afirma en la demanda que conforme al artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, el demandante tuvo la calidad de empleado público por haber trabajado para un establecimiento público, como lo es el Instituto demandado.

Pero tal planteamiento no es acertado, pues desde lo dispuesto en los artículos 214 y siguientes de la ley 4a. de 1913, hasta los mandatos del artículo 2o. del decreto extraordinario 2400 de 1968, modificado por el 3074 del mismo año, la calidad de empleado público sólo se adquiere cuando la persona es nombrada para ejercer un empleo y ha tomado posesión del mismo.

En el presente caso, no se presenta alguna de esas dos condiciones, en razón de que al demandante ni se le nombró para que desempeñara algún empleo ni tomó posesión del mismo, como se admite en la demanda.

De otro lado, también se sostiene allí que suponiendo que por ausencia de la creación del cargo, del nombramiento y de la posesión, no hubiera tenido la calidad de empleado público, es indudable que el actor ostentó la condición de funcionario de hecho. Este punto lo sustenta el demandante diciendo que en tal sentido se ha pronunciado esta Corporación. Posteriormente, en el alegato de conclusión (fls. 98 a 100), se hace referencia a la sentencia del 16 de agosto de 1963 de la Sala de Negocios Generales.

Ahora bien, la figura del funcionario de hecho no tiene raigambre normativa alguna, pues su desarrollo lo hizo la doctrina y la jurisprudencia. De ahí que, para una mejor comprensión de la jurisprudencia a que se refiere el actor, la Sala se permita transcribirla en lo atinente:

"Es claro que el demandante era funcionario de hecho, ya que de acuerdo con la doctrina tales funcionarios son aquéllos que desempeñan un

cargo en virtud de una investidura irregular. La irregularidad de la investidura, dice Sarria, puede ser por defecto de origen o de causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las cualidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas por la Ley.

La Sala estima que a pesar de la irregularidad de que el demandante hubiera desempeñado su cargo no obstante existir una orden de suspensión, es cierto que prestó sus servicios y que ellos deben serle pagados, pues por una parte, el sueldo es una contraprestación de servicios, y por otra, las primas que cobra son parte del salario, y el artículo 17 de la Constitución Nacional estatuye que el trabajo goza de la especial protección del Estado, protección que abarca, a más del derecho a trabajar, el de que el trabajador reciba la remuneración que el cargo que desempeña le ha señalado la ley". (Anales 2o. semestre 1963, Tomo 67, pág. 57).

Como se ve, la figura del funcionario de hecho, con arreglo a la jurisprudencia que el mismo actor invoca y que la Sala prohija, supone *la existencia de un cargo público* que se desempeña en virtud de una investidura irregular y no como lo sostiene el demandante quien considera que dicha figura puede presentarse ante la ausencia de la creación del cargo, toda vez que ello contradiría el mandato constitucional que impide la existencia de empleos públicos que no tengan funciones detalladas en la ley o reglamento.

3.– Finalmente, después de verificar la Sala que no se demostró el sustento jurídico de la demanda, consistente en que el demandante fue un funcionario de hecho, considera improcedente tratar de calificar si la vinculación de las partes contendientes constituyó un contrato de prestación de servicios, por ser innecesario para decidir la acción y menos sobre la base de la aplicación del estatuto contractual (Decreto 222/83) expedido con posterioridad a la terminación de los servicios prestados por el actor.

Consecuentemente, la Sala 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 apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de junio de 1989 en el proceso promovido por JOSE MANUEL OSPINA CORTES.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Aprobado en la Sala del día 5 de noviembre 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.

CARRERA JUDICIAL

El precepto contenido en el artículo 210 del Decreto 2400 de 1986, conforme al cual, en ningún caso, puede ser inscrito en la Carrera Judicial el empleado de la misma que haya sido destituido, encuentra su verdadero alcance al armonizarlo con el parágrafo del artículo 108 ibídem, que prevé la posibilidad para los ex-empleados de la rama así sancionados (destituidos), de reingresar a ella después de transcurrido el término de inhabilidad de tres años. De modo que a los ex-empleados de la Rama Judicial que luego de ser destituidos y vencido el término de tres años de inhabilidad previsto en el parágrafo del art. 108 fueron incorporados nuevamente a su servicio, se les privó del privilegio de pertenecer a la Carrera Judicial, según lo dispuesto en el mencionado artículo 210.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, C.C., noviembre veintiseis (26) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente Número 3507. Actor: Jorge Enrique Molano Moreno.– Autoridades Nacionales.

El señor JORGE ENRIQUE MOLANO MORENO; por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción hoy denominada de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. 397 de 26 de octubre de 1987 expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante la cual se rechazó la inscripción solicitada (sic) por el actor, como Secretario grado 13 de Instrucción Criminal Seccio-

nal Boyacá y de la Nro. 443 de 25 noviembre de ese mismo año, proferida también por el citado Tribunal; por la cual se resolvió no reponer la resolución primeramente mencionada e inscribir al accionante como Secretario grado 10 del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja.

Igualmente, el actor solicita que a manera de restablecimiento del derecho, se ordene inscribirlo en la carrera judicial como Secretario grado 13 de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá.

Las anteriores peticiones se apoyan en los hechos que a continuación se sintetizan.

– El actor quien, en forma ininterrumpida, prestó sus servicios a la Rama Jurisdiccional en diversos cargos desde el 24 de abril de 1975, el 3 de octubre de 1986 presentó en la División de Asistencia Legal a la Rama, la documentación para ser inscrito como Secretario Grado 13 de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá, documentación que fue recibida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el mes de febrero de 1987.

– El dos (2) de agosto de 1987, el nombramiento del accionante como Secretario grado 13 de la Dirección Seccional de Instrucción Criminal de Boyacá, fue declarado insubsistente.

– El 26 de octubre de 1987, el Tribunal rechazó su solicitud de inscripción en la aludida carrera, bajo la consideración de que, según un oficio enviado por la Directora de Instrucción Criminal, había sido retirado del servicio por declaración de insubsistencia. Dicho oficio no obró legalmente en las diligencias de inscripción, ni apareció en el respectivo expediente.

– Mediante Resolución Nro. 443 de 25 de noviembre de 1987 y luego de que se obtuvo el documento mencionado, se confirmó la resolución recurrida y, discrecionalmente, se inscribió al actor como Secretario grado 10 del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja.

En la demanda se citan como disposiciones violadas los artículos 2o. y 210 del Decreto 2400 de 1986, 132 y 135 del Decreto 52 de 1987 y la circular de 28 de agosto de 1987, del Consejo Superior de la Administración de Justicia.

Sostiene el demandante que en la Resolución Nro. 397 de 1987 se afirma que, de acuerdo con el artículo 2o. del Decreto primeramente citado, para efectos de inscripción en la carrera judicial se requiere estar ocupando el cargo en cuestión; sin embargo, advierte, que realmente en ese artículo se contempla una situación distinta, como es la determinación de quiénes son funcionarios y quiénes empleados de la rama jurisdiccional.

De igual manera, el actor indica que se transgrede el artículo 210 del Decreto en comento, pues no se aplicó a fin de definir si podía ser inscrito en la carrera judicial, no obstante haber sido separado del cargo de Secretario grado 13 de la División de Instrucción Criminal, por declaración de insubsistencia.

La impugnación por falta de aplicación del artículo 132 del Decreto 52 de 1987, que ordena que el funcionario que el 13 de enero de 1987, fecha de su expedición, hubiere presentado oportunamente su solicitud de inscripción en la carrera judicial, podía ingresar a ella, previo análisis de la documentación, de conformidad con los Decretos 1190 y 2400 de 1986, se expuso así:

> "El señor MOLANO MORENO presentó oportunamente sus documento el 3 de octubre de 1986, solicitando su inscripción para Secretario grado 13. El día 13 de enero, que entró en vigencia el dcto. 52 de 1987, conservaba aún ese derechò y tenía que ser inscrito en el grado 13 por la sencilla razón de que él jamás presentó documentos para ser inscrito en el grado 10, pues el límite máximo –si hubiese podido y tenido la obligación de hacerlo– era el día 30 de septiembre de 1987, según nuestra conocida "circular".
>
> En consecuencia la inscripción en el grado 10, es manifiestamente ilegal, como se demostrará, también, enseguida". (fl. 65).

Por su parte, la violación por aplicación indebida de la circular de 28 de agosto de 1987 del Consejo Superior de la Administración de Justicia se hace consistir en que en los actos acusados, atendiendo lo estipulado en ella, en el sentido de que, en ningún caso, podía ser inscrita en la carrera judicial la persona desvinculada del servicio por cualquier causa, se le negó el derecho a escalafonarse en el cargo mencionado por haber sido declarado insubsistente su nombramiento, cuando el artículo 210 del Decreto 2400 de 1986, sólo prohibe inscribir a los empleados judiciales que hayan sido destituidos.

Dice el demandnte, que debió darse prelación al mandato legal frente a lo dispuesto en la circular, que por lo demás, interpretaba erróneamente la norma citada.

Asimismo, el accionante consideró que se infringió por falta de aplicación el artículo 135 del Decreto 52 de 1987, porque se desconocieron sus mandatos, conforme a los cuales quiénes hubieren adquirido el derecho a solicitar la inscripción en la carrera en la oportunidad y condiciones previstas en los Decretos 1190 y 2400 de 1986 y que posteriormente fueron designados provisionalmente, no perdían el derecho a ingresar a ella, puesto que la administración a pesar de que reconoció que el caso del peticionario

no encajaba en los presupuestos previstos en la norma, ya que el actor no había sido favorecido con un ascenso, lo inscribió como Secretario grado 10.

Además, el demandante señala que los actos acusados adolecen de falsa motivación, porque en la Resolución 397 de 1987, se expresa que se niega su inscripción en la carrera judicial con base en la existencia de un presunto memorando, emanado de la Dirección de Instrucción Criminal, distinguido con el Nro. 718 del 8 de septiembre de 1987, en el cual se informaba que, a partir de la fecha y por la resolución mencionada en él, se había declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Secretario 13 de Instrucción Criminal Seccional Boyacá y tal documento sólo obró en el respectivo expediente, cuando para resolver el recurso de reposición que interpuso contra la mencionada providencia, fue solicitado, de oficio, por el Magistrado Sustanciador.

Finalmente, el libelista señala que se violó la ley, por el ejercicio discrecional de facultades y competencia calificadas por el ordenamiento jurídico como regladas, porque el Magistrado sustanciador, a pesar de reconocer expresa y categóricamente el lleno de todos los anteriores requisitos, resolvió en el numeral segundo de la Res. 443, inscribir, sin fórmula de juicio, al señor JORGE ENRIQUE MOLANO MORENO, Secretario Grado 10, del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja, en ejercicio de una pretendida facultad discrecional que la ley jamás le otorgó.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria, conceptuó que debe ordenarse la inscripción del actor en la Carrera Judicial en el cargo de Secretario grado 13 de Instrucción Criminal Seccional Boyacá, porque no es posible dejar de escalafornarlo con base en lo dispuesto en la circular de 28 de agosto de 1987, sobre prohibición de inscribir en la susodicha carrera, la persona desvinculada del servicio por cualquier causa, toda vez que dicha circular:

> "... extralimita las previsiones sobre inhabilidad contenidas en el artículo 108 del Decreto 2400 de 1986 y reproducido luego en el art. 56 del Decreto Ley 052 de 1987 los que con respecto a personas desvinculadas de la rama jurisdiccional dicen:
>
> 'No podrán ser vinculados al servicio de la rama jurisdiccional, a ningún título: 'f) Los funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional del Ministerio Público o de las direcciones de instrucción criminal, que por falta disciplinaria, hayan sido destituidos o suspendidos por segunda vez o a quienes se haya impuesto por tres veces cualquier otro tipo de sanciones.
> g) Quienes por faltas graves hayan sido destituidos de cualquier otro empleo público". (fls. 169 y 170).

Y agrega:

"Bien se nota como a empleado solo declarado insubsistente, medida no interpretable como sanción a la luz de la normatividad legal contentiva de los Estatutos de la Carrera Judicial, no puede considerársele inhabilitado para ser inscrito en dicha carrera". (fl. 170).

Y más adelante advierte:

"... el demandante, tanto en el momento de solicitud de la inscripción (octubre 3 de 1986) como para la fecha de la negativa de la misma estaba vinculado al servicio de la rama jurisdiccional, así que carecen de respaldo las aseveraciones en contrario consignadas en los actos acusados...". (fl. 170).

Finalmente, la Fiscalía argumenta que "la inscripción, no solicitada, graciosamente autorizada por el Tribunal Superior de Tunja, para grado menor en el escalafón, no enmienda la violación de la ley aquí alegada y comprobada". (fl. 171).

Agotado el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La controversia planteada en el *sub-lite* gira en torno a la legalidad de las Resoluciones Nrs. 397 y 443 de 1987, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, mediante las cuales se rechazó la solicitud de inscripción en la Carrera Judicial en el cargo de Secretario grado 13 de la Dirección de Instrucción Criminal Seccional Boyacá, formulada por el actor el 3 de octubre de 1986 y se le inscribió como Secretario grado 10 del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja.

Para determinar la validez de los argumentos en que se basa la impugnación de dichos actos, se requiere precisar lo siguiente:

– En lo atinente a la normatividad aplicabble para resolver la solicitud de inscripción en la mencionada Carrera formulada por el actor, la Sala anota que debe definirse con sujeción a lo previsto en el Decreto 2400 de 1986, pues en el artículo 132 del decreto extraordinario 52 de 1987 se dispuso que:

Los funcionarios y empleados que a la fecha de expedición del presente Decreto presentaron oportunamente sus solicitudes de inscripción, podrán ingresar en la carrera judicial previo análisis de los documentos presentados para el efecto, de conformidad con los Decretos 1190 y 2400 de 1986".

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 108 del Decreto 2400 de 1986, no podían ser vinculados al servicio de la rama jurisdiccional, entre otros:

"f) Los funcionarios o empleados de la rama jurisdiccional, del Ministerio Público o de las direcciones de instrucción criminal, que por falta disciplinaria, hayan sido destituidos o suspendidos por segunda vez, o a quienes se haya impuesto por tres veces cualquier otro tipo de sanciones".

.....

"PARAGRAFO.– El término de las inhabilidades a que se refieren los literales e, f y g será de tres años, contados a partir de la ejecutoria de la providencia que disponga la destitución del funcionario o empleado o la exclusión o suspensión del ejercicio de la profesión de abogado o a partir de la expiración del término de suspensión, o de la ejecutoria de la providencia de la última sanción en el último evento del literal f) del presente artículo".

– Igualmente el Decreto en cita, establece:

"ARTICULO 210.– En ningún caso podrá ser inscrito en la carrera el empleado judicial que haya sido destituido, o suspendido por una vez por treinta o más días, o por dos veces que sumadas sean iguales o superiores a treinta días; o sancionado tres veces, cualquiera que sea la naturaleza de la sanción, salvo el caso contemplado en el artículo 103 del decreto 250 de 1970".

Para una correcta inteligencia del artículo últimamente transcrito, es necesario tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 108 IBIDEM, pues de otra manera se puede incurrir en el error, como le sucedió al demandante, de considerar que las personas que han prestado sus servicios a la Carrera Judicial que hayan sido desvinculadas de la misma, pueden inscribirse como funcionarios de carrera aun, estando desvinculados, salvo aquellos cuya separación obedezca a una destitución, interpretación que desfasa el verdadero sentido de ese mandato legal.

En criterio de la Sala el precepto contenido en el artículo 210 del Decreto 2400 de 1986, conforme al cual, en ningún caso, puede ser inscrito en la Carrera Judicial el empleado de la misma que haya sido destituido, encuentra su verdadero alcance y cabal significación, al armonizarlo con el Parágrafo del artículo 108 IBIDEM, que prevé la posibilidad para los ex-empleados de la rama así sancionados (destituidos), de reingresar a ella después de transcurrido el término de inhabilidad de tres años.

De modo, que la correcta interpretación del artículo en comento, nc puede ser otra que admitir que, dentro del régimen del comentado decreto 2400, en virtud de lo dispuesto por el legislador extraordinario, a los exempleados de la Rama Judicial que luego de ser destituidos y vencido el término de tres años de inhabilidad previsto en el parágrafo del artículo 108 fueron incorporados nuevamente a su servicio, se les privó del privilegio de pertenecer a la Carrera Judicial, según lo dispuesto por el artículo 210 atrás transcrito.

Aceptar que el artículo 210 tiene el alcance que el accionante le atribuye, es admitir el contrasentido que una persona ajena a la Rama, pueda ser inscrita válidamente en la Carrera Judicial sin ostentar el carácter de empleado de la misma.

De manera que, a juicio de la Corporación las instrucciones contenidas en la circular de 28 de agosto de 1987 del Consejo Superior de la Administración de Justicia, relacionadas con el escalafonamiento en la Carrera Judicial de los empleados judiciales (fl. 50-58), de acuerdo con las cuales no podían ser inscritas en ella las personas que después de solicitar su inscripción fueran desvinculadas del servicio por cualquier causa, no son desacertadas ni contrarían lo dispuesto en el artículo 210 del Decreto 2400 de 1986; pues es apenas obvio que para ser escalafonado en cualquiera de las carreras que el legislador ha estructurado en relación con el cargo que se desempeña cual es el caso de la Judicial, es requisito *sine qua non* hallarse vinculado laboralmente al respectivo organismo o entidad, en un empleo de carrera. Situación diferente se presenta en otras carreras como la docente o la diplomática y consular, en las que el status de escalafonado se predica en relación con la persona, con prescindencia del empleo que en un momento determinado ella esté desempeñando; pues en estos sistemas de carrera el empleado puede ejercer cualquier cargo o actividad inherente al servicio al cual se halle vinculado, sin que tal circunstancia afecte su pertenencia al escalafón correspondiente.

Además, como ya se dijo, la prohibición consignada en el artículo citado, se refería a las personas que luego de haber sido destituidas de un cargo de la Rama y de haber transcurrido el período de inhabilidad, sean nuevamente vinculadas a ella.

Para la Sala, tales instrucciones del Consejo Superior de la Administración de Justicia tuvieron su razón de ser en el momento en que se impartieron, pues fue una época de transición legislativa del Decreto 2400 de 1986 al 52 de 1987, que hacía prever que operaran cambios de los empleados de los despachos judiciales, por el vencimiento del período de los nominadores, y que las personas que habían elevado la correspondiente solicitud para ser escalafonadas en la carrera judicial, perdieran el privilegio de relati-

va estabilidad prevista en el artículo 212 del Decreto 2400 de 1986, en los siguientes términos:

> "ARTICULO 212.– Mientras el Ministerio de Justicia decide sobre la solicitud de inscripción en la carrera, el empleado judicial gozará de estabilidad en el cargo que desempeña sólo hasta el vencimiento del período judicial del nominador y no podrá ser removido en este tiempo sino por causas legales y mediante el procedimiento señalado en el presente decreto.
> Igualmente se hace extensivo este derecho en los casos en que el empleado no reúna los requisitos exigidos o no haya efectuado la solicitud de ingreso a la carrera dentro del tiempo señalado en este estatuto".

A juicio de la Corporación, las instrucciones comentadas, se encaminaban a evitar que se produjeran incorporaciones a la Carrera Judicial de personas que si bien habían solicitado oportunamente ser inscritas en ella, no podían serlo, bien porque habían perdido su calidad de servidores de la Rama Jurisdiccional, o porque estando aún al servicio de la administración de justicia, se encontraban dentro de cualquiera de los eventos previstos en el mencionado artículo 210.

En lo atinente a la impugnación de los actos administrativos con base en un eventual desconocimiento del derecho consagrado en el artículo 135 del Decreto 52 de 1987, la Sala concluye que el actor no se encontraba amparado por él. Porque si bien es cierto obra en el expediente que el señor MOLANO MORENO, solicitó oportunamente su inscripción en la Carrera Judicial de conformidad con los Decretos 1190 y 2400 de 1986, también lo es, que con posterioridad a la fecha en que comenzó a regir el decreto 52 de 1987 fue declarado insubsistente su nombramiento; y así haya sido nombrado provisionalmente como Secretario grado 10 del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja, tales circunstancias no lo ubican como destinatario del tratamiento especial y excepcional previsto en el referido artículo 135; pues esta norma consagra que no perderán el derecho a ingresar a la carrera "quienes hubieren adquirido el derecho a solicitar la inscripción en la carrera en la oportunidad y condiciones previstas en los decretos 1190 y 2400 de 1986 y que posteriormente *fueron* designados provisionalmente". (subraya la Sala). Vale decir que la norma es aplicable unicamente a quienes se desvincularon y fueron luego nombrados en provisionalidad, antes del 13 de enero de 1987, fecha de vigencia del decreto 52, condiciones que en momento alguno fueron cumplidas por el actor, ya que como se anotó, su declaración de insubsistencia y posterior nombramiento provisional se produjeron en el mes de agosto de 1987.

Por las razones expuestas, las súplicas de la demanda no están llamadas a prosperar, y así habrá de declararse.

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

FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda instaurada por JORGE ENRIQUE MOLANO MORENO, con el fin de obtener la nulidad de las Resoluciones Nros. 397 y 443 de 1987 expedidas por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, por las cuales se rechazó su solicitud de inscripción en la Carrera Judicial en el cargo de Secretario grado 13 de Instrucción Criminal, Seccional Boyacá, y se le escalafonó como Secretario grado 10 del Juzgado Primero Especializado del Distrito Judicial de Tunja.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE el expediente. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de noviembre 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.

POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites/**CONGRESISTA/VACACIONES**

El ejecutivo no podía reglamentar las vacaciones para los Congresistas, por cuanto la norma en que se fundamentó estaba dirigida al sector privado de la época en que estuvo vigente, y no al sector público.

DECLARASE LA NULIDAD del Decreto Reglamentario 1347 (8 de julio) de 1988, proferido por el Presidente de la República y mediante el cual se reglamentó el reconocimiento y pago de las vacaciones de los miembros del Congreso de la República.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintisiete (27) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3575. Actor: Ernesto Rey Cantor.– Decretos del Gobierno.

ERNESTO REY CANTOR, en ejercicio de la acción pública de nulidad, solicita se declare la nulidad del Decreto Reglamentario No. 1347 del día 8 de julio de 1988, por medio del cual reglamentó el reconocimiento y pago de las vacaciones para los miembros del Congreso de la República, acto expedido por el Presidente de la República.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que no existe disposición legal que haya creado para los miembros del Congreso esta prestación social, y por ello el Presidente de la República, carecía de facultad para reglamentar esta materia.

Expresa que los artículos 56 del Decreto Extraordinario 1222 de 1986 y 7o. de la Ley 48 de 1962, dispusieron que los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, gozarían de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales, *"consagradas para los servidores públicos"*, en la Ley 6 de 1945, y como dicha ley para estos servidores, no reguló las vacaciones, el Presidente de la República, carecía de facultad para reglamentar estas prestaciones sociales, por sustracción de materia.

Señala el actor, que la Ley 6a., de 1945 reguló relaciones laborales y prestaciones sociales, para los sectores de la población laboral, una privada, cuyas prestaciones las consagró en el Artículo 12 y en la cual sí contempló las vacaciones, en su literal e), y la otra oficial, cuyas prestaciones sociales las reguló en el Artículo 17 y en el cual no contempló las vacaciones, ni la prima vacacional y lo que ocurrió fue que sin causa alguna, el decreto acusado tomó como fuente reglamentaria, el Artículo 12 literal e), que no era la norma objeto de reenvío por parte del legislador.

Con base en la solicitud del actor, el acto acusado, fue suspendido provisionalmente, mediante providencia de 13 de octubre de 1988, por considerar que efectivamente, el Artículo 17 de la Ley 6a. de 1945, no regula la prestación social de vacaciones, para los empleados oficiales y las vacaciones que el Artículo 12 literal e) regula, están dirigidas para el sector privado.

Considera la providencia que tampoco el reglamento podía invocar el Decreto Ley 1045 de 1978, por cuanto él, no es aplicable a los miembros del Congreso.

En su parte pertinente, dijo esta providencia, lo siguiente:

"la simple lectura de las normas legales ya transcritas, pone de manifiesto que no consagran las vacaciones como prestación social de los servidores públicos ni de los miembros del Congreso Nacional. Menos puede inferirse del texto del artículo 1o. del Decreto 1222 de 1986, que en él se conceden las vacaciones para los miembros del Congreso de la República, como se afirma en el Decreto, pues dicha norma se remite, según se vió, a las prestaciones contenidas en la Ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen, vale decir, las que están contenidas en el artículo 17 de la citada ley y en su parágrafo y no las que establece el 12 de la misma, porque éstas únicamente pueden aplicarse a los trabajadores particulares que estén vinculados por contrato de trabajo con el respectivo patrono. Nótese que en esta disposición y solamente para dicha clase de servidores, sí se otorgan las vacaciones remuneradas, siendo del caso agregar que este derecho ha sido reiterado por el artículo 5o. de la Ley 64 de 1946, pero no le es aplicable a los empleados públicos, porque éstos no están vinculados para con

la administración por una relación contractual laboral, sino por una relación de derecho público. Y si bien es verdad que el artículo 17 de la Ley 6a., relaciona las prestaciones sociales de los empleados y obreros nacionales oficiales de carácter permanente, también lo es que entre esas prestaciones no se incluyeron las vacaciones".

La Nación, Ministerio de Gobierno, se opuso a las pretensiones de la demanda, por estimar principalmente que no siempre una sola ley prevé todas las situaciones y en ese orden, lo que el ejecutivo reglamentó fue el derecho que toda persona tiene para disfrutar de vacaciones, prestación consagrada genéricamente en el artículo 185 del C.S.T.

Expresa además que es viable que la reglamentación se sustente en el artículo 12 de la Ley 6a. de 1945, y por lo tanto el Decreto acusado, no violó ninguna disposición legal.

En el término de traslado para alegar, las partes no presentaron ningún alegato de conclusión.

La Fiscal Quinta del Consejo de Estado, solicita se acceda a las súplicas de la demanda, por considerar que el Ejecutivo excedió la potestad reglamentaria, por cuanto las vacaciones para los Congresistas, no están previstas en el artículo 17 de la ley 6a. de 1945 y el Presidente carecía de facultad reglamentaria en esa materia.

Sobre el alcance de las normas invocadas por el acto acusado, la Fiscalía dijo lo siguiente:

"Estas normas se están refiriendo a las taxativamente señaladas en el artículo 17 de la Ley 6 de 1945 por remisión a ésta, luego respecto de estas prestaciones entre las cuales no figura la estudiada en el caso *sub-judice,* podía el Gobierno dar aplicación al artículo 120,3 de la Constitución Nacional, pero como lo hizo en relación con la prestación social, no contemplada en las normas señaladas, excedió la facultad otorgada en la Carta que no le permite ampliar mediante reglamento lo ordenado en las mismas".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La atribución 9a. del artículo 76 de la Constitución Política de 1886, estableció como facultad exclusiva del Congreso de la República, la de fijar las prestaciones sociales de los servidores del Estado, hallándose vedado a cualquiera otra autoridad o Corporación la de ejercer esta atribución. El Presidente de la República, sólamente puede ejercer la facultad reglamentaria, con base en la existencia de las normas legales correspondientes, y con el propósito de dar "cumplida ejecución de las leyes", según los términos

empleados en el ordinal 3o. del artículo 120 de dicha codificación Constitucional.

2) Bajo la actual Constitución Política de 1991, al Congreso de la República, le corresponde dictar las normas generales y en ellas, señalar los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para "fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la fuerza pública", según los términos empleados en la atribución 19 literal e) del artículo 150 de la nueva Constitución.

Estas leyes marco, confieren hoy en día un campo de acción más amplio al poder ejecutivo, para expedir las normas que han de desarrollar tales disposiciones generales, y no a nivel de contenido de los tradicionales decretos reglamentarios de la ley, encargados de cumplir y hacer cumplir la ley, sino para que mediante decretos con capacidad decisoria, ponga en funcionamiento y desarrolle los principios y políticas, fijadas por el legislador.

Como quiera que el Decreto No. 1347 de 1988, acto acusado, no es una norma que desarrolle una ley marco, toda vez que el Congreso de la República para la época de la expedición de ese decreto, no tenía competencia para regular las prestaciones sociales mediante leyes cuadro, y bajo la nueva Constitución Política de 1991, aún no se ha regulado esta materia, la Sala examinará el decreto citado, bajo la facultad de que estaba investido el Presidente de la República en materia de potestad reglamentaria, bajo los preceptos constitucionales de 1886 y sus reformas.

3) El acto acusado consta de dos partes, una considerativa y otra reglamentaria. En la primera, el decreto invoca como norma objeto de la reglamentación, el literal e) del artículo 12 de la ley 6a. de 1945, con apoyo en lo expresado en los artículos 7 y 11 de la ley 48 de 1982 y 56 del Decreto Ley 1222 de 1986, según los cuales, "los miembros del Congreso y de las Asambleas Departamentales, gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen".

4) El artículo primero del Reglamento acusado, reconoce el derecho que tienen los miembros del Congreso, a disfrutar de vacaciones, con base en lo expuesto en el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986. Dice el acto acusado lo siguiente:

> Artículo 1o.– Que conforme lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1222 de 1986, los miembros del Congreso de la República *tendrán derecho* a quince (15) días continuos de vacaciones remuneradas, por cada año de servicio que presten, contados a partir de la fecha de su posesión". (se subraya).

El artículo 56 del Decreto Ley 1222 de 1986, expresa textualmente:

"Los miembros *del Congreso* y de las Asambleas Departamentales gozarán de las mismas prestaciones e indemnizaciones sociales consagradas para los servidores públicos en la Ley 6a. de 1945 y demás disposiciones que la adicionen o reformen.

Parágrafo 1o.– Los *Senadores, Representantes* y Diputados principales que, antes de la fecha en que deban posesionarse de sus cargos, adquieran una enfermedad o sufran una lesión que los incapacite de modo temporal o permanente para desempeñarlos, tendrán derecho a las mismas prestaciones consagradas (sic) para los miembros del Congreso y Diputados en ejercicio.

Parágrafo 2o.– Las prestaciones por muerte se causarán también cuando *el Senador, el Representante o* el Diputado principales fallecieren o hubieren fallecido después de la elección, pero antes de la fecha en que debieran haberse posesionado del cargo. (L. 5/69, art. 4o.)". (se subraya).

La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 1852 del 7 de diciembre de 1988, declaró inexequibles los términos "del Congreso", empleado en el inciso primero, "Senadores y Representates", descrito en el parágrafo primero, y "el Senador, el Representante o", expresado en el parágrafo segundo, por considerar que el Gobierno, excedió las facultades de que estaba investido mediante la Ley 3a. de 1986, pues ella lo facultó fue para codificar las disposiciones vigentes de la organización y el funcionamiento de la administración departamental y no del Congreso de la República. Dijo la Corte Suprema de Justicia:

"... el Presidente de la República excedió las facultades que le había conferido la ley 3a. de 1986 a los "senadores" y "representantes", al igual que en los parágrafos del artículo 56 y al aludir en éste último a los "miembros del Congreso", quienes no forman parte de la administración departamental, ya que la ley 3a. de 1986 lo facultó para "codificar las disposiciones... vigentes para la organización y el funcionamiento de la *administración departamental* (subraya la Corte).

Por ello habrá de accederse a la declaratoria de inexequibilidad de aquellas expresiones, impetrada tanto por el actor como por el señor Procurador General de la Nación".

Aunque el artículo primero del decreto acusado, pierde vigencia por cuanto la norma que dice reglamentar, dejó de existir frente a los miembros del Congreso, en virtud de la declaratoria de inconstitucionalidad, la Sala estima que debe examinarse su legalidad, en la época de su expedición, por

los efectos que haya podido producir durante el período en que tal reglamento estuvo vigente.

Efectivamente, como lo expresa el actor, la ley 6a. de 1945, reguló materia laboral, aplicable tanto al sector privado como al sector oficial. En efecto, la Sección Segunda de dicha Ley, reguló en el artículo 12, las prestaciones e indemnizaciones que estarían a cargo de los patronos para con sus empleados u obreros, entendiéndose que se refiere a las relaciones laborales del sector privado, pues el inciso primero de dicho artículo, expresa que ellas estarán a cargo del patrono, mientras se organiza el seguro social obligatorio", prescripciones estas diferentes a las empleadas cuando del artículo 17 reguló expresamente "las prestaciones oficiales" de que gozarán los empleados y obreros nacionales, creando para el efecto, la Caja Nacional de Previsión Social, a cuyo cargo estaría el reconocimiento y pago de tales prestaciones oficiales. Expresamente dicen estas disposiciones en su parte pertinente:

a) Inciso primero del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945:
"Mientras se organiza el seguro social obligatorio, corresponderán al patrono las siguientes indemnizaciones o *prestaciones* para con sus trabajadores, ya sean empleados u obreros: (se subraya).
(...)
b) Inciso primero del Artículo 17 de la Ley 6a. de 1945:
"Los empleados y obreros *nacionales* de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones: (se subraya).
(...)
c) Artículo 18 de la Ley 6a. de 1945:
"El Gobierno procederá a organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, *a cuyo cargo estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior.* La organización de esta Entidad no se hará por el Gobierno antes del 1o. de julio de 1945". (se subraya).

El artículo 17 de la ley 6a. de 1945, no incluyó las vacaciones, por cuanto ellas estaban contenidas en la Ley 72 de 1931, y el legislador no estimó oportuno reproducir dicho texto normativo.

Por consiguiente, el ejecutivo no podía reglamentar las vacaciones para los Congresistas, con base en el literal e) del artículo 12 de la Ley 6a. de 1945, por cuanto este artículo estaba dirigido al sector privado de la época en que estuvo vigente, y no al sector público.

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

FALLA:

PRIMERO.– DECLARASE LA NULIDAD DEL DECRETO REGLAMENTARIO No. 1347 DEL DIA 8 DE JULIO DE 1988, PROFERIDO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y MEDIANTE EL CUAL SE REGLAMENTO EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LAS VACACIONES DE LOS MIEMBROS DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA.

SEGUNDO: En firme la presente providencia, archívese el expediente.

TERCERO: Líbrense las comunicaciones correspondientes.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de noviembre 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.

ASIGNACION DE RETIRO– Compatibilidad/**SENTENCIA CONDENATORIA**

Es compatible el retiro como resultado de una sentencia condenatoria, y el reconocimiento de la asignación de retiro. El Ministerio de Defensa concluyó que los oficiales y suboficiales, a partir del día 17 de diciembre de 1968, fecha de la vigencia del Decreto 3071, retirados del servicio, por causa disciplinaria, no perdían el derecho a percibir la asignación de retiro.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., noviembre veintinueve (29) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 1012. Actor: José Cabrera Escorcia.– Resoluciones Ministeriales.

El Suboficial Segundo (R), JOSE CABRERA ESCORCIA, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 67 del anterior C.C.A., solicita se declare la nulidad de las Resoluciones 555 de 29 de julio de 1981 expedida por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares y la número 3459 del 23 de noviembre de 1981, aprobatoria de la anterior y proferida por el Ministerio de Defensa Nacional, mediante las cuales se dispuso que la asignación de retiro a que tiene derecho, se debe empezar a contar a partir del 27 de noviembre de 1976, cuando a su juicio, la fecha debe ser la del primero de mayo de 1963.

Como hechos en que fundamenta su petición, expresa que fue separado de la Armada Nacional, a partir del 1o. de mayo de 1963 por petición de un Tribunal Disciplinario, y ante su solicitud para que se conformara su hoja

de servicios, y se le otorgara la asignación de retiro, tal derecho le fue negado. Ante esta negativa, acudió en demanda al Tribunal Contencioso Administrativo, quien mediante sentencia, de 25 de marzo de 1977 ordenó la confección de la hoja de servicios, decisión que fue confirmada por el Consejo de Estado.

Como disposiciones violadas, cita los siguientes artículos: 17, 26 y 169 de la C.N. (1886), 15 del Decreto 1305 de 1975, 103 del Decreto 3071 de 1968, 44 a 47 de la ley 153 de 1887, 12 de la ley 16 de 1969, 101 del Decreto 501 de 1955 y 2539 del C.C.

Al proceso reconstruido de conformidad con el Decreto 3825 de 1985, no se anexó copia de oposición a la demanda.

En el alegato de conclusión, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se opone a la prosperidad de la misma por considerar que cuando el demandante fue separado del servicio, por sentencia del Tribunal Disciplinario, no tenía derecho a asignación de retiro, porque así lo disponía el artículo 107 del Decreto 501 de 1955 y al subrogarse esta norma, por el artículo 125 del Decreto 3071 de 1968, la esencia de la disposición se mantuvo. Señala, que a su vez, al ser sustituida ésta última disposición, por el artículo 130 del Decreto 2337 de 1971, desapareció definitivamente la pena accesoria de pérdida de la asignación de retiro, por separación definitiva del servicio, a causa de sentencia penal o de fallo disciplinario, y el demandante tenía apenas una expectativa.

Agrega el apoderado de la Caja de Sueldos de Retiro, que la sentencia del Tribunal ordenó la formación de la hoja de servicios, pero en cuanto a la solicitud para el otorgamiento de la asignación de retiro, se declaró inhibido para fallar, y por lo tanto, la demanda instaurada en esa oportunidad, no tuvo la eficacia de interrumpir la prescripción de esta prestación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 91 del C. de P.C.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado en su concepto de fondo, opina que los actos acusados deben ser anulados parcialmente. En uno de sus apartes, la Fiscalía expresa:

> "... la Fiscalía considera que el derecho a la asignación de retiro nació el 1o. de mayo de 1965, (sic) fecha de retiro del servicio. Y nació ese derecho a pesar de que la Administración lo negó con base en interpretación de la normatividad legal que esta jurisdicción ha encontrado equivocada: concretamente, en el fallo que se dice inhibitorio (folio 22, cuad. No. 2), y que en realidad no lo es en cuanto al derecho que se alegó tener al sueldo de retiro así éste se hubiera operado por sentencia de Tribunal Disciplinario que ordenó la separación absoluta del servicio". (fl. 72).

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La Caja de Sueldos de Retiro, con base en que el actor fue retirado por solicitud de un Tribunal Disciplinario, no había ordenado la formación de la hoja de servicios, ni resuelto si concedía la asignación de retiro, en atención a que el artículo 107 del Decreto 501 de 1955, estatuto vigente en esa época, expresamente señalaba que el suboficial así retirado, no podía gozar de esta prestación. Textualmente disponía esta norma:

"Artículo 107:

El personal de Suboficiales y Marineros de las Fuerzas Militares que sean separados del servicio en forma absoluta a petición de un *Tribunal Disciplinario* o de un Tribunal de Honor, *no podrá gozar de asignación de retiro,* solamente tendrá derecho a que se le reconozca una suma igual a un mes de sueldo correspondiente a su grado, por cada año de servicio o fracción mayor de seis (6) meses, y si fuere el caso, a la indemnización por invalidez adquirida en el servicio". (se subraya).

Como el actor fue retirado el primero de mayo de 1963 y la anterior disposición se encontraba vigente, la Caja de Sueldos de Retiro obró conforme a derecho, al abstenerse de reconocer al demandante, la asignación de retiro.

2) El artículo 107 del Decreto 501 de 1955 fue modificado mediante el artículo 125 del Decreto 3071 de 1968. Efectuado el estudio correspondiente por parte del Ministerio de Defensa, luego de varios pronunciamientos judiciales, concluyó que los oficiales y suboficiales, a partir del día 17 de diciembre de 1968, fecha de la vigencia del Decreto 3071, retirados del servicio, por causa disciplinaria, no perdían el derecho a percibir la asignación de retiro.

Las normas que condujeron a la toma de esta decisión, anterior a la demanda del actor en el año de 1972, son las siguientes:

a) "Decreto 3071 de 1968 Artículo 125:

De las prestaciones por separación. El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares que sea separado del servicio en forma absoluta, por *sentencia condenatoria definitiva,* no podrá gozar de los tres (3) meses de alta para la formación de su hoja de servicios, ni de asignación de retiro; solamente tendrá derecho al reconocimiento de la cesantía por su tiempo de servicio prestado al ramo de Defensa y si fuere el caso, a la indemnización por incapacidad adquirida en el servicio".

Como puede observarse, esta disposición no incluyó la pérdida de la asignación de retiro para quien fuere retirado a petición de un Tribunal de Honor o un Tribunal Disciplinario.

b) "Decreto 2337 de 1971 Artículo 130:

De las prestaciones por separación. El Oficial o Suboficial de las Fuerzas Militares, que a partir de la vigencia del presente Decreto, sea separado del servicio en forma absoluta, como resultado de sentencia condenatoria, tendrá derecho a asignación de retiro o pensión, de acuerdo con las condiciones previstas en este estatuto y demás prestaciones sociales a que haya lugar por razón de su servicio, pero no tendrá derecho a ser dado de alta por tres (3) meses para la formación del respectivo expediente de prestaciones".

Esta disposición expresamente señala que es compatible el retiro como resultado de una sentencia condenatoria, y el reconocimiento de la asignación de retiro.

El actor expresa que con mayor razón, si el retiro se produce por causa disciplinaria, la asignación de retiro no puede perderse, aunque no se haya así señalado en esta disposición.

3) La fijación de la asignación de retiro, para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas, está precedida de la formación de la hoja de servicios, requisito que no se produjo en el caso del actor, lo cual motivó que acudiera en demanda y que tanto el Tribunal Administrativo como el Consejo de Estado así lo dispusieran.

Dijo al respecto, la sentencia confirmatoria del Consejo de Estado de fecha 21 de julio de 1980:

"Pero considera la Sala que es del caso unificar dicha jurisprudencia, en lo que respecta a la formación a la hoja de servicios militares, acogiendo para ello lo resuelto en la sentencia de 10 de marzo de 1979 en el juicio 2807, con ponencia del doctor Alvaro Orejuela Gómez, según la cual "la hoja de servicios militares no es más que un presupuesto necesario para que la Caja de Retiro de las FF.MM. se pronuncie sobre la asignación de retiro. Pero, no puede el Ministerio enervar el derecho que tiene el militar de solicitar que se estudie su caso a fin de establecer si le asiste derecho o no a la asignación de retiro.

Con la sola formación de la hoja de servicios no está obteniendo el militar dicha prestación, ni este hecho obliga en forma alguna a la Entidad facultada para tal reconocimiento. Es un nuevo acto intermedio que sirve de fundamento para el estudio de la situación jurídica del peticiona-

rio. Esta es la correcta interpretación de los artículos 2o. del Decreto 239 de 1952 y 2o. del Decreto 429 del mismo año, en concordancia con el artículo 3o. del Decreto Reglamentario 992 de 1967". (fl. , 35 cuad. No. 2).

4) Sobre la época en que desapareció la pérdida de la asignación de retiro como pena accesoria, el Ministerio de Defensa en la Resolución 555 de 1981, acto acusado parcialmente dijo:

"Que el Ministerio de Defensa Nacional ante la situación planteada por numerosas solicitudes sobre aplicación de la favorabilidad de la ley por vigencia del Decreto 3071 de 1968 y ley 16 de 1969 así como doctrina de los Honorables Tribunales de lo Contencioso Administrativo, previo estudio de las situaciones a la luz de la ley emitió una doctrina reflejada en los análisis y parte conclusiva del Concepto Nro. 003-MDJPS-177 de fecha 19 de febrero de 1981 y que en lo concordante con el presente caso por tratarse de un Suboficial retirado en forma absoluta de las Fuerzas Militares en virtud de fallo condenatorio de carácter disciplinario en el numeral 3 de la parte conclusiva del citado concepto dijo:... *"Para los separados en forma absoluta por decisión del Tribunal Disciplinario se puede predicar que tal penalidad accesoria quedó abolida con la vigencia del Decreto 3071 de 1968.* La Caja de Retiro siempre que medie solicitud dictará la Resolución correspondiente reconociendo la asignación de retiro si hay lugar a ello teniendo en cuenta de aplicar la prescripción de 4 años contados hacía (sic) atrás de la última solicitud presentada y que se halle sin resolver cuidando que no vaya más atrás de la vigencia del Decreto 3071/68". ... (fl. 4) (se subraya).

La Sala observa que en el acto debatido, se aceptan dos aspectos importantes a saber: a) que a partir de la vigencia del decreto 3071 de 1968, es decir, a partir del 17 de diciembre de ese año, el retiro del servicio, por causa disciplinaria, no genera la pérdida de la asignación de rétiro, tema que no es objeto de impugnación por parte del actor y b) que el actor aún cuando haya sido retirado en vigencia de una norma que imponía como sanción la pérdida de la asignación de retiro, le asiste el derecho a que se le conceda esta prestación social.

Examinado el Decreto Ley 3071 de 1968, dispuso la extinción de la pena disciplinaria de pérdida de la asignación de retiro, pero no dispuso que tendría efectos retroactivos y en sentido contrario su artículo 167, prescribió que dicho estatuto regiría a partir de la fecha de su expedición, que lo fue el 17 de diciembre de 1968.

Textualmente dijo este precepto: Artículo 167: El presente Decreto *rige a partir de la fecha de su expedición* y deroga... los decretos... 501 de 1955...". (se subraya).

5) La posibilidad de que sea favorecido con el otorgamiento de la asignación de retiro a partir de 1968, emana, además de las normas citadas (D. 3071 de 1968 y L. 16 de 1969) de los propios actos acusados, con base en la interpretación efectuada a la ley por parte de la oficina jurídica del Ministerio de Defensa, toda vez que el concepto MDNPS No. 003 de 1981, así lo expresa, y el cual es acogido en las Resoluciones 565 y 3459 de 1981.

6) La solicitud del actor, dirigida al Ministerio de Defensa Nacional –Caja de Sueldos de Retiro –, del día 27 de noviembre de 1980, una vez quedó ejecutoriada la sentencia del Tribunal Administrativo, no es la que debe tenerse en cuenta para el reconocimiento fiscal de la asignación, sino la que presentó el 17 de mayo de 1972, reclamando la asignación de retiro, y cuya falta de solución en el Ministerio de Defensa, originó la controversia judicial que culminó con la orden de elaboración de la hoja de servicios y la consiguiente asignación de retiro. (Fls. 5 y 8 Cuad. No. 2).

7) En el año de 1972 se encontraba vigente el Decreto 2337 de 1971, el cual en su artículo 127 regulaba un término de prescripción de cuatro años, y por lo tanto, como el acto administrativo que reconoce la asignación de retiro al actor, acepta que quienes la perdieron con anterioridad al año de 1968, tienen derecho a su reconocimiento, pero sólo a partir de este año, cuando entró en vigencia el Decreto 3071, que lo fue a partir del 17 de diciembre de 1968, la Sala estima que bajo esta concepción, contando 4 años hacia atrás, el actor tiene derecho a que la asignación de retiro le sea otorgada desde el 17 de diciembre de 1968 y no desde el 27 de noviembre de 1976, de acuerdo a lo antes expuesto.

8) Esta misma Sala, en reciente proveído de 10 de septiembre del año que corre, en el expediente No. 380-8341, con ponencia de la doctora CLARA FORERO DE CASTRO, llegó a similares conclusiones en cuanto a los temas que ahora se tratan, es decir:

a) Que, efectivamente, las normas a las cuales aquí se ha hecho referencia, al sustraerle a la privación de la asignación de retiro el carácter de pena accesoria, a la separación absoluta del servicio por causas disciplinarias, debe acarrear como efecto su reconocimiento.

b) Que, ese reconocimiento, procede tan sólo con posterioridad a la vigencia del decreto 3071 de 1968, que fue la disposición que le sustrajo a la separación disciplinaria, la consecuencia antes citada.

9) En virtud de que el actor solicita el pago de intereses por mora, una vez se decida la demanda, la Sala estima que la Nación deberá dar cumplimiento a lo prescrito en el artículo 177 del C.C.A.

Como lo expresó la Sala, en el mismo fallo ya citado "en cuanto al reconocimiento de reajuste monetario e intereses comerciales o legales, estima la Sala que no es viable, pues las normas legales vigentes sólo conceden derecho 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 mérito de lo antes expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto Fiscal,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DE LAS RESOLUCIONES 555 DE 1981 EXPEDIDA POR LA CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES Y LA No. 3459 DE 1981 DEL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, EN CUANTO ORDENAN QUE LA ASIGNACION DE RETIRO DEL SUBOFICIAL SEGUNDO (S) DE LA ARMADA NACIONAL, JOSE CABRERA ESCORCIA, SE PAGARA A PARTIR DEL DIA 27 DE NOVIEMBRE DE 1976.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración y a manera de restablecimiento del derecho, la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, reconocerá y pagará la asignación de retiro a que tiene derecho el Suboficial Segundo de la Armada Nacional, JOSE CABRERA ESCORCIA, entre el 17 de diciembre de 1968 y el 26 de noviembre de 1976, de acuerdo con el porcentaje señalado en las citadas resoluciones y con base en los factores que corresponda en todo tiempo a un Suboficial de su grado reconocido en los mismos actos administrativos.

TERCERO: La Caja de Sueldos de Retiro, continuará pagando la asignación de retiro, en la forma como lo ha venido haciendo, según las resoluciones acusadas y sin perjuicio de lo resuelto en el numeral primero de esta sentencia.

CUARTO: La Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares, dará cumplimiento a la sentencia en el término señalado en el artículo 177 del C.C.A. y en caso de falta de pago oportuno, reconocerá al actor, intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria, y moratorios después de éste término.

QUINTO: Deniéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veinte (20) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Alberto Hernández Mora, Conjuez; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

EMPLEADOS DEL CONGRESO– Estabilidad/**DERECHOS ADQUIRIDOS**

El derecho adquirido puede invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el empleado ha consolidado durante su relación laboral, pero no sobre expectativas que dependen del mandamiento de la vinculación, pues sobre el vínculo no se adquiere derecho. A pesar de que el accionante fue nombrado bajo el imperio de la Ley 52 de 1978 que disponía para todos los empleados del Congreso una relativa estabilidad durante el período constitucional de la Cámara en que hubieran sido nombrados, al expedirse la Ley 28 de 1983, su cargo pasó a ser de libre nombramiento y remoción y su retiro discrecional por parte del nominador.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre cuatro (4) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 5697. Actor: Camilo Antonio Gacharná Pedraza.– Autoridades Nacionales.

En grado de consulta de la sentencia calendada el veintitrés (23) de noviembre de mil novecientos noventa (1990), proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", conoce la Sala del presente asunto, referente a la acción de restablecimiento del derecho (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho), incoada por Camilo Antonio Gacharná Pedraza, a través de apoderado judicial, contra la Nación - Senado de la República.

En el libelo introductorio que dio origen al proceso se impetra:

"PRIMERO: Solicito se declare la nulidad de la Resolución No. 169 del 25 de julio de 1985, dictada por la Comisión de la Mesa del Senado de la República.

"SEGUNDO: Pido, como consecuencia de lo anterior, se restablezca el derecho del demandante señor Camilo Antonio Gacharná Pedraza, en el sentido de que se condene a la Nación –Senado de la República– a lo siguiente:

"1o.) A reintegrar al señor Camilo Antonio Gacharná Pedraza, al cargo que tenía al ser separado del servicio o a otro de igual o superior categoría.

"2o.) A declarar que en virtud que no hay solución de continuidad entre la fecha del retiro del servicio y la de reintegro, deberá la Nación – Senado de la República pagarle al actor los sueldos, primas, prestaciones sociales y demás acreencias laborales dejadas de percibir entre las dos fechas mencionadas.

"3o.) Para todos los efectos anteriores, se deberán tener en cuenta los aumentos que durante ese lapso tuviere o llegare a tener la signación del cargo desempeñado por el demandante señor Camilo Antonio Gacharná Pedraza".

Reseña la demanda como cuestión fáctica, la siguiente:

"1o.) El señor Camilo Antonio Gacharná Pedraza, fue designado Secretario Privado en la Primera Vicepresidencia del Senado, con una asignación mensual de $36.650.oo, según da cuenta la Resolución No. 121 del 15 de octubre de 1982, dictada por el Director Administrativo del Senado de la República.

"2o.) El demandante prestó sus servicios en el cargo, desde el 29 de octubre de 1982 hasta el 25 de julio de 1985, en forma ininterrumpida.

"3o.) Mediante Resolución No. 169 del 25 de julio de 1985, dictada por la comisión de la Mesa del Senado de la República, se declaró insubsistente el nombramiento del cargo que desempeña el actor, o sea el de Secretario Privado de la Primera Vicepresidencia del Senado de la República.

"4o.) El mismo día, mediante oficio No. 394 se le comunicó al demandante que había sido insubsistente del cargo que venía desempeñando, a

partir de esa fecha, o sea el 25 de julio de 1985. Esta comunicación fue firmada por el Jefe de Personal, señor César Augusto Martínez Gómez.

"5o.) En el momento de la desvinculación del demandante, éste devengaba un salario básico mensual de $58.905.oo, más un 20% de Prima Técnica y un 10% de Prima de Antigüedad sobre el salario básico mensual.

"6o.) La declaratoria de insubsistencia del actor, no tuvo como finalidad la buena marcha de la Administración, sino se debió a un manifiesto abuso de poder por parte de la Comisión de la Mesa, más cuando el demandante tenía una estabilidad garantizada en normas legales anteriores".

Como norma quebrantada por el acto impugnado se relacionaron las siguientes: Ley 52 de 1978 y ley 28 de 1983. Y en el desarrollo del concepto de violación se arguye que, por la primera de las normas, se determinó la planta de personal del Congreso Nacional, que en su artículo 1o. dijo que la primera vicepresidencia del Senado tendría un secretario privado, y en su artículo 3o., estableció que los empleados del Congreso permanecían en sus cargos durante el período constitucional de la respectiva Cámara que produjere el nombramiento, pero que los empleados podrían ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o mala conducta comprobada; además la ley fijó sus asignaciones y prestaciones sociales. Y por la segunda de las leyes, en su artículo 3o. se hizo una clasificación de los empleados del Congreso por el origen de su nombramiento en dos categorías: Los nombrados por elección y los nombrados por resolución de las Comisiones de las Mesas, lo que hacían para estos últimos, antes de la vigencia de la norma, los Directores Administrativos. Que en el mencionado artículo también se estableció que son de libre nombramiento y remoción de las respectivas Comisiones de las Mesas, entre otros, el secretario privado de las vicepresidencias primera y segunda. Y fue así, y con base en tal disposición, que se declaró insubsistente el nombramiento del actor como secretario privado de la primera vicepresidencia del Senado por el acto impugnado. Pero como su nombramiento se produjo bajo la vigencia de la ley 52 de 1978, quiere ello decir, que tenía derecho a permanecer en el cargo durante el período constitucional del Congreso, comprendido entre el 20 de julio de 1982 y el 20 de julio de 1986. Así, se sostiene en la demanda, que la Comisión de la Mesa respectiva, al producir el acto de insubsistencia del actor no tuvo como finalidad el buen servicio público, sino que incurrió en una violación de la ley sustancial que amparaba al actor, dándose por lo tanto el fenómeno de abuso de poder, que vicia de nulidad el acto impugnado.

Para acceder a las súplicas de la demanda, la sentencia consultada, en síntesis, se fundamenta en que la controversia planteada se basa en la relativa inamobilidad que el actor tenía en el cargo durante el período cons-

titucional para el cual fue designado, por encima de lo estipulado en la ley 28 de 1983, derivada de la protección de los llamados "derechos adquiridos", ligados a la aplicación de la ley en el tiempo, o sea, la retroactividad o irretroatividad de la misma, de las cuales se han ocupado la doctrina, la jurisprudencia y la ley, que no pueden ser desconocidos por normas posteriores, sin que se le dé a éstas efectos retroactivos, como ocurre en el campo del derecho penal con las leyes permisibles o favorables al procesado. Luego trae a colación el Tribunal, cómo en un principio el Consejo de Estado se mostró renuente a la institución de los derechos adquiridos en la órbita del derecho administrativo, pero que posteriormente cambió radicalmente de criterio. Y al efecto invoca el Tribunal una sentencia de octubre de 1968, de la Sección Cuarta, de la cual fue ponente el consejero doctor Miguel Lleras Pizarro, y un concepto de la Sala de Consulta, calendado el 27 de julio de 1986, del cual fue ponente el consejero doctor Samuel Arango Reyes, cuyos apartes pertinentes de una y otro transcribe, para luego traer a cuento una sentencia de 13 de agosto de 1982, de la cual fue ponente el consejero doctor Joaquín Vanín Tello, en la que se estudia muy bien la materia, cuyos apartes pertinentes, igualmente transcribe, y que se remite en parte a otra sentencia de la misma Sala de 11 de marzo de 1972, proferida en un caso similar.

El Fiscal Cuarto de la Corporación al rendir su concepto de fondo concluye que la sentencia consultada amerita confirmación, puesto que procede la anulación del acto acusado, identificándose en ello con los fundamentos del Tribunal esbozados en la sentencia, que transcribe en parte, y como consecuencia, el pago de los sueldos, primas, bonificaciones y demás emolumentos al actor, dejados de devengar entre el 25 de julio de 1985 y el 29 de julio de 1986, sin disponer su reintegro al cargo que venía desempeñando por haber vencido el período constitucional para el que había sido nombrado, pero con la declaración de que no hubo solución de continuidad en dicho lapso, como bien lo hizo el Tribunal.

En el alegato de conclusión del apoderado del actor se hace hincapié en la violación de los derechos adquiridos con el acto administrativo contenido en la resolución No. 121 de octubre 15 de 1982, impugnada en la demanda, que declaró insubsistente el nombramiento del acto como secretario privado de la primera vicepresidencia del Senado de la República, quien tenía derecho a permanecer al frente del cargo por el período constitucional para el que había sido nombrado y con base en la ley 52 de 1978. Acto Administrativo que dice, no se inspiró en el criterio del buen servicio público e incurriéndose así en un abuso de poder, mereciendo, por lo tanto, el demandante ser restablecido en el derecho conculcado (fls. 125 a 127).

Como no se observa vicio alguno que invalide la actuación, se procede a desatar el grado de jurisdicción de consulta previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

1.- En autos está demostrado que el demandante, Camilo Antonio Gacharná Pedraza, fue nombrado secretario privado de la primera vicepresidencia del Senado de la República mediante la resolución No. 121 del 15 de octubre de 1982, proferida por el Director Administrativo correspondiente, habiendo tomado posesión el día 29 siguiente. Ese nombramiento se produjo con base en la ley 52 de 1978, por la cual se determinó la *planta de personal* del Congreso y las facultades que le otorgaba el artículo 14 a los directores administrativos de hacer tal nombramiento entre los candidatos postulados por la Mesa Directiva del Senado.

El artículo 3o. del mismo estatuto, disponía que los empleados del Congreso permanecerían en sus cargos durante el período constitucional de la Cámara en que hubieran sido nombrados, pero podían ser removidos en cualquier tiempo por justa causa o por mala conducta comprobada.

2.- Hallándose Camilo Antonio Gacharná Pedraza en el ejercicio del cargo, se profirió la ley 28 de 24 de octubre de 1983, que dispuso en su artículo 3o. que los empleados de la rama legislativa del poder público, por el origen de su nombramiento, se clasificaban en empleados por elección y empleados por resolución de las mesas directivas, y que éstos últimos tendrían un período igual al de los Congresistas, a excepción de los empleados que de acuerdo con la planta de personal estarían vinculados directamente a las presidencias y vicepresidencias de las corporaciones legislativas, que serían de libre nombramiento y remoción de tales mesas, quedando así comprendido entre éstos el empleo que desempeñaba Camilo Antonio Gacharná Pedraza, ahora demandante.

Fue así como la Comisión de la Mesa del Senado de la República profirió la resolución No. 169 de 25 de julio de 1985, impugnada en el libelo, y declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Secretario Privado de la Primera Vicepresidencia de la Corporación.

3.- Así las cosas, se encamina la controversia a establecer si el demandante tenía derecho a ejercer el cargo hasta el final del período constitucional de la Corporación, el 20 de julio de 1986, o si por virtud de la ley 28 de 1983 podía ser removido en forma discrecional.

El Tribunal definió el litigio a la luz del artículo 30 de la Constitución Nacional de 1886 y concluyó que habiendo sido designado el demandante bajo la vigencia de la ley 52 de 1978, adquirió el derecho a permanecer en el empleo hasta la finalización del período, configurándose así una situación subjetiva de carácter particular, que ciertamente, no podía ser vulnerada por la ley 28 de 1983.

La Sala considera que no hay lugar en el presente caso a aplicar la teoría de los derechos adquiridos que, según la doctrina, son aquellos que han ingresado el patrimonio del titular del derecho, porque no puede predicarse que la relación legal y reglamentaria que vincula al funcionario con la administración haga parte de su patrimonio. Derecho adquirido puede invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el empleado ha consolidado durante su relación laboral, pero no sobra espectativas que dependen del mantenimiento de la vinculación, pues sobre el vínculo no se adquiere derecho.

El nombramiento es un acto condición que tiene por objeto colocar a una persona en una situación jurídica general, preexistente, de naturaleza estatutaria, o sea de carácter objetivo y general, de creación unilateral de la administración y modificable en cualquier momento, según las necesidades del servicio.

Por otra parte, la creación o supresión de cargos, el señalamiento o supresión de períodos y demás condiciones referentes a la organización y funcionamiento del poder público, no pueden estar limitados por las situaciones personales de quienes en un determinado momento lo ejercen, pues se trata de normas de derecho público que atienden al interés supremo de la colectividad. El nombramiento faculta al empleado para ejercer la función pública, pero no le otorga derecho subjetivo a permanecer en el cargo; el cargo de ninguna forma le pertenece; su ejercicio y relativa estabilidad sólo se los otorga el ordenamiento jurídico vigente y únicamente en la medida en que éste lo determine.

De manera que la garantía de inamovilidad del empleado supone la existencia de la norma legal que la disponga y extinguida ésta por *virtud de ley posterior,* se extingue para el funcionario la garantía sin que pueda alegarse derecho adquirido alguno conforme al artículo 30 de la Constitución Nacional (hoy art. 58), pues prima el principio contenido en la misma norma, de que el interés particular o personal debe ceder al interés público o social.

En este orden de ideas, concluye la Sala que a pesar de que el accionante fue nombrado bajo el imperio de la ley 52 de 1978 que disponía para todos los empleados del Congreso una relativa estabilidad durante el período constitucional de la Cámara en que hubieran sido nombrados, al expedirse la ley 28 de 1983, su cargo pasó a ser de libre nombramiento y remoción y su retiro discrecional por parte del nominador, según lo prescribió el artículo 3o. de la citada ley.

El acto enjuiciado, dictado en ejercicio de esa discrecionalidad se ajusta entonces a la ley y no hay lugar a declarar su nulidad.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia consultada de 23 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C".

En su lugar, DENIEGANSE la súplica de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el Expediente al Tribunal de origen.

La anterior sentencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día doce (12) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Salva Voto; *Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/ULTRACTIVIDAD DE LA LEY/ LEY EN EL TIEMPO/DERECHOS ADQUIRIDOS *(Salvamento de Voto)*

Por regla general, la ley rige para el futuro es decir, que no tiene efectos retroactivos, excepcionalmente los tiene como en el caso del derecho penal, cuando la ley posterior es favorable o permisible para el procesado. Y cuando se pretende darle tales efectos a una ley nueva de otra categoría, es posible que se lesionen situaciones fácticas configuradas al amparo de la ley anterior y que la nueva no puede desconocer sin violar o quebrantar situaciones jurídicas subjetivas. De allí que juegue un papel trascendental, en opinión del suscrito no tanto la irretroactividad de la nueva ley como la supervivencia en el tiempo de la ley anterior o ultractividad que llaman los doctrinantes, que a pesar de su derogatoria expresa o tácita por la ley posterior, sigue, sin embargo, produciendo efectos en derecho.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO ALVARO LECOMPTE LUNA EN EL FALLO DE CUATRO (4) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991), RECAIDO EN EL EXPEDIENTE No. 5697 (Actor: Camilo Antonio Gacharná Pedraza).

Ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Fue el suscrito ponente del original proyecto de sentencia que fue negado por la ilustrada mayoría de la Sala. Con todo respeto, por consiguiente, a continuación expone su criterio acerca del caso mencionado, así:

1.– Como se dice en la parte considerativa inicial, demostrado está que el actor fue nombrado secretario privado de la primera vicepresidencia del

Senado de la República mediante resolución proferida por el director administrativo de ese cuerpo colegiado, en 1982, con base en la ley 52 de 1978 que determinó la planta de personal del Congreso y las facultades que le otorgaba el art. 14 a los directores administrativos de hacer el nombramiento entre los candidatos postulados por la Mesa Directiva del Senado o de la Cámara de Representantes. De conformidad con el art. 2o. del mismo estatuto, el señor Gacharná Pedraza tenía vocación de desempeñar el cargo por el resto del período constitucional de la corporación; ese período se había iniciado el 20 de julio de 1982 y terminó el 20 de julio de 1986. Además, según el mismo canon, sólo podía ser removido unilateralmente desde el ángulo de la administración, por justa causa o mala conducta comprobadas.

2.– Hallándose, pues, el actor en el ejercicio del cargo, se expidió la ley 28 de 1983 –24 de octubre– que dispuso en su art. 3o. que los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público, por el origen de su nombramiento, se clasificaban en empleados por elección y empleados por resolución de las mesas directivas respectivas, y que éstos últimos tendrían un período igual al de los congresistas, a excepción de aquéllos que, de acuerdo con la planta de personal, estarían vinculados directamente a las presidencia y vicepresidencias, quienes serían de libre nombramiento y remoción, mediante resolución dictada por tales mesas directivas. De esta suerte, el señor Gacharná Pedraza –aquí demandante–, siendo secretario privado de la primera vicepresidencia del Senado, quedó comprendido en ésta última situación y fue así como la Comisión de la Mesa de esa Corporación, por resolución No. 169 de 25 de julio de 1985 –impugnada en el libelo–, declaró insubsistente su nombramiento.

3.– Así las cosas, la controversia en este asunto se circunscribió a establecer si el demandante tenía o no un derecho adquirido con justo título a la luz del art. 2o. de la ley 52 de 1978, cual era el de ejercer el cargo hasta la conclusión del período constitucional del Senado el 20 de julio de 1986, y que le fue desconocido por el acto atacado, con violación del art. 30 de la Constitución Política de 1886 (hoy art. 58 de la Carta fundamental de 1991).

El canon constitucional rezaba: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. – Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés público o social".

De dicho texto fluyen unos supuestos, como son: a) la vigencia de una ley en el tiempo; b) la naturaleza de la ley, y c) el conflicto de intereses públicos o sociales y los intereses privados.

Por regla general la ley rige para el futuro, es decir, que no tiene efectos retroactivos; excepcionalmente los tiene como en el caso del derecho penal,

cuando la ley posterior es favorable o permisible para el procesado. Y cuando se pretende darle tales efectos a una ley nueva de otra categoría, es posible que se lesionen situaciones fícticas configuradas al amparo de la ley anterior y que la nueva no puede desconocer sin violar o quebrantar situaciones jurídicas subjetivas, porque se lleva de calle el canon constitucional transcrito (y el 58 de la nueva Carta); ese canon cobija tanto al legislador como al juez. De allí que juegue un papel trascendental, en opinión del suscrito, no tanto la irretroactividad de la nueva ley como la supervivencia en el tiempo de la ley anterior o ultra-actividad que llaman los doctrinantes, que a pesar de su derogatoria expresa o tácita por la ley posterior, sigue, sin embargo, produciendo efectos en derecho.

La norma habla también de derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles. A este respecto, la jurisdicción del Consejo de Estado, traída a colocación por el *a-quo* se ha pronunciado en los siguientes términos: "En la época de su advenimiento constitucional, no se habían desprendido del tronco originario, matriz y civilista, ni el derecho laboral, ni el contencioso administrativo, y dentro de éste, el derecho fiscal tributario. Su terminología es amplia y abarca todas las fases del derecho". Empero, llama la atención que la nueva Carta, en su art. 58, vuelva a referirse a "derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles...", con olvido total de la evolución jurídica que ha producido el paso de los tiempos, que causa estupor entre los cultores del Derecho.

Y cuando a raíz de la aplicación de una nueva ley expedida por razones de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado debe ceder al interés público o social. Y no es este el caso de la nueva ley que aquí se examina con relación al paso particular del demandante. La ley 28 de 1983 —24 de octubre— es una ley de carácter meramente burocrático, sin ninguna repercusión en la utilidad pública ni que revele un afán de tipo social.

4.— De allí, pues, que el suscrito propusiera a la Sala acoger la vista fiscal y lo expuesto por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, por tanto, confirmar la sentencia sometida a consulta.

Cordialmente,

Alvaro Lecompte Luna.

Fecha: ut supra.

CONTENCIOSO SUBJETIVO IMPROPIO/ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

La acción de restablecimiento del derecho enmarca dos modalidades definidas: el subjetivo propio y el impropio; el primero en aquellos casos en que el acto lesiona derechos particulares en forma directa, los que, anulado el acto, deben restablecerse o resultan restablecidos "ipso facto", y el segundo, cuando el acto causa perjuicios de manera indirecta o es obstáculo para la subsistencia de derechos tutelados por la ley.

SINDICATO/CAPACIDAD PARA SER PARTE/LEGITIMACION POR ACTIVA

Los sindicatos pueden representar a sus afiliados siempre que se trate de asuntos relacionados con la convención colectiva o para defender los intereses económicos comunes y generales de los sindicalizados. No es tal el caso del conflicto que culminó con la imposición de una multa a la empresa, revocada luego por el acto que se impugna: es éste un conflicto jurídico individual no derivado de convención colectiva, porque presupone la violación de normas legales que consagran derechos individuales de los trabajadores. En este tipo de conflictos la acción judicial corresponde individualmente a cada uno de los trabajadores interesados.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 4523. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Empresa Hilanderías Medellín S.A. – Unica Instancia.

Procede la Sala a decidir la demanda instaurada por el Sindicato de Trabajadores de la Empresa Hilanderías Medellín S.A. contra la Resolución No. 782 del 26 de diciembre de 1986, proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia, en que se dispuso revocar una anterior que había sancionado a la empresa textilera en referencia.

ANTECEDENTES

Diciendo ejercer la acción de restablecimiento del derecho, el Sindicato demandó la nulidad de la Resolución mencionada ante el Tribunal Administrativo de Antioquia y, a título de restablecimiento del derecho, solicita declarar que, "tiene plena vigencia la Resolución No. 390 del 2 de septiembre de 1986" (Fol. 7).

Como hechos narrados para fundamentar el *petitum* pueden señalarse, en lo pertinente, los siguientes (Fols. 2-3):

I) El Sindicato solicitó a la División Departamental de Trabajo de Antioquia su intervención a fin de que constatara las violaciones que venía cometiendo la empresa a las previsiones del Código Sustantivo del Trabajo y al propio reglamento interno (Arts. 161, 163, 165 y 22, 25, respectivamente).
II) El 25 de agosto de 1986 se practicó diligencia en donde el apoderado de la empresa admitió expresamente que se habían laborado horas extras en dominicales y festivos sin la autorización del Ministerio de Trabajo.
III) Por Resolución No. 390 de 2 de septiembre de 1986 se multó a la Empresa con la cantidad de $67.245.60 pero, interpuesta apelación contra esta decisión, por Resolución No. 782 del 26 de diciembre de 1986, fue revocada la sanción.

Se señalan como normas violadas los artículos 50, 55, 104, 107, 109, 161, 162 y 165 del Código Sustantivo del Trabajo, así como los artículos 22 y 25 del Reglamento Interno de Trabajo y los artículos 1o. de la Ley 73 de 1966, 1o. del Decreto ley 13 de 1967, 1o. del decreto reglamentario 995 de 1968 y 1602 del Código Civil.

El concepto de la violación se desarrolla a folios 3 a 7 del expediente.

La empresa, al contestar la demanda, propone las excepciones que denomina "Indebida Representación del Demandante", "Falta de Capacidad

Sustantiva" y "No existencia de ningún derecho a Restablecer". (Fols. 29-33).

Tramitado el proceso ante el *a-quo* y llegada la oportunidad de proferir el fallo, el Tribunal en auto de 7 de julio de 1989 ordenó remitir el expediente a esta Corporación por competencia, estimando que la acción promovida no era la indicada por el demandante sino la de *nulidad* y debía aplicarse, en consecuencia, la disposición del artículo 128, numeral 1o., del C.C.A.

La Fiscalía Cuarta de esta Corporación en su vista reglamentaria manifiesta no estar de acuerdo con la anterior posición del Tribunal por cuanto la finalidad de la acción no es la de preservar el orden jurídico "sino la de promover la real imposición de una multa a la Empresa Hilanderías Medellín S.A.". (Fol. 87).

Por ello considera que deben devolverse los autos al Tribunal de origen.

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Como ha podido observarse, son discrepantes los criterios del Tribunal y de la Fiscalía de esta Corporación en cuanto a la naturaleza de la acción que se ejerce en el *sub lite*; el primero sostiene que se trata de la acción de nulidad, en tanto que la Fiscalía entiende que es la de restablecimiento del derecho, pues se pretende "promover la real imposición de una multa" a la empresa y no la preservación del orden jurídico.

A este respecto, razonó el Tribunal de la siguiente manera:

"3.– El alcance de la pretención.

3.1. Lo que el sindicato denomina petición consecuencial no es ninguna petición consecuencial. Esto es, no implica el *restablecimiento* de un supuesto derecho conculcado, por cuanto la declaratoria que se profiera: inexequibilidad, nulidad, etc., bastará por sí misma, sin que sea necesaria otra decisión o declaración subsiguiente, para que la norma derogada recobre o no su vigencia. Sería, pues, redundante la mención adicional que el fallador hiciera al respecto.

3.2. La acción resarcitoria, en cambio, requiere de un pronunciamiento posterior: la mera declaratoria de nulidad o responsabilidad no es suficiente para restablecer el supuesto derecho conculcado. Por ejemplo, la persona desvinculada ilegalmente de la Administración o perjudicada por una omisión de la misma, debe impetrar también la reinstalación

en el empleo o el pago de los daños causados, para que sea efectivamente indemnizada. Y lo será siempre que tenga un interés concreto (artículo 86. Decreto 01 de 1984) o un derecho *amparado por una norma jurídica* (artículo 85 del mismo decreto).

4.– Interesa también anotar que el sindicato demandante no está habilitado para obrar en este proceso a nombre de los trabajadores de la empresa Hilanderías Medellín.

5.– La interpretación que se ha hecho sobre la verdadera esencia de la acción que utiliza el sindicato, desplaza la competencia del Tribunal al Consejo de Estado, porque corresponde a éste conocer de los procesos de nulidad 'de los actos administrativos del orden nacional expedidos en cualquiera de las ramas del poder público...' (artículo 128 del C.C.A.)". (Fols. 82-83).

Dijo, en cambio, el señor Fiscal Cuarto de esta Corporación refiriéndose a la decisión del Tribunal:

"Respetuosamente disentimos de tal apreciación: pues, precisamente, el motivo, la razón, la finalidad de la acción, gritada en el libelo de demanda (folio 8) no es la de preservar la integridad del orden jurídico en abstracto considerado, sino la de promover la real imposición de una multa a la Empresa Hilanderías Medellín S.A. ...

Conclusión: con enfoque crítico subjetivo u objetivo la acción aquí instaurada carece, como alguna vez lo dijera el maestro Gabriel Rojas Arbeláez, del 'platonismo' propio de la acción pública. Por ello, creemos que estos autos deben ser regresados al Tribunal de origen que, entre otras cosas, ya falló la controversia al poner en evidencia la defectuosa legitimación *ad processum* por activa". (Fols. 87-88).

No está desprovista de sensatez la observación del señor Fiscal y sería razón atendible para disponer la devolución del proceso al Tribunal.

Sin embargo, han de hacerse algunas precisiones sobre esta materia para una mejor definición de la situación.

En primer lugar, lo que pretende el Sindicato demandante es que se anule la Resolución No. 782 del 26 de diciembre de 1986 (Fols. 21-22-23) proferida por el Jefe de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Antioquia para revocar una decisión anterior adoptada en Resolución No. 0390 de septiembre 2 del mismo año, que había dispuesto "sancionar con la suma de SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS CON 60 CVS. M.L. ($67.245.60) a la Empresa HILAN-

DERIAS MEDELLIN S.A., por violación al Decreto No. 995/68 artículos 1o. y 4o." (Fol. 14).

De prosperar la acción, reviviría esta última Resolución, recobrando vigencia la multa impuesta a la empresa.

La demanda aparece instaurada en acción de restablecimiento del derecho, con indicación de que "la cuantía se estima en la suma de sesenta y siete mil doscientos cuarenta y cinco pesos con sesenta centavos ($67.245.60), no es otra que obtener, a través de la nulidad impetrada, que se restablezca su derecho, haciendo efectiva en contra de la Empresa Hilanderías Medellín S.A., la multa impuesta por medio de la Resolución No. 390 del 2 de septiembre de 1986, revocada en virtud del acto atacado" (Fols. 7-8).

Y agrega:

> "En estos términos, por tratarse de una acción de restablecimiento del derecho, en contra de un acto proferido por una autoridad (Ministerio del Trabajo y Seguridad Social) y cuya cuantía no excede a quinientos mil pesos, la competencia es del H. Tribunal Administrativo de Antioquia, en única instancia (art. 131 numeral 9 del C.C.A.)" (Fol. 8).

No hay, pues, duda sobre la naturaleza de la acción promovida: lo expresa la parte actora con reiterada insistencia.

Habría que definir si aparece adecuadamente configurado el restablecimiento que pretende el Sindicato accionante, vale decir, si la reimposición de la multa se podría situar en el supuesto previsto en el artículo 85 del C.C.A. para "toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica" o, en otros términos, si el Sindicato es titular de un derecho que haya sido lesionado o desconocido y que tiene amparo en norma jurídica.

Esto será, sin embargo, materia de especulación en cuanto a la legitimación en causa, que no es propiamente el caso en este momento. Dicho en otros términos, no es cuestión de definir, por ahora, si el sindicato está legitimado para adelantar la acción a nombre de sus afiliados, sino de determinar la naturaleza de ésta.

Para el Tribunal Administrativo de Antioquia la acción promovida es la de nulidad a que se refiere, en cuanto a competencia, el artículo 128 del C.C.A. Descarta rotundamente la posibilidad de la acción de restablecimiento, que siempre "requiere un pronunciamiento posterior", y no tiene tal carácter la que pide el Sindicato como *consecuencial.*

Es claro, empero, que el Contencioso de nulidad tiene perfiles y características que no se dan en el *sub lite.* Según lo tiene definido la doctrina y

la propia jurisprudencia, esta acción procede, en principio, contra actos administrativos creadores de situaciones jurídicas de carácter general, impersonal y objetivo y que subvierten el orden legal de manera permanente y continua en forma de afectar, no a una persona determinada, sino a la colectividad o comunidad social. Si, según la doctrina de los *motivos y finalidades* que se plasmó en sentencia de agosto 10 de 1961, también es procedente contra actos administrativos creadores de situaciones individuales, particulares y concretas en ciertas particulares circunstancias y con determinados requisitos, es porque o bien se persigue solamente la tutela del orden jurídico general o la acción, pese a su denominación, es en el fondo de restablecimiento del derecho.

No se dan tales presupuestos en el *sub lite,* donde la parte accionante declara sin ambages buscar un determinado y concreto propósito en que demuestra interés particular. No puede el juez cambiarle al demandante las "reglas de juego" que éste ha señalado, so pretexto de que la orientación que imprimió al proceso es equivocada o desubicado el enfoque: al contrario, está obligado el juzgador a respetar el criterio del accionante, cuando de él no quede duda alguna y no sea el caso de interpretar posiciones ambiguas reflejadas en la demanda. En efecto:

i) No presume la acción de nulidad una controversia *"inter partes"*, pues no existen *partes* propiamente dichas, en el sentido que el derecho procedimental les asigna. Aquí, en cambio, el Sindicato demandante señala, como parte contraria, a la Nación y a la Empresa Hilanderías Medellín S.A. (Fol. 8).

ii) En la acción de nulidad la sentencia anulatoria produce efectos *"erga omnes"*. En el *sub lite*, en cambio, afectaría a la parte demandada Empresa Hilanderías Medellín S.A. solamente y tendría incidencia directa en el conflicto obrero-patronal que dio lugar a la intervención del Sindicato ante el Ministerio del Trabajo y a la aplicación de una sanción a la empresa, como resultado de quejas concretas.

iii) La acción de nulidad no tiene por causa eficiente la violación de derechos particulares en un caso concreto y, al contrario, se propone la protección del interés general que se deriva de la vigencia de la normalidad jurídica. Aquí, en cambio, *la causa petendi* hace expresa referencia a actos particulares que se entienden como lesivos de derechos individuales y que fueron oportunamente denunciados a las autoridades administrativas, como antecedentes históricos de la acción.

Habría que entender en este contexto que, al recobrar vigencia la multa, revive como injurídica la conducta que con ella se sanciona, es decir, recobra certeza la violación de derechos alegados por el Sindicato, los que, en fin de cuentas, constituyen la razón de ser de la acción en este caso y son los que, a

través de ella, se pretenden restablecer. Tal es el tenor y alcance de los hechos y planteamientos de la demanda.

Se impone, por lo tanto, la conclusión de que la acción promovida en este caso es la de restablecimiento del derecho, aunque con las particularidades que tipifican un restablecimiento *impropio*, considerados los efectos de la posible declaración de nulidad del acto.

Qué ocurre, en efecto, cuando de un acto particular y concreto se desprende violación indirecta de derechos particulares que, al anularse aquél, se considerarían restablecidos? No es el caso del acto que en sí mismo quebranta derechos sino del que da ocasión para que se quebranten: removido este obstáculo, removido queda el riesgo de perturbación. Es claro que en tales circunstancias no procede la acción objetiva, que tiene alcances y propósitos diferentes, sino la de restablecimiento del derecho en la modalidad de *impropio*: la acción objetiva busca el interés general que aquí no viene al caso; en cambio, hay un interés particular que requiere y merece protección pero cuya integridad no se ve afectada *directamente* por el acto enjuiciado.

Dados estos presupuestos, puede señalarse, por vía general, que la acción de restablecimiento del derecho enmarca dos modalidades definidas: el subjetivo propio y el impropio; el primero en aquellos casos en que el acto lesiona derechos particulares en forma directa, los que, anulado el acto, deben restablecerse o resultan restablecidos *ipso facto*, y el segundo, cuando el acto causa perjuicios de manera indirecta o es obstáculo para la subsistencia de derechos tutelados por la ley.

Este último es el caso del *sub lite*, donde, por otra parte, el restablecimiento que pudiera resultar de la invalidación del acto enjuiciado no tendría implicación alguna de carácter económico. Corresponde, por lo tanto, a esta Corporación conocer del mismo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 128, numeral 3o., del C.C.A.

Viniendo ahora al aspecto central de la controversia, se observa que la parte demandada propone varias excepciones que es preciso examinar y de ellas, primordialmente, la que denomina "FALTA DE CAPACIDAD JURIDICA SUSTANTIVA", que tiene que ver con la legitimación en causa del Sindicato demandante.

Sobre el particular alega la Empresa que las agremiaciones sindicales tienen unas funciones y facultades otorgadas por la ley y que el sindicato, como tal, es el titular de "unos derechos derivados por el incumplimiento de una o más cláusulas de la convención, pero el titular de los derechos individuales de la persona como trabajador está en cabeza de cada trabajador que es la supuesta persona lesionada con el discutido derecho". (Fols. 30-31).

Como atrás se hizo notar, la controversia se origina en la imposición de una multa a la empresas Hilanderías Medellín S.A. con motivo de la violación de varias normas, entre ellas, las relacionadas con la jornada de trabajo y la carencia de permiso para laborar horas extras, dominicales y festivos; fue impuesta la sanción en atención a que "ni aún con el consentimiento de los trabajadores se puede laborar horas extras, domingos y festivos sin la autorización del Ministerio del Trabajo" (Fol. 14). En el acto enjuiciado se revoca la sanción.

Ahora bien, tanto la demanda como los actos administrativos dejan ver, sin sombra de duda, que el conflicto que dio lugar a esta acción es de carácter jurídico individual.

Es importante la definición de la naturaleza del conflicto para examinar el fundamento de la excepción propuesta por la empresa respecto de la personería o "capacidad jurídica sustantiva" del Sindicato demandante.

A este respecto, señala el artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo que son funciones principales de todos los sindicatos...

> "5o.— Representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva y representar esos mismos intereses ante los patronos y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación".

Y el artículo 475:

> "ACCIONES DE LOS SINDICATOS.— Los sindicatos que sean parte en una convención colectiva tienen acción para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual.

Y el artículo 476:

> "ACCIONES DE LOS TRABAJADORES.— Los trabajadores obligados por una convención colectiva tienen acción para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual. Los trabajadores pueden delegar el ejercicio de esta acción en el sindicato".

Es claro el texto de estos preceptos en el sentido de que los sindicatos pueden representar a sus afiliados siempre que se trate de asuntos relacionados con la convención colectiva o para defender los intereses económicos comunes o generales de los sindicalizados. No es tal el caso del conflicto que culminó con la imposición de una multa a la empresa, revocada luego

por el acto que aquí se impugna: es éste un conflicto jurídico individual no derivado de convención colectiva, porque presupone la violación de normas legales que consagran derechos individuales de los trabajadores. En este tipo de conflictos la acción judicial corresponde individualmente a cada uno de los trabajadores interesados.

En sentencia de 9 de julio de 1985 tuvo la Sala oportunidad de pronunciarse sobre este punto en los siguientes términos:

> "Pero, frente a las facultades sindicales del artículo 373 de la actual codificación laboral, estima la Sala que los intereses jurídicos colectivos o individuales de los trabajadores, distintos de los que emanen de una convención colectiva, no pueden ser representados en juicio por la organización sindical, ni aún en el supuesto de que hubiera recibido delegación o mandato por parte de sus afiliados". (Expediente No. 6935. Actor: Sindicato de Trabajadores de la Garantía A. Dishington S.A. Consejero Ponente: Dr. Joaquín Vanin Tello).

De otra parte, no está por demás advertir que las normas invocadas en la demanda se refieren a la ejecución y cumplimiento del contrato y del reglamento de trabajo y no tienen que ver con la convención colectiva o con el Sindicato como tal. Son, pues, los propios trabajadores los titulares de la acción en demanda del restablecimiento de sus derechos que *indirectamente* consideran lesionados con el acto que aquí se enjuicia y no el Sindicato, que en manera alguna aparece afectado.

Es procedente, por lo tanto, declarar probada la excepción que sobre personería del Sindicato accionante propuso la empresa HILANDERIAS MEDELLIN S.A.

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 probada la excepción de "falta de capacidad jurídica sustantiva" y, en consecuencia, no hay lugar a pronunciamiento de mérito en este proceso.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 20 de noviembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Ausente; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Gaspar Caballero Sierra,* Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL DOCENTE/ACCION DISCIPLINARIA

Al señalar la disposición acusada como sujetos pasivos de la acción disciplinaria a los educadores oficiales, se está refiriendo exclusivamente a los docentes que prestan sus servicios en virtud de una relación legal y reglamentaria y no a otra clase de docentes, porque la locución "educadores oficiales" se contrae, por mandato legal, a aquéllos y no a otros docentes, pues no existen educadores oficiales con otro tipo de vinculación laboral en el sector público.

DECLARASE LA NULIDAD del inciso segundo del artículo 6o. de la frase "cualquiera sea la índole de la relación laboral" del artículo 16, del artículo 23; del literal a) del artículo 27 y de la locución "escuela nueva" del artículo 76 del Decreto número 2480 de 1986 (reglamentario) expedido por el Gobierno Nacional.

REVOCA LA SUSPENSION PROVISIONAL del segundo inciso del artículo 76 del Decreto número 2480 de 1986 (reglamentario) expedido por el Gobierno Nacional.

PERSONAL DOCENTE/PROCESO DISCIPLINARIO– Agravantes

Se excedió lo previsto en el Decreto-ley, en virtud de que en la norma se establece un límite en el tiempo (3 años anteriores a la comisión de la falta que se sanciona), a efecto de considerar como circunstancia agravante de la responsabilidad el haber incurrido el docente inculpado en faltas graves, cuando en la norma del decreto-ley que regula la gradación de sanciones, establece sin restricción alguna que se tengan en cuenta para tales efectos los antecedentes personales del infractor. No se podía entonces, a través de un decreto reglamentario, limitar en el tiempo la facultad del funcionario sancionador.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 2494. Actor: Hernando Osorio Delgado.– Decretos del Gobierno (Acción de nulidad).

El ciudadano Hernando Osorio Delgado, en ejercicio de la acción definida en el art. 84 del Código Contencioso Administrativo (Decreto-Ley 1 de 1984), impetra de la corporación sea declarada la nulidad de varias disposiciones contenidas en el decreto No. 2480 de 1986 –31 de julio–, expedido por el Presidente de la República y refrendado por el ministro de educación, "por el cual se reglamenta parcialmente el decreto extraordinario 2277 de 1979". Las aludidas disposiciones son las siguientes:

a) El segundo inciso del artículo 6o.;
b) El segundo inciso del artículo 7o.;
c) El primer inciso del artículo 9o.;
d) El artículo 16;
e) El segundo inciso del artículo 20;
f) El artículo 21;
g) El artículo 22;
h) El artículo 23;
i) El artículo 26;
j) El literal a) del artículo 27;
k) El segundo inciso del artículo 30;
l) El artículo 35;
m) El artículo 58;
n) El artículo 65:
ñ) El artículo 74;
o) El artículo 75;
p) Los artículos 74, 75, 76 y 77 integrantes del artículo 76, primer inciso, y el parágrafo del mismo.

El demandante cita como normas violadas los arts. 2, 20, 26, 30, 55, 77, 92, 120 (numeral 3o.) y 193 de la Constitución Política vigente en la época de la presentación del libelo; los arts. 3o., 10, 21, 32, 37, 46, 49, 50 y 55 del decreto-ley 2277 de 1979 (el que reglamenta parcialmente el acto acusado); los arts. 43, 44 y 45 de la ley 153 de 1887; los arts. 180, 351 (numeral 4o.) del decreto 1440 de 1979; el art. 1o. del decreto 85 de 1980; el art. 12 del decreto-ley 2400 de 1968 y el art. 66 del Código Contencioso Administrativo.

Y expone los siguientes hechos:

"PRIMERO: El Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8a. de 1979, y oído el concepto de la Comisión Asesora, previsto en el artículo 3o. de dicha Ley, expidió el Decreto 2277 del 14 de septiembre de 1979.

SEGUNDO: El inciso 3o. del artículo 55 del Decreto 2277 de 1979, establece que el Gobierno Nacional reglamentaría el procedimiento para aplicar las sanciones y garantizar el derecho de defensa del inculpado. El procedimiento comprende el conjunto de acciones administrativas mediante las cuales se denuncia, se comprueba, se sanciona la falta y se ejerce el derecho de defensa.

TERCERO: El Ejecutivo Nacional dentro de su función de reglamentación expidió el Decreto No. 596 de 1980, por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2277 de 1979 *en relación con la parte disciplinaria aplicable a los educadores oficiales.*

CUARTO: El Gobierno Nacional profirió el Decreto 2372 de 1981 mediante el cual se sustituyó el Decreto 596 del 14 de marzo de 1980, *reglamentario del procedimiento disciplinario aplicable a los educadores oficiales.*

QUINTO: El Presidente de la República expidió el Decreto Reglamentario No. 897 de 1981, por el cual se introduce modificaciones (sic) al Decreto 259 de 1981.

SEXTO: El Presidente de la República en ejercicio de la Potestad Reglamentaria profirió el Decreto 2480 del 31 de julio de 1986 por el cual se reglamenta parcialmente el Decreto 2277 de 1979.

SEPTIMO: El inciso 3o. del artículo 55 del Decreto 2277 de 1979, los Decretos 596 de 1980, 2372 de 1981, 2480 de 1986, este último hasta el artículo 73 se refiere a aspectos relacionados con el *Régimen Disciplinario aplicable a los educadores oficiales,* mientras que los artículos 74, 75, 76 y 77 del mismo Decreto hablan sobre el tiempo de servicio para el nuevo ascenso, revocatoria de las resoluciones de ascenso, tiempo doble, competencia para determinar el tiempo doble.

OCTAVO: Es claro entonces que se pretendió a través del último Decreto citado (2480 de 1986) *crear un nuevo Régimen Disciplinario aplicable a los docentes oficiales,* sin embargo, éste contiene aspectos que no guardan relación con tal naturaleza (en especial el Título IV denominado 'Disposiciones Varias') y que son materia de cuestionamiento en la presente acción". (fls. 5 y 6).

Para el actor, las disposiciones arriba enumeradas son violatorias de normas de superior jerarquía por los siguientes CONCEPTOS:

1) "El inciso 2o. del artículo 6o. del Decreto 2480 de 1986, al establecer de manera extensiva una favorabilidad en materia administrativa, contradice de manera directa y en forma ostensible lo postulado en el artículo 26 de la Constitución Nacional, al aplicar a las actuaciones administrativas las prescripciones del citado artículo de la Constitución Nacional *que el constituyente reservó a los procesos penales,* como se desprende del mismo claro texto y sentido de la disposición, de las excepciones contenidas en el artículo 27 de la misma Carta y de la reglamentación del 26 hecha por la Ley 53 de 1887.

El artículo 27, que establece tres (3) excepciones a la disposición anterior no se refiere, tampoco a juicios previos *diferentes a los penales.*

. . . . . .

Los artículos 43 a 45 de la Ley 153 de 1887 que reglamentan los artículos 26 y 28 de la Constitución Nacional tampoco se refieren, finalmente a juicios civiles o laborales ni, mucho menos, *a actuaciones puramente administrativas.*

. . . . . .

Tampoco es de recibo la postura de algunos doctrinantes quienes trasladan de manera extensiva *la favorabilidad en materia laboral* (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo) al campo de los actos administrativos:

a.– Es verdad averiguada que existen claras características diferenciales entre una ley laboral y un acto administrativo, que relevan toda profundización sobre el tema". (fls. 6, 7 y 8).

Se refiere luego, el accionante a la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, a su impugnación por la vía jurisdiccional para solicitar la declaratoria de nulidad o la no aplicabilidad de los mismos, a la vida jurídica de aquellos mientras que sean anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso-administrativa, principios que se fundamentan en el artículo 193 de la Constitución Nacional y el art. 66 de la C.C.A., para culminar afirmando que "Por lo mismo que la favorabilidad es una excepción, su naturaleza es restrictiva, no puede ser tácita ni se le presume y menos hacerse extensiva, sino que por el contrario debe resultar de una clásula expresada en la ley. Para el caso que nos ocupa ninguna norma legal permite en

forma expresa la mal denominada favorabilidad de que trata el inciso 2o. del artículo 6o. del decreto demandado".

II) Respecto a la supuesta ilegalidad del inciso 2o. del artículo 7o. del Decreto 2480 de 1986, manifiesta que ella se da porque rebasa el espíritu y la letra de los artículos 46, literal f), 48, 49 y 50 del Decreto 2277 de 1979, "al hablar la norma demandada de la *prescripción de la sanción* de que tratan la violación a los deberes y prohibiciones o causales de mala conducta, ya que el artículo 48 dice que *las sanciones serán impuestas en forma progresiva* y con la prescripción anotada, se deberá volver a iniciar con la primera sanción al cabo de un año, lo cual hace inaplicable la causal de "incumplimiento sistemáticos a los deberes y prohibiciones' prescrita en el literal f) del artículo 46 y respecto de los artículos 49 y 50 no podrá tenerse en cuenta como antecedente para tasar la sanción, cuando una sanción es impuesta tres (3) años atrás". (fl. 9).

III) Considera "evidente la transgresión del inciso 1o. del artículo 9o. del Decreto 2480 de 1986 al señalar cuáles son los inmediatos superiores para efectos de la investigación y aplicación de las sanciones al literal b) del artículo 32 del Decreto 2277 de 1979 al dejar por fuera el de 'coordinador o prefecto de establecimiento' al tener ésta la categoría de Directivo Docente". (fls. 9 y 10).

IV) "El artículo 16 del Decreto 2480 de 1986 al determinar cuáles son los sujetos pasivos de la acción disciplinaria según las modalidades de vinculación y al manifestar que *'cualquiera sea la índole de su relación laboral'*, excede el contenido del artículo 3o. del Decreto 2277 de 1979 al contemplar este último a los vinculados mediante un acto condición, relación legal o estatutaria cuando expresa 'los empleados oficiales de régimen especial que una vez posesionados quedan vinculados'." (Fl. 10).

V) "El inciso 2o. del artículo 20 del Decreto 2480 de 1986 al describir que para efectos de la toxicomanía *se tendrá en cuenta el daño que se cause a la comunidad educativa* por razón del consumo del tráfico de drogas o substancias estupefacientes o narcóticas, sometidas al control y prohibición de las autoridades, va más allá de la norma reglamentaria (literal a, del artículo 46) al no contemplar ésta en su contenido 'el daño que se cause a la comunidad educativa o el tráficos de drogas o substancias' términos ajenos a la norma sustantiva". (fl. 10).

VI) "El artículo 21 del Decreto 2480 de 1986 restringe el contenido del literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 al limitar la práctica de aberraciones sexuales 'entre docentes y alumnos' cuando la ley no establece ninguna clase de limitación en tratándose del sujeto pasivo de dicha conducta". (fl. 10).

VII) Estima también el demandante que "Por el contrario el artículo 22 del Decreto 2480 de 1986 excede al literal c) del art. 46 del Decreto 2277 de 1979 en el sentido que la norma reglamentaria no contempla lo atinente *al mayor o menor provecho indebido,* basta que se dé la conducta independiente de la cuantificación de ésta, aspecto que sí juega para efectos de la tasación de la sanción, cercenando de manera indirecta el artículo 50 del Decreto 2277 de 1979". (fl. 10).

VIII) De igual manera, considera que el artículo 23 al estipular "un provecho ilícito para el educador no comprendido en la norma objeto de reglamentación" excede el literal d) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979.

IX) De otra parte, indica que "El artículo 26 del Decreto 2480 de 1986 en su 'denominación' establece una equivalencia entre los conceptos *atenuantes* y *eximente,* cuando según el Diccionario de la Lengua Española, dichos términos son diametralmente opuestos, el uno *disminuye* mientras el otro *exonera* de toda responsabilidad". Y que "el literal e) del artículo mencionado al contemplar la 'ignorancia invencible' contraviene el artículo 9o. del Código Civil Colombiano que consagra el principio de que la 'ignorancia invencible' contraviene el artículo 9o. del Código Civil Colombiano que consagra el principio de que la 'ignorancia de la ley no sirve de excusa". (fl. 11).

X) "El literal a) del artículo 27 del Decreto 2480 de 1986 supera el alcance del artículo 50 del Decreto 2277 de 1979, pero si bien es cierto que este último para efectos de la gradación de las sanciones tiene en cuenta los antecedentes del infractor, no se fija alguna en el tiempo de tres (3) años, *como sí lo hace el literal a) de la norma* que es materia de cuestionamiento. El Decreto acusado, de carácter reglamentario, agrega un requisito adicional (un plazo) a los antecedentes para efectos de tenerlos como agravantes, sin que la norma sustantiva, que consagra este fenómeno establezca dicho lapso de tiempo. De tal manera que cuando la reglamentación impone un término máximo de tres (3) años, está rebasando la función de desarrollo de la ley para desempeñar la facultad normativa de ella". (fl. 11).

XI) "El inciso 2o. del artículo 30 del Decreto 2480 de 1986 al negar la posibilidad de recurrir el acto que niegue la acumulación, cercena el numeral 4o. del artículo 351 del Código de Procedimiento Civil, que consagra la procedencia del Recurso de apelación contra el Auto que decida un incidente y éste de conformidad con los artículos 135 y 150 del mencionado Estatuto, se tramita como tal.".

XII) "La parte final del artículo 35 del Decreto 2480 de 1986 al consagrar *la destitución* de las personas nombradas según el Decreto 85 de 1980, sin más fórmula de juicio que el deber para la Autoridad Nominadora 'solicitar y analizar los descargos correspondientes y expedir una resolución mo-

tivada' deja a disposición de ésta la posibilidad de 'analizar' y negarle la solicitud de pruebas, violando de manera ostensible el principio esencial del derecho de defensa del destituido y por ende el ya consagrado principio constitucional del 'debido proceso' de que trata el artículo 26 de la Constitución Nacional. No puede perderse de vista que la destitución de un funcionario que carezca de *'fuero especial'*, es la consecuencia lógica de un proceso disciplinario el cual culmina con una decisión de la naturaleza anotada, pero previo el lleno de una serie de pasos o aspectos que lo integran y no precisamente el resultado de unas simples diligencias de características *tan especiales* como las consagradas en el cánon que se demanda, las cuales no dan oportunidad al inculpado de conocer el informe o queja en su contra, las pruebas que se alleguen a la investigación, a pedir, que se practiquen las pertinentes solicitas (sic), ha de ser oído en declaración de descargos, para lo cual podrá pedir la asesoría de un abogado o de su sindicato, así como interponer los recursos que fueren procedentes en tal evento".

Y prosigue así:

"La destitución al contrario de la *'Insubsistencia'* que es el ejercicio de la facultad discrecional de que goza la administración pública (artículo 26 del Decreto Ley 2450 de 1968 y 107 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973) tiene carácter de *sanción disciplinaria,* razón por la cual se viola el artículo 12 del Decreto Ley 2400 de 1968, ésta sólo es procedente como sanción disciplinaria y con la plena observancia del procedimiento establecido en la ley para tal fin.

No obstante consagrarse en el numeral 2o. del inciso 2o. del artículo 1o. del Decreto 85 de 1980 que los educadores nombrados por este régimen deben ser declarados insubsistentes y no *destituidos,* la norma reglamentaria (artículo 35 del Decreto 2480 de 1986) así lo estatuye modificando la norma superior y excediendo la facultad atribuida por la ley". (fls. 12 y 13).

XIII) Señala asimismo el accionante que "la parte *in fine* del artículo 58 del Decreto 2480 de 1986 al establecer para la práctica de pruebas un plazo de veinte (20) días *término que no puede prorrogarse,* vulnera el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil, que sí lo consagra para los casos en que no sea posible practicar estas pruebas dentro de las oportunidades de que disponen las partes y elimina la facultad oficiosa al funcionario investigador, cuando ello no es posible que tenga operancia en el término preestablecido en la norma que se cuestiona". (fl. 13).

XIV) Censura del mismo modo al artículo 65 por cuanto estima que "al crear un procedimiento abreviado, cuando se trate de la condena de un educador por delito o delitos dolosos, adolece de los vicios ya anotados en rela-

ción con el debido proceso consagrado en el artículo 26 de la Constitución Nacional". (fl. 13).

XV) Señala también el accionante que el inciso 2o. del artículo 74 no sólo es contradictorio de su inciso 1o., sino que viola los artículos 10 y 21 del Decreto 2277 de 1979, en virtud de que al educador se le asciende varios grados en el Escalafón Nacional Docente sin que éste hubiere permanecido en cada uno de los grados anteriores por el tiempo previsto en el referido artículo para tener derecho a ascender de un grado a otro. Además, dice el demandante que "el Nuevo Estatuto (Decreto Ley 2277 de 1979) no permite la acumulación de grados sino en las excepciones antes mencionadas y lo cual conllevaría a la desnaturalización de los objetivos y fines de una carrera administrativa". (fl. 14), y agrega que "En relación con el artículo 21 del Decreto 2277 de 1979, el exceso de la norma demandada estriba en el hecho, que mientras éste exige el cumplimiento de los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior, el inciso 1o. del artículo 74 del Decreto 2480 de 1986 dispone lo contrario al consagrar que en ningún caso el docente perderá el tiempo de servicio laborado, en razón que se pretende cambiar el significado gramatical de las palabras *cumplir* y *acreditar*". (fl. 14).

XVI) "El artículo 75 del Decreto 2480 de 1986 viola en forma directa el artículo 30 de la Constitución Nacional que estatuye la irretroactividad de la ley". (fls. 16 a 17). "Dado que la retroactividad es una excepción su naturaleza es restrictiva, no puede ser tácita ni se le presume, sino que por el contrario debe resultar de una cláusula expresada en la ley, tal como ocurre en materia penal (artículos 44 y 45 de la Ley 153 de 1887), leyes interpretativas (artículo 14 del Código Civil, 58 del Código de Régimen Político y Municipal), Laboral (artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo) y de ninguna manera se puede hacer extensiva entratándose de actuaciones o actos administrativos como ocurre en el caso que nos ocupa (artículo 75 del Decreto 2480 de 1986). Además toca directamente con los artículos 193 de la Constitución Nacional y 66 del Código Contencioso Administrativo". (fls. 18 a 19).

XVII) En cuanto al inciso 1o. del artículo 76 sostiene el libelista que "rebasa lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979, al consagrar la figura de la 'Escuela Nueva', concepto que no aparece en la norma última citada para efectos de tiempo doble, ésta hace mención únicamente a 'Escuelas Unitarias', áreas rurales de difícil acceso y poblaciones apartadas". (fls. 19 a 20).

Asimismo estima que "el inciso 2o. de la norma demandada (artículo 76 del Decreto 2480 de 1986) excede el artículo 37 del Decreto 2277 de 1979 al no contemplar o hacer referencias en su tenor al tiempo de servicio prestado por los educadores con título docente en los *'territorios Nacionales'* (Intendencias y Comisarías) para efecto de su contabilización como tiempo doble". (fl. 20).

XVIII) Finalmente el demandante afirma que "los artículos 74, 75, 76 y 77 del Decreto 2480 de 1986 que integran el Título IV denominado 'Disposiciones Varias', violan los artículos 77 y 92 de la Constitución Nacional en relación con el principio de *'unidad de materia'* al ordenar que las leyes o títulos de estos, deben referirse a una misma materia y corresponder precisamente el contenido o texto". (fl. 20).

Manifiesta igualmente:

"Los artículos citados pretenden eliminar en la práctica agregados artificiales que nada tengan que ver con la misma materia, quieren que todos los asuntos contenidos en una ley o acto administrativo tengan comunidad intelectual de materias; esto significa que los puntos vertidos en la ley o acto deben ir encaminados a una misma finalidad y aunque el ser considerados separadamente puede parecer distintos, están todos ordenados en una misma dirección de tratamiento de un tema.

En verdad la intención del artículo 77 de la Constitución Nacional es la de rechazar agregados al tema central, por materia se comprende el objetivo de la ley o acto administrativo el cual puede obtenerse por líneas de normatividad que son distintas pero que converjan hacia su objetivo.

No siendo precisamente éste el comportamiento asumido por el Presidente de la República al proferir el Decreto 2480 de 1986, en especial los artículos 74, 75, 76 y 77; éstos hacen mención a materias diferentes al 'Régimen Disciplinario' al reglar sobre tiempo de servicio para el nuevo ascenso, revocatoria de las resoluciones de ascenso, tiempo doble y competencia para determinar el tiempo doble". (fl. 20).

Mediante providencia fechada el 4 de agosto de 1987 (fls. 52 a 58), se negó la suspensión provisional de las normas acusadas respecto de las cuales el accionante habría solicitado la adopción de esa medida, con excepción de la frase "Escuela Nueva" y todo el inciso segundo del artículo 76 del Decreto 2480 de 1986 cuya nulidad sí se decretó.

VISTA DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Fiscal Quinta del Consejo de Estado, en extensos planteamientos y mesurado estudio, solicita la declaratoria de nulidad del inciso 2o. del art. 6o., del art. 9o., del literal a) del art. 26, del literal a) del art. 27 en la frase "tres años anteriores", del art. 35, en la frase "término que no podrá prorrogarse" del art. 58 y de los arts. 65 y 76 y que sean denegadas las demás súplicas de la parte actora.

Agotado el trámite procedimental de rigor y no observándose defecto que amerita la invalidación de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

En el mismo orden señalado en la demanda, se estudiarán las censuras que, respecto de cada una de las disposiciones acusadas del decreto reglamentario 2480 de 1986, formuló el accionante y se expondrá el criterio de la Sala al respecto. Así se tiene:

1o.) **Segundo inciso del art. 6o.:**

"La disposición permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Ciertamente el art. 26 de la Constitución vigente para la época de la presentación de la demanda y el art. 44 de la ley 153 de 1887, indicados por el impugnador como violados por la norma transcrita, consagran una excepción al principio legal de la irretroactividad de la ley, pero exclusivamente en materia penal. También lo es que el art. 21 del C.S. del T. establece la aplicación del derecho más favorable, pero en el ámbito de las relaciones laborales.

Igualmente, es verdad, que el proceso disciplinario en general constituye el llamado Derecho Penal Administrativo que según algunos tratadistas se nutre del Derecho Penal, ya que aplica sanciones, pero de ninguna manera puede subsumirse plenamente en éste, pues mira hacia las llamadas "faltas" o "contravenciones" administrativas, distintas de las contravenciones clásicas o de policía, gradaciones de la conducta punitiva que son materia exclusiva del Derecho Penal.

Ahora bien: en virtud del poder disciplinario, las autoridades administrativas, sin perjuicio del que corresponde a la Procuraduría General de la Nación, cumplen una función sancionadora, sancionando, administrativamente a los funcionarios incursos en "faltas" de ese tipo y de sus decisiones se condensan en actos administrativos –no judiciales– sometidos al procedimiento administrativo señalado por la ley y al control jurisdiccional y deben ser respetuosas dichas autoridades, de ciertas garantías que, asimismo, son comunes a las del Derecho Penal en general.

No obstante, no puede admitirse que, en razón de las referidas similitudes entre el Derecho Penal y el "Derecho Penal Administrativo" –cuya denominación más exacta es, en este campo, "Derecho Disciplinario"– que la totalidad de los preceptos constitucionales y legales reguladores del Derecho Penal, *per se,* sean aplicables a dicha rama, y *mucho menos a través de una normatividad de inferior categoría jerárquica como lo es un decreto reglamentario,* puedan hacerse extensivos los privilegios que por mandato constitucional y legal se han reservado únicamente a una materia muy específica, como lo es la criminal.

De ahí que para la Sala, por carecer de esa jerarquía legal a que se ha hecho referencia, el principio de carácter excepcional consagrado en la disposición acusada, resulta violatorio del art. 26 de la anterior Constitución (tercer inciso del art. 29 de la nueva Carta de 1991) y del art. 44 de la ley 153 de 1887.

2o.) **Segundo inciso del art. 7o.:**

"Sancionado un educador, prescribe la sanción en un (1) año calendario cuando se trata de deberes y prohibiciones y en tres (3) años cuando se trate de causales de mala conducta".

No atina el censor en sus planteamientos acerca de la violación del literal f) del art. 46 y de los arts. 48, 49 y 50 del decreto-ley 2277 de 1979 que, en su orden, erigen el incumplimiento sistemático de los deberes o la violación reiterada de las prohibiciones como causal de mala conducta de los educadores oficiales, establecen las sanciones por infracción de los deberes y prohibiciones y suposición en forma progresiva, determinan las sanciones por mala conducta de los mismos y la gradación de dichas sanciones, por cuanto no es cierto que la prescripción de la sanción prevista en la disposición acusada implique la inaplicación de la causal de mala conducta consagrada en el literal f) del art. 46 y de las sanciones por infracción de los deberes y prohibiciones (art. 48) o por mala conducta (art. 49) o la gradación de las sanciones en general (art. 50).

En efecto, lo que la disposición acusada establece es *la prescripción de la sanción* –no del proceso–, mas ello no entraña la exoneración de la misma, sino la imposibilidad de ejecutarla una vez hayan transcurrido los términos estipulados de conformidad con la naturaleza o la fuente de la sanción. Vale decir, la disposición parte de la base de que al educador se le sancionó por la comisión de la falta, y lo que castiga es la inactividad de la Administración para ejecutarla, fenómenos de distinta estirpe y de ahí que se disponga la prescripción de la sanción.

Por manera que la sanción, jurídicamente, *se impuso;* sucede que *no se puede cumplir* después de transcurrido el término indicado en la disposición, lo cual no obsta para que, en caso de que el educador sancionado incurra nuevamente en hechos constitutivos de infracción a sus deberes y prohibiciones o de mala conducta, le sean impuestas en forma progresiva las sanciones previstas en la ley y efectuar su gradación al tenor de los derroteros plasmados en el art. 50 del decreto-ley 2277 de 1979. Se repite: una cosa es la sanción y otra la prescripción; aquélla sirve, aunque haya prescrito, como antecedente disciplinario, porque, como sanción subsiste.

No es, pues, violatorio de las citadas normas constitucionales y legales, el analizado segundo inciso del art. 7o. del decreto 2480 de 1986, y ha de denegarse, por tanto, la solicitud de la nulidad.

3o.) **Primer inciso del art. 9o.:**

"Por infracción a los deberes y prohibiciones.– Para investigar y aplicar las sanciones de que trata el artículo 48 del decreto ley 2277 de 1979, se considera como inmediato superior:

a) El Director del establecimiento educativo o quien haga sus veces respecto de los docentes y directivos docentes de educación pre-escolar o básica primaria;

b) El Rector, respecto de los docentes y directivos docentes de básica secundaria o media vocacional;

c) El Director de Núcleo de Desarrollo Educativo, respecto de los directores y rectores;

d) El Jefe de Distrito Educativo, respecto de los Directores de Núcleo de Desarrollo Educativo y supervisores de Educación;

e) Para los Inspectores Nacionales, así como para los Jefes de Distrito Educativo donde estos cargos sean de carácter docente directivo, el inmediato superior será el mismo Superior Académico, entendiendo por éste al Jefe de la Dirección, Oficina, División o Sección de Enseñanza Primaria, Básica Secundaria o Media respectiva.

. . . . . .

. . . . . ".

En sentir de la Sala, esta disposición no transgrede el art. 32 del decreto-ley 2277 de 1979 según lo cree el actor. Esta norma define el carácter docente de ciertos cargos directivos y establece que, en consecuencia, deberán ser provistos con educadores escalafonados, porque ella no atribuye a los directivos allí señalados la competencia para conocer de los procesos disciplinarios contra los maestros. Por tanto, bien podía el Gobierno Nacional otorgar a todos los directivos a que el art. 32 del decreto-ley 2277 de 1979 se refiere, o sólo a unos de tales directivos, aludida competencia, que fue lo que hizo al señalar que el director del establecimiento educativo, el rector, el director de núcleo de desarrollo educativo, el jefe de distrito educativo se consideran superiores inmediatos respecto del personal que discrimina el inciso ya no atribuyendo tal carácter ni a los supervisores ni a los inspectores de educación a que se contrae el literal e) ibídem. Es evidente que ese inciso, en sus literales, sólo se ocupa en definir quién es el inmediato superior de tales funcionarios para lo señalado en el art. 48 del decreto-ley 2277 de 1979. No se declarará, entonces, la nulidad del inciso 1o. del art. 9o.

4o.) **Artículo 16:**

"Sujetos de la acción.– Son sujetos de la acción disciplinaria los educadores oficiales escalafonados, cualquiera que sea la índole de su relación laboral sin perjuicio de lo previsto en el artículo siguiente".

En opinión del actor, tal disposición quebranta el art. 3o. del decreto-ley 2277 de 1979, que define así a los educadores oficiales:

> **"Educadores oficiales.**— Los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales de orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la Administración por las normas previstas en este Decreto".

De acuerdo con lo anterior, tales docentes inequívocamente son empleados oficiales sometidos a un régimen especial y se hallan vinculados a la Administración mediante una relación legal y reglamentaria. De suerte que al señalar la disposición acusada como sujetos pasivos de la acción disciplinaria a los educadores oficiales, se está refiriendo exclusivamente a los docentes que prestan sus servicios en virtud de una relación legal y reglamentaria y no a otra clase de docentes, porque la locución "educadores oficiales" se contrae, por mandato legal, a aquéllos y no a otros docentes, pues no existen educadores oficiales con otro tipo de vinculación laboral en el sector público.

Despréndese de lo anterior que la frase *"cualquiera que sea la índole de la relación laboral"* contenida en el art. 16 del decreto 2480 de 1986, resulta ser un apéndice que excede lo previsto en el art. 3o. del decreto-ley 2277 de 1979, pues la norma se refiere a los educadores oficiales, los cuales no son otros que los definidos en el menciondo artículo.

Es imperioso, entonces, la declaratoria de nulidad de la mencionada frase: *"cualquiera sea la índole de la relación laboral"*.

5o.) **Segundo inciso del art. 20:**

> "Para los efectos de la toxicomanía se tendrá en cuenta el daño que se cause a la comunidad educativa por razón del consumo o tráfico de substancias estupefacientes o narcóticas sometidas al control o prohibición de las autoridades".

No comparte la Sala los planteamientos del accionante en el sentido de que lo dispuesto en el canon transcrito va más allá de lo previsto en el literal a) del art. 46 del decreto-ley 2277 de 1979 que reglamenta; para la Sala, la circunstancia de que la conducta del docente toxicómano haya producido daño a la comunidad educativa, a la luz del art. 50 ibídem, que establece la gradación de las sanciones, comporta un factor determinante de ésta, por cuanto resultan ser más graves las consecuencias del proceder del docente adicto a las drogas toxicómanas, cuando con el mismo se produce daño a la comunidad que cuando sus hábitos no trascienden a ésta.

Por tanto, en el primer caso, el educador amerita una sanción más drástica que en el segundo.

La disposición demandada, por ende, no transgrede el literal a) del artículo 46 del decreto-ley 2277 de 1979, porque no lo entiende como configurante de tipicidad, sino que se refiere sólo a la clasificación. En consecuencia, no se dispondrá su nulidad.

6o.) **Artículo 21:**

"En la aplicación del literal b) del artículo 46 del Decreto número 2277 de 1979 se tendrá en cuenta que ningún comportamiento que atente contra la libertad y el pudor sexuales debe tener lugar bajo ninguna circunstancia entre docente y alumno".

A su turno, el artículo 46, literal b), a que se refiere la disposición y que el demandante estima conculcado, reza:

"**Causales de mala conducta.**– Los siguientes hechos debidamente comprobados constituyen causales de mala conducta:

. . . . . .

b) El homosexualismo o la práctica de aberraciones sexuales;

. . . . . ".

No ve la Sala que la disposición contenida en el art. 21 del decreto reglamentario 2480 de 1986 vaya más allá del alcance del literal b) del art. 46 del decreto-ley 2277 de 1979 que se ha transcrito también para una más fácil comparación. Aunque éste sólo habla de la práctica del homosexualismo y de aberraciones sexuales entre docentes y alumnos, él no estipula un campo más cerrado en esta materia, sino que solamente hace énfasis en la no aceptación, bajo ningún punto de vista, de comportamientos que atenten contra la libertad y el honor sexuales entre docentes y alumnos. A juicio de la Corporación, se quiso resaltar la especial gravedad que debe darse a una conducta de tal naturaleza dentro del proceso disciplinario, pero no exonerar de responsabilidad a los educadores que incurran en homosexualismo o en aberraciones sexuales con personas distintas a los alumnos que es la conclusión a que se llega de acuerdo con los planteamientos de la parte actora.

No ha de anularse, pues, el art. 21.

7o.) **Artículo 22:**

"En la aplicación del literal c) del artículo 46 del decreto 2277 de 1979 se tendrá en cuenta el mayor o menor provecho indebido obtenido por el docente para sí o para un tercero, así como el daño causa-

do a la economía del establecimiento o al proyecto concreto a que estuvieren destinados los fondos respectivos".

La Sala estima que al determinarse en este artículo que para la aplicación del literal c) del art. 46 del decreto-ley 2277 de 1979, que cataloga como causal de mala conducta "la malversación de fondos, bienes escolares o cooperativas", al tener en cuenta las circunstancias indicadas, no excede ese literal, porque únicamente está precisando unos parámetros para una adecuada y mejor calificación y gradación de la conducta para efectos de la sanción contemplada en el art. 50 del decreto-ley mencionado, no ha, por tanto, de anularse.

8o.) **Artículo 23:**

"En la aplicación del literal d) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979 se tendrá en cuenta el provecho ilícito para el educador, o para el estudiante o para un tercero o el perjuicio por estos últimos como resultado de cualquier negociación con calificaciones, certificados de estudio o de trabajo, o documentos públicos".

La norma que se pretende reglamentar (literal d) del art. 46) se refiere al "tráfico con calificaciones, certificados de estudio, de trabajo, o documentos públicos". Se trata de una anómala situación que no permite las gradaciones que le hace la disposición reglamentaria, dado que incide en la fe pública que descansa en la probidad de los educadores, bien jurídicamente tutelado por el literal d) del art. 46 del decreto-ley. Es por ello que la Sala decretará su nulidad.

9o.) **Artículo 26:**

"Circunstancias atenuantes o eximentes.— Se consideran como circunstancias que atenúan o eximen la responsabilidad, las siguientes:

a) El haber observado buena conducta anterior;
b) El haber obrado por motivos nobles o altruistas;
c) El haber confesado voluntariamente la comisión de la falta;
d) El haber procurado evitar espontáneamente los efectos nocivos de la falta, antes de iniciarse la acción disciplinaria;
e) La ignorancia invencible;
f) El haber sido inducido a cometer la falta por un superior;
g) Cometer la falta en estado de alteración motivada por la concurrencia de circunstancias o condiciones difícilmente previsibles y de gravedad extrema".

En su ataque a este artículo, el demandante no dice cuál es la norma de superior jerarquía que se quebrante; solamente afirma que en él se consideran como equivalentes los vocablos "atenuante" y "eximente".

Ahora bien, no obstante la existencia de la deficiencia anotada, gramaticalmente hablando (las cuales son abundantes en el texto del decreto reglamentario), la Sala considera útil apuntar que en el artículo cuestionado, realmente, no se da a las palabras mencionadas una paridad o sinonimia en su significado, puesto que de su lectura se colige que en él se quiso determinar que las circunstancias en él previstas, podrían tomarse por la autoridad nominadora como causal para disminuir la responsabilidad del docente inculpado, y, entre otros, como eximente de la misma. Esa es la cabal inteligencia que amerita la disposición.

Empero, no escapa al Consejo de Estado la ostensible carencia de precisión del artículo 26 que se comenta, toda vez que no se determinó los eventos en los cuales los comportamientos en él señalados debían tenerse como liberadores de responsabilidad o sólo como atenuantes de ella. Dicho en otras palabras, la disposición se quedó corta en la especificación, no de las razones, sino de las circunstancias en que debían operar dichas causales como eximentes o como atenuantes de responsabilidad; lo que significa que hubo un inadecuado desarrollo del texto legal, que inclusive permite convertir la disposición reglamentaria en un instrumento que, en manos de sancionadores inescrupulosos, podría tornarse en medio para dejar impunes faltas verdaderamente graves cometidas por educadores, a quienes por amistad o por cualquier otro motivo recóndito, se les exoneraría de responsabilidad por la comisión de aquéllas.

No obstante, esta circunstancia no determina por sí misma la viabilidad de la declaratoria de nulidad del citado artículo 26.

De otra parte, en cuanto al cuestionamiento que se hace al mismo artículo 26 del decreto 2480 de 1986, en razón de estipular como circunstancia de atenuación o de exoneración de responsabilidad "la ignorancia invencible", la Sala siente no compartir el criterio de la Agencia del Ministerio Público, no porque se aparte de la más sana hermenéutica, sino porque el actor no citó ninguna norma concreta de superior jerarquía (y esta jurisdicción es eminentemente rogada) y porque el art. 40 del C.P. erige "la ignorancia invencible" como causal de inculpabilidad (núm. 4o.).

No ha de anularse, en consecuencia, el art. 26 acusado.

10o.) **Literal a) del art. 27:**

"**Circunstancias agravantes.**– Se consideran como circunstancias que agravan la responsabilidad, las siguientes:

a) El haber sido objeto de sanción por mala conducta dentro de los tres (3) años anteriores a la comisión de la nueva falta;

. . . . . ".

Ciertamente asiste razón al demandante cuando sostiene que esta disposición excede lo previsto en el art. 50 del decreto-ley 2277 de 1979, en virtud de que en ella se establece un límite en el tiempo (3 años anteriores a la comisión de la responsabilidad el haber incurrido el docente inculpado en faltas graves, cuando el mencionado art. 50 que regula la "gradación de sanciones", establece sin restricción alguna que se tengan en cuenta para tales efectos los antecedentes personales del infractor. No se podía entonces, a través de un decreto reglamentario, limitar en el tiempo la facultad del funcionario sancionador en este aspecto.

Se anulará, pues, el literal a) del art. 27.

11o.) **Artículo 30:**

"**¿Cómo se decreta la acumulación?**

. . . . . .

Contra el auto que decrete o niegue la acumulación no procede recurso alguno.

. . . . . ".

No atina el demandante en la argumentación que puso fin de demostrar que la disposición transcrita infringe una norma de rango superior a la que debía sujetarse (arts. 351, núm. 4o. y 150, del C. de P.C.).

En efecto, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 1o. del C.C.A. que al definir el radio de su aplicación dispone que los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas y en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas contenidas en su parte primera, en el procedimiento administrativo disciplinario de los docentes oficiales, que se rige por lo previsto en los decretos 2277 de 1979 y 2480 de 1986, no cabe aplicar el Código de Procedimiento Civil, puesto que por mandato legal en caso de cualquier vacío en tales estatutos, debe recurrirse al Código Contencioso Administrativo.

No siendo aplicable en el campo de las actuaciones administrativas, como es el procedimiento disciplinario, el Código de Procedimiento Civil, no es dable dilucidar la legalidad de la disposición demandada, bajo la óptica de las disposiciones consagradas en él, puesto que es un instituto ajeno a esta clase de actuaciones. Lo único que sorprende en este artículo es la forma interrogativa, no enunciativa, de su titulación, más ello no hace vocación a su legalidad o quebranto de cánones de rango superior.

12o.) **Artículo 35:**

"**Destitución de las personas nombradas según el Decreto 85 de 1980.**— No obstante lo dispuesto en el artículo 1o. del presente Decreto, las

personas que hayan sido nombradas de acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 085 de 1980 y se encuentren amparadas por el fuero especial que señala esa disposición podrán ser destituidas por las causales mencionadas en dicha norma; pero, en todo caso, la autoridad nominadora deberá solicitar y analizar los descargos respectivos y expedir una resolución motivada".

Considera el actor que al consagrar este artículo la destitución de las personas nombradas según el decreto 85 de 1980, sin ninguna otra fórmula de juicio que la de solicitar y analizar los descargos, deja en manos de la autoridad nominadora el aceptar o negar la solicitud de pruebas, violándose así el derecho de defensa del docente y el principio del debido proceso de que trataba el art. 26 de la Constitución vigente en la época.

El art. 1o. del decreto 85 de 1980 establece unas excepciones a la regla general consagrada en el art. 5o. del decreto 2277 de 1979, en el sentido de que a partir de la vigencia de este último estatuto no pueden nombrarse para ejercer la docencia en planteles oficiales de educación quienes no posean título docente o acrediten estar inscritos en el Escalafón Nacional, pues permite designar en las zonas rurales de difícil acceso a personas que demuestren tener título de bachiller en cualquier modalidad, siempre y cuando no exista personal titulado o en formación que esté en capacidad de prestar el servicio, y en los institutos de educación media diversificada, técnicos agrícolas, centros auxiliares de servicios docentes, concentraciones de desarrollo rural y demás instituciones que ofrezcan educación diversificada en los niveles de media vocacional e intermedia profesional, a personas con título de bachiller técnico o de bachiller en otra modalidad, pero sólo en las áreas tecnológicas, científicas o artísticas.

También se establece en esa norma (art. 1o. del decreto 85 de 1980) que las personas nombradas de conformidad con lo anterior, tienen un plazo de tres años contados a partir de la fecha de posesión, para inscribirse en el escalafón docente y que en caso de no hacerlo, la autoridad nominadora podrá declararlos insubsistentes.

Igualmente se estatuye que durante el referido período dichas personas podrán ser separadas de sus cargos solamente por las causales previstas en los arts. 29, 30, 47, 48, 49, 51 y 53 del decreto-ley 2277 de 1979.

Se tiene entonces que esas personas vinculadas a la docencia oficial según los nortes del art. 1o. del decreto 85 de 1980, sí pueden ser destituidas de sus cargos, porque el fuero especial que los ampara hace relación no a esta medida sancionatoria de faltas disciplinarias, sino exclusivamente a la declaratoria de insubsistencia esto es, a su remoción en ejercicio del poder discrecional de la autoridad nominadora. Así, en esta disposición se prevé que pueden ser destituidos por orden de autoridad competente, por infracción

de sus deberes y prohibiciones, por mala conducta, por ineficiencia profesional (arts. 29, 48, 49 y 51 del decreto-ley 2277 de 1979). Además, también se dispone que pueden ser suspendidos de sus empleos en los eventos contemplados en los arts. 30 y 53 ibídem y retirados del servicio por abandono del cargo (art. 47 del mismo estatuto).

De suerte que es equivocado afirmar, como lo hace el accionante, que respecto de las referidas personas, sólo puede la Administración declarar insubsistentes sus nombramientos, pues, precisamente, esto es lo que se le prohibe hacer, salvo después de que haya transcurrido un lapso de tres (3) años a partir de la fecha de su posesión, *siempre y cuando no se haya inscrito en el escalafón nacional docente.* Mientras que por normatividad legal, sí puede destituirlas, por las causales taxativamente enumeradas en el art. 1o. del decreto 85 de 1980.

Por lo demás, piensa la Sala, al establecer la disposición acusada que en todo caso la autoridad nominadora "deberá solicitar y analizar los descargos respectivos", se está advirtiendo a aquélla que de ninguna manera le es dable conculcar el derecho de defensa del encartado; por consiguiente, no significa que se les esté cercenando tal derecho porque no se le da la posibilidad de pedir pruebas, puesto que sí se obliga al funcionario sancionador a analizar los descargos, ello presupone, en sana lógica, que debió darse al docente la ocasión de presentarlos y con esos descargos, la oportunidad de solicitar las pruebas en que se fundamentan los descargos, porque no puede concebirse el análisis de los descargos sin el de las pruebas que le sirven de sustento, toda vez que el concepto de "descargos" subsume el de las probanzas en que se apoyan.

De acuerdo con lo anterior, no es viable declarar la nulidad del art. 35 del decreto 2480 de 1986, acusado.

13o.) **Artículo 58:**

> "**De la práctica de las pruebas.**— Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de los descargos, el Secretario Ejecutivo, dictará el auto decretando la práctica de las pruebas que considere pertinentes, las cuales se practicarán en un plazo hasta de veinte (20) días, término que no podrá prorrogarse.
>
> Para el decreto y la práctica de pruebas se observará el principio de contradicción previsto en el Código de Procedimiento Civil".

Se propone por el actor la nulidad del aparte que establece la improrrogabilidad del término de veinte (20) días que se tiene para practicar las pruebas, en razón de que se infringe, según él, el art. 180 del C. de P.C., que sí consagra la posibilidad de la prórroga del término probatorio cuando no

sea posible practicar, dentro de las oportunidades que disponen las partes, aquéllas pruebas que el juez haya ordenado de oficio.

La improcedencia de aplicar el Código de Procedimiento Civil a las actuaciones administrativas regladas en los decretos 2277 de 1979 (ley) y 2480 de 1986 (reglamentario, parcialmente acusado en el *sub-judice*), ya se analizó en este proveído y, por los mismos motivos que se expusieron al tratar sobre la legalidad del *inciso segundo* del art. 30 del decreto últimamente mencionado, sirven de apoyo ahora, al Consejo de Estado para no declarar la nulidad de la disposición que en esta oportunidad se cuestiona.

14o.) **Artículo 65:**

"**Procedimiento abreviado.**– Recibida por la Junta Seccional la sentencia en firme que condene a un educador por delito o delitos dolosos, ésta procederá de inmediato a decidir sobre la clase de sanción a que hubiere lugar. Sin embargo, antes de fallar la Junta podrá solicitar al Secretario Ejecutivo la práctica de las diligencias que considere necesarias para adoptar la decisión y deberá en todo caso oír al inculpado".

Se acusa este artículo por el actor, porque, según él, se vulnera el principio del debido proceso consagrado en el art. 26 de la Constitución de 1886. Pero, en criterio de la Corporación, esta situación no se presenta, por cuanto la sanción al docente obedecería en ese evento, al hecho *de haber sido condenado* mediante sentencia en firme por un delito o delitos *dolosos,* y de ahí que no se requiera de otras pruebas distintas a la respectiva sentencia para demostrar el presupuesto fáctico que autoriza sancionar al educador. Por manera, que no es menester agotar *todo* el procedimiento disciplinario porque la comisión de la falta, en este caso es delito, ya que fue debidamente demostrada en el proceso penal, en de modo que cualquier diligencia con este fin sobraría, dado que la autoridad sancionadora se halla frente a una causal de sanción originada en el hecho que fue suficientemente probado ante la jurisdicción en lo penal.

Así las cosas, no procede la nulidad del art. 65 del decreto 2480 de 1986.

15o.) **Artículo 74:**

"**Tiempo de servicio para el nuevo ascenso.**– El artículo 23 del Decreto 259 de 1981 quedará así:

'El tiempo de servicio para el nuevo ascenso se contará a partir de la fecha en que se hubieren cumplido todos los requisitos para el ascenso inmediatamente anterior: tiempo de servicio y curso de capacitación si fuere el caso.

El tiempo de servicio laborado por el docente, que éste acredite, con el lleno de las formalidades del caso, debe contabilizarse y de este hecho quedará constancia en la correspondiente resolución. En ningún caso el docente perderá el tiempo de servicio laborado. Pero su demora u omisión en solicitar el ascenso sólo le afectará para la determinación de la fecha de efectos fiscales. Si la documentación presentada por un docente no reúne los requisitos exigidos, se procederá a su devolución para que subsane la omisión. Corregida la deficiencia observada se empezará a contar el término de sesenta (60) días calendario, como máximo, para la expedición de la resolución de ascenso.

Cuando por acumulación de requisitos un docente deba ascender varios grados, la Junta Seccional debe decidir dichos ascensos mediante un solo acto administrativo' ".

Centra, pues, el censor la crítica en lo que atañe al último inciso y la hace consistir en un quebranto del art. 10 del decreto-ley 2277 de 1979, porque según ese párrafo es posible que un educador ascienda varios grados en el Escalafón sin que hubiera permanecido en cada uno de los grados anteriores por el tiempo establecido en el citado artículo 10 del decreto-ley.

El art. 10, consecuencia obvia del art. 9o. que establece el Escalafón Nacional Docente para la clasificación de los educadores conformado por catorce grados en orden ascendente del 1 al 14, señala los requisitos para ingreso y ascenso en los distintos grados. Dice que el grado 1 corresponde el que haya obtenido el título de bachiller pedagógico; el grado 2, al que sea "perito o experto en educación" o "bachiller pedagógico" siempre que haya permanecido 3 años en el grado 1 y así, según el título que vaya obteniendo irá ascendiendo. Mas la norma de tipo legal permite que un docente entre de lleno en el escalafón en un grado superior, como es el caso, por ejemplo, del "licenciado en ciencias de la educación" o el "profesional con título universitario diferente al de Licenciado en Ciencias de la Educación" que entra de una vez al grado 7 sin haber pertenecido necesariamente a los grados anteriores. De modo que es la propia norma legal la que permite la "acumulación de requisitos" para ascender varios grados, sin necesidad de que haya permanecido, indispensablemente, tiempos en los grados anteriores.

No observa, pues, la Sala la violación anotada por el demandante, y de allí que haya de denegar la anulación.

16o.) **Artículo 75:**

Revocatoria de las resoluciones de ascenso.— Las resoluciones de ascenso dictadas en contradicción del artículo anterior serán revocadas por las Juntas Seccionales o a solicitud de parte en los términos de los artículos 66 y 69 del Código Contencioso Administrativo".

La censura también la basa el actor en el art. 10 del decreto-ley 2277 de 1979. Supone que al resultar anulado el art. 74 del decreto reglamentario, se impone, como consecuencia, la anulación del siguiente. Por lo tanto, establecida la legalidad del art. 74, es apenas lógico que el art. 75 se declare ajustado también a derecho, máxime si se observa que la revocatoria directa de los actos administrativos los acomoda a las normatividades que sobre el tópico indica el Código Contencioso Administrativo que unos años antes –en 1984– había comenzado a regir. En otras palabras, el decreto reglamentario sólo pretendió, a través del art. 75, actualizar la actuación administrativa en materia de ascensos en el escalafón docente a la nueva realidad constitucional con el fin de facilitar su aplicación, lo que no constituye en modo alguno violación a la potestad reglamentaria por cuanto la normatividad del nuevo Código (decreto-ley 1 de 1984) guarda, a grandes rasgos, semejantes lineamientos que instituía el decreto 2733 de 1959 sobre "revocatoria directa" (arts. 21 a 25).

17o.) También estima el demandante que los ya mencionados artículos 74 y 75 y, además, los arts. 76 y 77, que integran el TITULO IV del decreto 2480 de 1986, que se denomina "DISPOSICIONES VARIAS", deben ser anulados por quebrantar los arts. 77 y 92 de la Carta Fundamental vigente en la época (que corresponden a los arts. 158 y 169 de la Constitución de 1991) en relación con el principio de la "unidad de materia" al ordenar que las leyes o titular de éstas, deben corresponder al contenido o texto; de allí que al hablar ese título de "DISPOSICIONES VARIAS" se aleja de lo que pretendió reglamentar, o sea, el "REGIMEN DISCIPLINARIO", y reglar sobre el tiempo de servicio para los ascensos, revocatoria de las resoluciones, tiempo doble y competencia para determinar ese tiempo doble (fl. 20).

La Sala cree necesario puntualizar que el decreto 2480 acusado se expidió en ejercicio de las facultades que le otorgaban al presidente de la República los ords. 3o. y 12o. del art. 120 de la Constitución Política de 1886 (hoy ords. 11 y 21 del art. 189 de la nueva Carta de 1991) y no sólo en lo que atañe al "Régimen Disciplinario", sino "parcialmente" lo atinente al "ejercicio de la profesión docente" que es de lo que se ocupa el decreto-ley 2277 de 1979, conocido con razón como "ESTATUTO DOCENTE". Por eso no tenía que circunscribirse a temas sobre régimen disciplinario de los docentes.

Además, las reglas contenidas en el Título IV ("DISPOSICIONES VARIAS") se refieren todas a cuestiones relacionadas con los educadores en general y los oficiales en particular, por lo que ni aún aceptando que los arts. 77 y 92 de la anterior Constitución fueran aplicables a los decretos reglamentarios, se configuraría la pretendida violación por parte de los arts. en comento.

No procede entonces su anulación por este concepto.

18o.) No obstante lo expuesto, como el actor también propone la nulidad del *art. 76* por rebasar lo dispuesto en el art. 37 del decreto-ley 2277 de 1979 al consagrar la figura de *"escuela nueva"* como aspecto para contabilizar "tiempo doble" de servicio, que no aparece en el decreto-ley, valiéndose de la misma motivación de que hizo uso cuando accedió a su suspensión provisional. En efecto, el art. 37 dice a la letra:

> **"Tiempo doble.**— A los educadores con título docente que a partir de la fecha de expedición de este Decreto desempeñen sus funciones en escuelas unitarias, áreas rurales de difícil acceso y poblaciones apartadas, se les tendrá en cuenta como doble el tiempo de servicio para efectos de ascenso en el escalafón...".

Como se observa, el decreto-ley no habla de "escuela nueva".

No ocurre lo mismo con el segundo inciso del art. 76 que dice:

> "El tiempo de servicio prestado por los educadores con título docente en los Territorios Nacionales (Intendencias y Comisarías) se les tomará como doble para efectos de ascenso en el Escalafón".

Y ello, porque el segundo inciso del art. 37 en que se basa la censura enseña:

> El Gobierno Nacional determinará los criterios para definir dichas áreas y poblaciones".

Que es lo que hizo, al precisar que las poblaciones de los entonces llamados Territorios Nacionales (las antiguas intendencias y comisarías) eran "rurales" de difícil acceso y poblaciones apartadas, como la misma realidad geográfica lo revelaba y lo sigue revelando. El espíritu de la norma legal es claro: crear una especie de estímulo para los docentes que presten sus servicios de tales en esas áreas y poblaciones. No se accederá, pues, la nulidad, y ha de disponerse el levantamiento de la suspensión provisional que de ella se resolvió en el auto correspondiente.

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

FALLA:

1o.— Declárase la nulidad del inciso segundo del art. 6o.; de la frase "cualquiera sea la índole de la relación laboral" del art. 16; del art. 23; del literal a) del art. 27 y de la locución "escuela nueva" del art. 76 del decreto No. 2480 de 1986 (reglamentario) expedido por el Gobierno Nacional.

2o.– No se accede a declarar la nulidad del segundo inciso del art. 7o.; del primer inciso del art. 9o.; del segundo inciso del art. 20; de los arts. 21, 22, 26, 30, 35, 58, 65, 74, 75 y 77 del mismo decreto.

3o.– Queda sin efecto la suspensión provisional del segundo inciso del art. 76 a que se refiere el auto de cuatro (4) de agosto de mil novecientos ochenta y siete (1987).

4o.– Deniéganse las demás peticiones de la demanda incoada por el ciudadano Hernando Osorio Delgado.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE AL MINISTERIO DE EDUCACION Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE. CUMPLASE.

La anterior providencia fue aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de noviembre 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.

RECURSO DE SUPLICA– Improcedencia/**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA**

La Sala de lo Contencioso Administrativo, dentro de sus funciones especiales, tiene la de resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia. Sin embargo, para llegar a ello, el recurso ordinario de súplica no es el camino adecuado. El recurso ordinario de súplica tiene otros propósitos y otro es el competente para conocer del mismo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C. diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 5700. Actor: Pedro Pablo Camargo.– Autoridades Nacionales.

En escrito visible a folios 50 a 62, el demandante, quien obra en su propio nombre, manifiesta que: "... estando dentro del término legal, con fundamento en el Art. 183 del Código Contencioso Administrativo, interpongo el recurso de SUPLICA para que, por su importancia jurídica y trascendencia social (art. 97, numeral 5, ibídem), *la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo revoque las providencias del 29 de junio y 30 de septiembre de 1991,* proferidas por la Sala Laboral en el asunto de la referencia y, como consecuencia, *se me conceda el recurso de APELACION* contra la sentencia del 11 de junio de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca". (subrayas de la Sala).

Más adelante reafirma el actor que el recurso de súplica lo basa en el art. 183 del C.C.A. y agrega que lo interpone debido a que la providencia de 30 de septiembre de 1991 contiene puntos nuevos.

Y, por último señala: "... que por la vía de súplica, demando a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado *revoque la sentencia del 11 de junio de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por ser abiertamente inconstitucional o ilegal...*". (nuevamente se subraya).

La Secretaría, ateniéndose a la letra de lo impetrado, es decir, que se trata de la interposición de un recurso *ordinario* de súplica (art. 183 C.C.A.), pasó el asunto a la magistrada de la Sección que, en orden alfabético, sigue al que conduce el proceso en el presente recurso de queja que conoce la Sala en virtud de la interposición del mismo contra el auto de 27 de febrero de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para denegar la concesión del de apelación interpuesto, a su turno, contra la sentencia de 27 de julio de 1990. A su turno, la magistrada, por auto de cúmplace, tuvo el mencionado *recurso ordinario de súplica* como *extraordinario* (art. 130 C.C.A., art. 21 decreto-ley 2304 de 1989) e indicó que "corresponde al Magistrado conductor del proceso presentar la ponencia por medio de la cual la Sala decidirá si procede su tramitación". De allí que dispusiera, en consecuencia, que "por Secretaría regrese el expediente al Despacho de su origen". (ver fol. 165).

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1o.– Claramente se observa que el recurrente interpone *súplica ordinaria,* dado que invoca el art. 183 del C.C.A. cuyo tenor es el siguiente:

> "El recurso de súplica procederá en todas las instancias contra los autos interlocutorios *proferidos por el ponente.*
>
> Este recurso deberá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto en escrito dirigido a la Sala de que forme parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda.
>
> El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la Secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado el secretario *pasará el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia,* quien será el ponente para resolverlo. Contra lo decidido no procederá recurso alguno".

El proveído de treinta (30) de septiembre de mil novecientos noventa y uno (1991) (fols. 45 a 49) no fue dictado por el magistrado conductor en Sala Unitaria, puesto que por medio de él se resolvía un recurso de reposición contra el auto de veintinueve (29) de julio del mismo año, proferido

por la Sección (fls. 32 a 35), sino que lo fue, igualmente, por ésta al tenor de lo ordenado por el art. 180 del C.C.A. En consecuencia, es evidente que el recurso de súplica (ordinario) que ahora interpone no tiene cabida.

2o.– El otro recurso llamado también de súplica, tiene carácter extraordinario y se halla gobernado actualmente por los dos primeros incisos del art. 130 del C.C.A., según la versión del art. 21 del decreto-ley 2304 de 1989, que a la letra dicen:

> "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.
>
> En el escrito que se interponga el recurso se indicará, en forma precisa, la providencia en donde conste la jurisprudencia que se repute contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o de la sentencia".

Como el auto de treinta (30) de septiembre ya mencionado es interlocutorio, teóricamente es posible que contra él se interponga el dicho recurso extraordinario de súplica. Sin embargo, en el caso *sub-lite* no es posible concederlo por dos motivos fundamentales, a saber:

a) Porque la parte actora no lo ha interpuesto y la jurisdicción de lo contencioso-administrativo es eminentemente rogada, (arts. 138 (art. 24, decreto-ley 2304 de 1989), 152 (31 ibídem), 189 (42), etc., etc.), y

b) Porque el escrito a través del cual ha sustentado el recurso *ordinario* de súplica no se aviene a los postulados indicados en el segundo párrafo del art. 130 transcrito, es decir, no dice que el auto de 30 de septiembre haya acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación ni se refiere, en forma precisa, a la providencia en la que consta la jurisprudencia que él estima contrariada.

3o.– Como se ha visto, en el escrito de interposición del recurso de súplica (ordinario) de 7 de octubre de 1991 (fols. 50 a 62), la parte actora dice:

> "... interpongo el recurso de SUPLICA para que por su importancia jurídica y trascendencia social (art. 97, numeral 5, *ibídem*), la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo revoque las providencias del 29 de julio y 30 de septiembre de 1991 proferidas por la Sala Laboral en el asunto de la referencia y, como consecuencia, se me conceda el recurso de APELACION contra la sentencia del 11 de junio de 1990, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca".

A la verdad, el numeral 5 del segundo inciso del art. 97 del C.C.A. (art. 7o., decreto-ley 2288 de 1989) enseña que la Sala Plena de lo contencioso-administrativo, dentro de sus funciones especiales, tiene la de "resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia". Esa disposición es reiterada por el último inciso del ya citado art. 130 del C.C.A. al decir:

> "A la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo le corresponde decidir los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo, resuelve asumir competencia".

Sin embargo, para llegar a ello, el recurso ordinario de súplica no es el camino adecuado. El recurso ordinario de súplica tiene otros propósitos y otro es el competente para conocer del mismo, o sea, una Sala de decisión integrada por los magistrados de la sección del caso, excluido el magistrado conductor del asunto judicial del caso, precisamente porque ese recurso sólo tiene cabida contra un auto de Sala unitaria que dicho magistrado conductor haya proferido. No ha de olvidarse que las disposiciones de procedimiento son de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento.

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

RESUELVE:

Recházase por improcedente el recurso ordinario de súplica interpuesto por el actor en este asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 27 de noviembre 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.

PODER DE POLICIA/REVOCACION DIRECTA DEL ACTO

Los actos administrativos del ejercicio del poder de policía, de la función correccional, son eminentemente revocables, bien por la propia autoridad que los haya ejercido, bien por su inmediato superior jerárquico; porque al ser limitaciones, cercenamientos, afectan derechos individuales y puede ocurrir que en un caso concreto, estas limitaciones o cercenamientos hayan desbordado los cauces establecidos por la Constitución o la ley u ocasionado agravio injustificado a una persona. Los actos administrativos intimatorios, intimidatorios, o conminatorios por lo común, son esencialmente revocables directamente por la Administración.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 1115 (8.825). Actor: Asociación Nacional de Jubilados de Ecopetrol –Distrito Norte–. (Reconstrucción –D.e.2825/1985–).

Decide el Consejo la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy de nulidad y restablecimiento del derecho) y por conducto de apoderado judicial, presentó la Asociación Nacional de Jubilados de Ecopetrol –Distrito Norte– (COLPET–SAGOC), entidad cuya personería jurídica fue reconocida por resolución No. 038 de 1960 de la Gobernación del Departamento de Norte de Santander, contra la Nación (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social) para impetrar la nulidad de la resolución No.

03878 de 12 de noviembre de 1982 expedida por el Director General de Trabajo de ese ministerio, solicitando además y como consecuencia de ello, se dé cumplimiento a lo ordenado en las resoluciones números 1541 de 4 de septiembre de 1980, 0066 de 20 de enero de 1981 y 0527 de 24 de marzo de 1981, expedida aquélla por el Coordinador de la división Departamental de Trabajo y Seguridad Social de Norte de Santander y éstas, por el Jefe de División Departamental de Trabajo y Seguridad Social de la misma división territorial del país.

Además de la Nación como parte demandada, figura de autos como *litis* consorcio necesario la Empresa Colombiana de Petróleos –"ECOPETROL"– la que igualmente ha acreditado en legal forma su personería y representación legal y otorgado poder a abogado para que actúe a su nombre en este proceso.

ANTECEDENTES

1.– El expediente original hubo de ser reconstruido a solicitud de la parte actora conforme a las reglas fijadas por el decreto extraordinario 3825 de 1985, a causa de su destrucción durante los luctuosos hechos de 6 y 7 de noviembre del dicho año en el Palacio de Justicia de Bogotá y se halla en la etapa de dictar la sentencia que dirima la controversia sometida a la Sala.

2.– Los hechos, en que la parte demandante sustenta sus pretensiones, pueden resumirse así:

a) Los miembros de la asociación son antiguos trabajadores, hoy jubilados, de las antiguas sociedades "Colombian Petroleum Company" (Colpet) y "South American Gulf Company" (Sagoc), cuyas obligaciones laborales, legales y convencionales, igual que la gestión, la administración, el manejo y la propiedad de los centros de trabajo donde operaban en virtud del llamado "contrato Chaux-Folson", fueron asumidos por Ecopetrol, tanto que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social declaró la "unidad de empresa" de todas ellas (resoluciones 114 y 437 de 1976, 20 de enero y 16 de febrero, en su orden), las que igualmente declararon que "la única convención colectiva de trabajo era la vigente en Ecopetrol, entidad que debía hacer extensivos los derechos y garantías convencionales a los trabajadores de la Colpet y de la Sagoc".

b) En virtud de que las leyes 10 de 1972 y 4a. de 1976 establecieron una serie de beneficios médicos y educacionales en favor de los pensionados y sus familiares en las mismas circunstancias y condiciones exigidas en las empresas por la normatividad correspondiente para sus trabajadores activos ya que Ecopetrol tiene establecidos beneficios de esta naturaleza para unos y otros, más excluyendo a los jubilados de Colpet y Sagoc, la asociación actora acudió a la vía gubernativa a fin de que se conminara a la empresa

para el reconocimiento de ese derecho en cabeza de sus miembros y familiares en los mismos términos que rezan las convenciones colectivas celebradas por Ecopetrol a fin de que diera cumplimiento a esas obligaciones de tipo médico y educacional.

c) Agotada la vía gubernativa ante las autoridades de Norte de Santander, Ecopetrol acudió al Ministerio de Trabajo para que procediera a la *revocatoria directa* de los actos que acaban de aludirle, a lo que accedió el Ministerio a través de su director general, por medio del acto que en este asunto es acusado de nulidad.

d) Sostiene el libelista que para esa revocatoria directa, el Ministerio no obtuvo autorización o consentimiento de la Asociación incurriendo así en violación de las disposiciones legales vigentes –art. 24 del decreto 2733 de 1959– y también en "abuso y desviación de poder".

3.– Como disposiciones violadas, adicionando el ya indicado art. 24 del decreto 2733 de 1959, el demandante señala los arts. 2, 17 y 30 de la Constitución vigente para aquellos días, y el literal f) del art. 3o. del decreto 62 de 1976, exponiendo su criterio sobre el tópico a través de prolijas disquisiciones que serán analizadas en la parte considerativa de este fallo.

4.– Con oposición de Ecopetrol, que rebate los hechos y las argumentaciones de la actora, se trabó el debate. Y así, plantea la controversia aduciendo que cuando las autoridades del trabajo que tienen asiento en Norte de Santander profirieron las resoluciones por las cuales se la conminó con multa a cumplir unas supuestas obligaciones legales y convencionales respecto a los antiguos trabajadores de Sagoc y de Colpet, ahora jubilados, asumió unas funciones o atribuciones que no les correspondían, porque al tenor del art. 41 del decreto legislativo 2351 de 1965 (numeral 1o.), "dichos funcionarios no quedan facultados, sin embargo, para declarar derechos individuales ni para definir controversias cuya decisión éste atribuía a los jueces, aunque sí para actuar en esos casos como conciliadores", ante lo cual, carece de fundamento la violación que atribuye la actora respecto al art. 24 del decreto 2733 de 1959, dado que "tal disposición tiene aplicación únicamente cuando se ha configurado "una situación individual o reconocido un derecho de igual categoría", lo cual no sucedió en el presente caso por terminante prohibición legal contenida en el art. 41 del decreto legislativo 2351 de 1959 antes citado. Explica igualmente que los funcionarios del Ministerio de Trabajo sólo tienen el carácter de autoridades de policía para todo lo relacionado con la vigilancia y control, por lo que no puede dirimir controversias como la presentada entre la asociación que representa a los jubilados de las antiguas compañías petroleras, por lo cual, al ser revocadas directamente por el superior de estas autoridades de rango seccional, no se quebrantó ninguna norma, máxime si se tiene en cuenta que esas resoluciones (las 1541, 066 y 527) "no constituyeron ninguna situación jurídica individual ni reconocieron

un derecho de igual categoría, pues simplemente, se limitaron a conminar a Ecopetrol a dar cumplimiento a las leyes 10a. de 1972 y 4a. de 1976, no conminar significa "amenazar a quien está obligado a obedecer" y "la amenaza" no confiere derecho individual alguno sino simplemente busca el cumplimiento de una orden u objetivo". Por lo tanto, aunque el Director General del Trabajo no obtuvo el consentimiento de la Asociación que actúa aquí como demandante porque no estaba en el deber de hacerlo porque lo que se revocó no constituía ninguna situación jurídica individual sino una conminación a otro –a Ecopetrol–, al disponer la revocatoria directa simplemente vio que las resoluciones de las autoridades de trabajo en Norte de Santander habían obrado en manifiesta oposición a la Constitución o la ley, no conformemente con el interés público o social y causando agravio injustificado a una persona. De allí que concluya que deben ser denegadas las pretensiones de la demanda.

Superados, pues, los incidentes presentados a raíz de la reconstrucción del expediente y no hallando ahora ningún vicio que afecte el proceso *in examine,*

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1o.– **Del acto acusado.**

Quepa aclarar y anotar que se trata de juzgar la legalidad del único acto administrativo impugnado mediante la demanda que dio origen a este asunto, o sea el contenido en la *resolución No. 3978 de 1982 –12 de noviembre–,* expedida por el Director General del Trabajo del Ministerio del ramo.

No se ha de dirimir, por tanto, una eventual controversia entre la actora –Asociación Nacional de Jubilados de Ecopetrol (Distrito Norte)– o de las personas naturales que son miembros de ésta, y la Empresa Colombiana de Petróleos en torno de las obligaciones de tipo médico o asistencial que ella pueda tener a la luz de las leyes 10 de 1972 y 4a. de 1976, dado que dicha controversia, de existir, correspondería dilucidarla a una jurisdicción *distinta* a la de lo contencioso-administrativo.

Porque resulta claro que a la jurisdicción contencioso administrativa corresponde tan sólo el papel de conocer de los litigios que giren en torno a los *actos administrativos,* a los hechos, a las omisiones, a las operaciones administrativas y a los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad que celebran las entidades públicas y las privadas que ejerzan funciones administrativas, según los nortes de la Constitución antigua (art. 141, ord. 3o.) y de la de 1991 (arts. 236, 237, ord. 1) y de los arts. 64 y ss. del anterior Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941) y del art. 83 del actual (decreto-ley 1 de 1984; art. 13, decreto-ley 2304 de 1989), y no controversias de orden privado entre personas que estuvieron vincula-

das a través de contratos laborales: estas controversias o pleitos son del conocimiento de una jurisdicción distinta, como se ha dicho.

El mencionado acto administrativo (resolución No. 3978 de 1982 –12 de noviembre–) *revocó directamente* una conminación que le había hecho una autoridad del trabajo de inferior jerarquía a ECOPETROL para que cumpliera ciertas obligaciones en favor de los jubilados de las compañías Colpet y Sagoc, porque el Director General del Ministerio del ramo estimó que mediante esos actos (los revocados), habíase ejercido una atribución propia de la jurisdicción laboral ordinaria, llamada a dirimir los puntos de vista que sustentan la Asociación por un lado y Ecopetrol por el otro.

2o.– **De la naturaleza del acto acusado.**

Ha de entenderse, en consecuencia, y sin necesidad de mayores disquisiciones jurídicas, que la figura de la *revocatoria directa* de los actos administrativos constituye una facultad otorgada por la ley a la Administración activa para emitir el cabal y verdadero *"acto antiacto"*. Es, ciertamente, una satisfacción extraprocesal de una pretensión, porque, mediante ella, la Administración reconoce las razones que asisten al Administrado en vía gubernativa, fuera de juicio, logrando éste, así, un resultado parecido o semejante al que habría obtenido acudiendo ante la jurisdicción en demanda de la nulidad del acto ilegal por medio del fallo correspondiente. Por la revocatoria directa se logra, entonces, la extinción del acto revocado.

Bajo la vigencia del decreto 2733 de 1959 se reglamentaba la revocatoria directa de los actos administrativos así:

> "Los actos administrativos *deberán* ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido, *o por sus inmediatos superiores,* de oficio o a solicitud de la parte, en cualquiera de los siguientes casos:
>
> a) Cuando sea manifiesta su oposición con la Constitución o la ley;
>
> b) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
>
> c) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".
>
> (art. 21, decreto 2733 de 1959; las subrayas no son del texto).

Era por consiguiente –y sigue siéndolo–, un *deber* la revocatoria directa en alguna de esas circunstancias. Sin embargo, a estas pautas generales señaladas por el citado art. 21 se oponía una excepción contenida en el art. 24:

> "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".

De semejante espíritu son las disposiciones reguladoras de la revocatoria directa de los actos administrativos, vigentes en la actualidad. Así se tiene:

"**Causales de revocación.**– Los actos administrativos *deberán* ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o *por sus inmediatos superiores,* de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

1o.) Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley;

2o.) Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;

3o.) Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona".

(Art. 69, C.C.A.; Decreto-ley 1 de 1984; las subrayas son de la Sala).

Y, a su turno, el art. 73 ibídem dice:

"**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 revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos, o de hecho que no indican en el sentido de la decisión...".

(Nuevamente se subraya).

De modo, pues, que la revocatoria directa es posible por cualquiera de las causales previstas en las disposiciones indicadas, siempre que el acto administrativo a revocar no haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría *a favor de alguien,* salvo que se cuente con el consentimiento –que no son aplicables al caso *sub-lite*, se podrán revocar los actos administrativos sin contar con ese consentimiento, si han surgido del silencio positivo (art. 41 C.C.A.) y se da una de las circunstancias indicadas, y parcialmente si se trata de corregir "simples errores aritméticos, o de hecho no incidan en el sentido de la decisión".

Ahora bien: en el caso *sub-judice* se observa cómo el acto enjuiciado *revocó* los actos de las autoridades de trabajo de Norte de Santander invocando dos causales, a saber: 1a.) Ser ellos opuestos a la Constitución que ha ubicado la composición de los litigios en la rama jurisdiccional del poder público y no en autoridades administrativas. 2a.) Causar agravio a una persona –ECOPETROL– al conminarla con multas si no cumplía determinadas obligaciones laborales.

Cabe preguntar entonces si el acto acusado, al revocar los pronunciamientos que habían conminado a ECOPETROL a cumplir unas obligaciones so pena de multas, afectó o no situaciones jurídicas concretas o derechos particulares radicados en los pensionados del Colpet y Sagoc, sin pedirles sus consentimientos personalmente.

Para contestar este interrogante es pertinente analizar la naturaleza de los actos que fueron revocados, para determinar así si la primera censura que hace la parte demandante tiene o no lugar: que fueron infringidas las normas en que debió fundarse. Y de la lectura de esos actos se infiere que son clasificables entre los llamados *actos intimatorios* porque declararon, notificaron e hicieron saber, con autoridad, a un administrado concreto –ECOPETROL– el cumplimiento de una orden con el anuncio de una sanción de carácter pecuniario si no se aviene a lo ordenado, es decir, con fuerza para ser obedecido.

3o.– **De los actos intimatorios y el ejercicio del poder administrativo de policía.**

No hay duda que, por lo regular, los actos administrativos llamados *"intimatorios"* son manifestaciones o expresiones del denominado *"poder de policía"* ("police power"), porque corresponden al ejercicio de medios tendientes a preservar, asegurar, conservar y restablecer el orden público –en su significado extenso– en sus aspectos principales, a veces al través de recursos coercitivos o de la fuerza, enderezados a imponer el respeto y cumplimiento de los mandatos que se han asignado, con ánimo de disciplinar o castigar si aquello no se cumpliere.

Obviamente que el *ejercicio* del poder administrativo de policía, es decir *la función correccional* que llaman algunos tratadistas, es emanación o debe estar enmarcado en los nortes legales que orientan el poder de policía abstractamente considerado, que, como se lee en el importantísimo salvamento de voto del magistrado de la Corte Suprema doctor José Gabriel de la Vega, a la sentencia de 27 de enero de 1977 ("Gaceta Judicial", tomo CLVI, No. 2396, págs. 40 y ss), es parte cardinal del derecho administrativo, "pues tira al cumplimiento de reglas que imponen conductas a los asociados con el fin de mantener el orden indispensable a la convivencia, consiste a menudo en recortes y defensas a la libertad individual, o sea del desarrollo

de las actividades privadas" pero no puede ser arbitrarios sino esencialmente jurídico: "implica necesariamente *disposiciones* y *decisiones* que precisa expedir, *desarrollar* y *poner en obra*, y además medidas y correctivos concretos referentes a individuos o grupos asociados. Tiende a contrarrestar desórdenes o molestias, en ocasiones de manera inmediata" porque "debe ser principalmente rápida, preventiva y eficiente". La aludida sentencia de la Corte (Op. Cit. págs. 34 a 37, magistrado ponente, doctor Luis Sarmiento Buitrago) explica sobre el tópico: "La facultad de dictar normas reguladoras de la libertad individual, con miras a preservar su ejercicio cabal dentro del marco del orden público, es el llamado poder de policía, que en los estados democráticos le corresponde al legislador, para que sean los delegatarios directos del pueblo quienes determinen lo conveniente y justo en tan delicada e importante materia. El constituyente ha distribuido la competencia para organizar y reglamentar lo relativo a la policía entre el Congreso y las Asambleas Departamentales".

Y el poder de policía así entendido en abstracto, se desarrolla, se pone en obra, haciéndose uso de la función correccional que tiene, entre otras expresiones concretas, los mencionados *"actos intimatorios"*. Ellos, por su propia naturaleza, son creadores de situaciones jurídicas individuales DESFAVORABLES para alguien, es decir, no crean ni reconocen derechos, porque como emanaciones del poder de policía que son, ostentan un carácter eminentemente coercitivo. Las estimaciones son apercibimientos y, por tanto, cercenamientos, limitaciones jurídicas de los derechos subjetivos de los administrados, y esos apercibimientos, limitaciones o cercenamientos hacen a su esencia y existencia "por una imposición elemental de convivencia social resultante de la relación bilateral "Estado" y "administrados". *El ejercicio del poder de policía* "regula", "ordena", "limita" e "impone"... El Estado debe asegurar el imperio del derecho y una justa convivencia social; por ello puede imponer limitaciones en la forma, modo o extensión del goce de los derechos. Esas limitaciones (tradicionalmente impuestas por el llamado "poder de policía... 0, aparecen en beneficio del Estado, pero en suma es para el bien de la comunidad toda, pues se trata de una protección en defensa del interés social al equilibrar la extensión de los derechos de un individuo respecto a otros, y del Estado mismo. Pues justamente al Estado le incumbe *el deber* de verificar el cumplimiento *del deber*, que tienen todos los administrados de no perturbar el buen orden de la cosa pública e impedir los trastornos que pueden incidir en su propia existencia". (Dromi, "Prerrogativas y Garantías Administrativas", t, I, págs. 119 y ss.).

Los actos administrativos del ejercicio del poder de policía, de la función correccional, son *eminentemente revocables*, bien por la propia autoridad que los haya ejercido, bien por su inmediato superior jerárquico. Porque como explica el mismo autor últimamente citado, al ser limitaciones, cercenamientos, afectan derechos individuales y puede ocurrir que en un caso concreto, esas limitaciones o cercenamientos hayan desbordado los cauces

establecidos por la Constitución o la Ley u ocasionado agravio injustificado a una persona. Los actos administrativos que emanan del ejercicio del poder de policía, como los que imponen una sanción, los que conminan o intiman, los que autorizan, etc., son siempre *limitantes,* y por ello han de estar, jurídicamente hablando, rodeados de "límites a las limitaciones", de "límites-garantías", como son la *legalidad,* la *razonabilidad,* la inviolabilidad de la persona humana.

Por todas estas razones los actos administrativos intimatorios, intimidatorios o conminatorios, por lo común, son esencialmente revocables directamente por la Administración. Si la revocación directa se tiene como un modo de revisión que se justifica como potestad o competencia administrativa porque tutela el principio de seguridad y estabilidad jurídica al reglar e imponer el *saneamiento* de sus propios actos cuando las circunstancias que rodearon su nacimiento coinciden con los parámetros ya vistos (arts. 21 decreto 2733 de 1959; art. 69, C.C.A. vigente), alcanza mayores relieves frente a actos que no han creado o modificado una situación jurídica *favorable* sino, por el contrario, que la ha creado DESFAVORABLE. Y al no haberse creado ninguna situación individual favorable a alguien ni reconocido un derecho de igual categoría, no es preciso contar con el consentimiento expreso y escrito de un supuesto titular que no existe.

4o.— **Conclusión.**

No observa, pues, la Sala, que con el acto acusado se haya quebrantado, como lo estima la demanda, las normas que rigen la institución de la revocatoria directa de los actos administrativos, ni que haya conculcado derechos a terceros, ni que haya incurrido en abuso o desviación de poder. Al revocar la conminación a la persona jurídica ECOPETROL y dejar en libertad a las partes para que concurran a la jurisdicción ordinaria en lo laboral y someter a éste a su litigio, no ha desconocido las normatividades que rigen la materia, sino que ha tocado un punto supremamente importante en cuanto a la alinderación de competencias entre autoridades que pertenecen a la órbita de la administración activa o a la rama jurisdiccional del poder público.

Estas razones son suficientes para concluir que las peticiones de la parte actora han de ser denegadas.

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:

Deniéganse las súplicas de la parte actora en este asunto.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y ARCHIVESE EL EXPEDIENTE.- CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 5 de noviembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno, Gaspar Caballero Sierra, Conjuez.

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERENCION DEL PROCESO– Improcedencia/**GASTOS DEL PROCESO**

El auto admisorio de la demanda fue proferido cuando ya habían entrado a regir los artículos 207 numeral 4o. del C.C.A. y 1o. del D.R. 2867/89 y no se ordenó el depósito de suma alguna para cubrir esos gastos ordinarios. En esas condiciones no era razonable decretar la perención del proceso, cuando fue el mismo Tribunal el que no dio estricto cumplimiento a aquellas normas de carácter procedimental.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diez (10) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Referencia: Expediente No. 6192. Actor: Luis Jorge Martínez Motta.

Se decide el recurso de apelación, interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra el auto de 24 de mayo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

ANTECEDENTES:

1) El señor LUIS JORGE MARTINEZ MOTTA, por intermedio de apoderado, acudió en demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que impetró la nulidad con suspensión provisional de la Resolución No. 01327 de 26 de febrero de 1988, expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual le impuso al demandante, "sanción de destitución", del cargo de Jefe de Sección Nivel Ejecutivo Grado 8, de la Sección de Auditoría Financiera--División de Auditoría de Entidades Financieras y de Seguros.

2) Mediante auto de 20 de abril de 1990, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda y denegó la solicitud de suspensión provisional del acto enjuiciado.

3) Transcurrido un lapso de tiempo, algo más de un año de dictado el auto admisorio de la demanda, el Tribunal, teniendo en cuenta que el impulso del proceso correspondía al demandante, y que este no había realizado las gestiones necesarias para imprimirle el trámite que correspondía, de manera oficiosa decretó la perención del proceso.

Fundamentos del recurso de apelación:

El apoderado de la parte actora, interpuso recurso de apelación contra la providencia mediante la cual, el Tribunal decretó la perención del proceso. Básicamente expone como motivo de inconformidad con la mencionada decisión, el que, el proveído que admitió la demanda, consignó en la parte resolutiva la palabra notifíquese, la que tenía por finalidad garantizar el derecho a las partes para recurrirla. Por esa circunstancia, él estuvo pendiente en la Secretaría del Tribunal en espera de que el asunto fuera notificado por estado, para presentar el respectivo recurso. Como ello no ocurría, el 7 de abril de 1991, presentó un escrito ante el Tribunal, en el cual solicitaba se realizara la referida notificación.

Cita además, algunas providencias dictadas por esta Corporación, en las cuales se ha pronunciado sobre la procedencia de la procedencia de la perención.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1) Para decretar la perención del proceso, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tuvo en cuenta que "revisada la actuación encuentra el Despacho que el auto admisorio de la demanda se notificó al Fiscal 7o. el 2 de mayo de 1990 (Fl. 34 vto.) y hasta la fecha la parte actora no ha sufragado los gastos necesarios para hacer la notificación a la entidad demandada, como es su obligación.

2) Como el motivo fundamental que llevó al Tribunal a decretar la perención del proceso, consistió en que el impulso correspondía al demandante y éste no cumplió con su obligación, es decir, no sufragó los gastos necesarios para hacer la notificación personal a la entidad demandada, la Sala considera necesario examinar si se han cumplido las formalidades legales que rigen la materia.

Para este efecto, el numeral 4o. del Art. 207 del C.C.A., dispone que el auto admisorio de la demanda deberá contener, "Que el demandante deposite, en el término que al efecto le señale, la suma que prudencialmente se

considere necesaria para pagar los gastos ordinarios del proceso, cuando hubiere lugar a ellos. El remanente, si existiere, se devolverá al interesado, cuando el proceso finalice".

Esta disposición fue reglamentada, por el Decreto 2867 de 12 de diciembre de 1989, el cual en el artículo 1o., dispuso:

> "Para los efectos del artículo 207 numeral 4o. del Código Contencioso Administraivo, se consideran como gastos ordinarios del proceso los ocasionados por concepto de *notificaciones*, publicaciones, copias necesarias para el diligenciamiento del proceso, edictos, comunicaciones telegráficas o correo aéreo".

Conforme a las disposiciones antes transcritas, corresponde al ponente, señalar la suma que prudencialmente considere necesaria para atender los gastos ordinarios del proceso, entre los cuales se encuentran los ocasionados por concepto de notificación.

O sea que, desde el auto admisorio de la demanda, a juicio del ponente se debe decidir si hay lugar a señalar la cuantía por concepto de los mencionados gastos, cuyo máximo valor, igualmente prevé el decreto reglamentario.

De lo anterior se derivan dos hipótesis:

a) Que a juicio del ponente no se causen gastos ordinarios, y por ello no los señala, caso en el cual, el impulso del proceso no correspondería al demandante, sino que oficiosamente el Tribunal debería realizar las diligencias necesarias para practicar la notificación, y como consecuencia de ello, no procedería la perención.

b) Que si a juicio del ponente, se causan los gastos ordinarios del proceso, los debe fijar y señalar el término en que ha de hacerse el respectivo depósito. En este evento, el impulso del proceso corresponde al demandante, y si éste no cumple con su obligación dentro del término señalado en la ley, generará como sanción a su renuencia o negligencia, la perención procesal.

En el caso concreto, se observa que el auto admisorio de la demanda fue proferido el 20 de abril de 1990, cuando ya habían entrado a regir las disposiciones que vienen haciéndose referencia y que en él, se omitió el cumplimiento del requisito a que hace referencia el numeral 4o. del Art. 207 del C.C.A., es decir, no se ordenó el depósito de suma alguna para cubrir esos gastos ordinarios, entre ellos, los necesarios para realizar la notificación personal a la entidad demandada.

En esas condiciones, no era razonable decretar la perención del proceso, cuando fue el mismo Tribunal, el que no dio estricto cumplimiento a aque-

llas normas de carácter procedimental y por ello, habrá de revocarse la providencia apelada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

RESUELVE:

Primero.– Revócase el auto de 24 de mayo de 1991, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual decretó la perención del proceso.

Segundo.– En su lugar se dispone, que el Tribunal señale la suma que prudencialmente considere necesaria, para atender los gastos ordinarios del proceso, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

En firme este proveído devuélvase al Tribunal de origen.

COPIESE Y NOTIFIQUESE.

Aprobado por la Sala en sesión realizada el día 4 de diciembre 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.

DESVIACION DE PODER/CARGA DE LA PRUEBA

El vicio llamado por la doctrina y por la ley "desviación de poder", consiste en el hecho de que la autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo externo a las regularidades de forma, lo ejecuta no en vista del fin para el cual ha sido investido para esa competencia, sino para otro distinto. Por lo tanto, cuando se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo acusado de desviación de poder, el demandante está en el deber de demostrar plenamente que la autoridad administrativa proferidora del acto, lo dictó, no en beneficio del buen servicio –lo que se presume–, sino con un fin que se aparta de ese criterio.

ACTO ADMINISTRATIVO– Ejecutoriedad

La ejecutoriedad del acto administrativo, encierra, no un carácter esencial del acto en sí considerado, sino algo enteramente contingente, puesto que sólo mira a su realización, a su "operatividad ejecutoriada". En sub lite, la remoción del empleado no requería, para su validez, el ulterior visto bueno del Ministerio de Salud.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 4010. Actor: Manuel Mesías Mora Ortega.– Actos de la Intendencia del Putumayo.– (Apelación de la sentencia de 12 de noviembre de 1988 –Tribunal Administrativo de Nariño–).

Se decide la apelación interpuesta por la Intendencia del Putumayo (hoy Departamento) –Servicio Seccional de Salud–, parte demandada en este asunto, contra la sentencia fechada a 12 de noviembre de 1988, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, por medio de la cual se accedió a las pretensiones de la parte actora, en el sentido de declarar nulas las resoluciones 0568 de 11 de agosto de 1987 y 619 de 28 de los mismos mes y año, proferidas por el organismo mencionado, y en virtud de las cuales, respectivamente, se declara insubsistente el nombramiento del señor Manuel Mesías Mora Ortega como jefe de la división administrativa del mismo, y se nombra para sucederlo al señor Ramiro Edilberto Ortega Cadavid. El fallo dicho, como consecuencia de lo anterior, ordena el reintegro del señor Mora Ortega al empleo en cita o a otro de igual o superior categoría y se condena a la Intendencia al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el día en que fue declarado insubsistente hasta aquél en que se haga efectivo el reintegro, y dispone que, para todos los efectos legales relievantes, se considere que no ha existido solución de continuidad en el ejercicio del cargo.

I.– HECHOS DE LA DEMANDA

El libelo demandatorio cuenta que el señor Mora Ortega se vinculó al Servicio Seccional de Salud de Putumayo el día 1o. de agosto de 1973, habiendo desempeñado diferentes cargos, hasta que a partir del 21 de enero de 1986, cumplió sus tareas como JEFE DE LA DIVISION ADMINISTRATIVA del que, por el primero de los actos acusados, se produjo la insubsistencia de su nombramiento.

II.– NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Estima la parte actora que los actos demandados de nulidad quebrantan los arts. 4o., 6o., 7o., 8o. y 13 del decreto 056 de 1975; 5o., 11 y 12 del decreto 350 de 1975; 17 de la Constitución Política y 84 del C.C.A. y sostiene igualmente que hubo desviación de poder.

Al comentar los motivos en que se fundamenta para afirmar que hubo violación de esas normas, dice el demandante que "el sistema seccional de salud tiene una organización básica para los niveles nacional, seccional y local. La dirección del sistema a nivel seccional la ejercen los Servicios Seccionales de Salud que funcionan en las capitales de los Departamentos, de las Intendencias, de las Comisarías y en el Distrito Especial de Bogotá. El artículo 7o. del decreto 056 de 1975 establece las funciones de los Servicios Seccionales de Salud. El artículo 5o. del decreto 350 de 1950, 'por el cual se determina la organización y funcionamiento de los Servicios Seccionales de Salud y de las Unidades Regionales', en su literal j) establece como una de las funciones del Jefe del Servicio, la de nombrar al personal de la sede del servicio, de acuerdo con el Estatuto de la Salud".

"No obstante –continúa diciendo, el artículo 8o. del decreto 056 de 1975 estatuye: 'Los Servicios de Salud funcionarán como dependencia del Ministerio de Salud Pca. (sic)'. A su vez, el artículo 9o. ibídem dice: para los efectos del artículo anterior, el Ministerio de Salud Pública ejercerá las siguientes funciones:

a) Aprobar los planes seccionales de salud.

b) Vigilar y controlar el ejercicio presupuestal.

c) Velar por el cumplimiento de las normas y

d) Controlar el cumplimiento de las normas sobre nombramiento y remoción del personal técnico.

Además, –agrega–, de acuerdo con el artículo 13, los Jefes de los Servicios de Salud actúan como agentes del Ministerio de Salud Pública.

Lo anterior significa que, siendo el Ministerio de Salud Pública el que ejerce la dirección del Sistema Nacional de Salud y los servicios seccionales de salud, dependencias técnicas del mismo, corresponde a ese Ministerio el nombramiento y remoción del personal técnico. "Si ello es así, la insubsistencia decretada a mi mandante del cargo de JEFE DE DIVISION ADMINISTRATIVA del Servicio Seccional de Salud Putumayo, es violatoria de las normas legales citadas, toda vez que no cumplió con el requisito de su aprobación por parte del Ministerio de Salud, como consta en el documento adjunto. De acuerdo con el artículo 6o. del decreto 350 de 1975, los jefes de divisiones de los servicios seccionales de Salud serán especialistas en Salud Pública e integran el comité técnico según el mismo estatuto".

"De lo anterior se colige –comenta–, sin lugar a dudas, que el cargo del cual fue declarado insubsistente el señor Mora Ortega, es de carácter técnico y por lo mismo, el acto administrativo que lo desvinculó del servicio, necesitaba, para su validez, de la aprobación del Ministerio de Salud; sin este requisito el acto carece de toda eficacia jurídica. No estando privado que hubiera impartido el Ministerio de Salud su aprobación para la insubsistencia, el Jefe del Servicio de Salud del Putumayo no podía por sí mismo proferir el acto acusado, que es nulo".

"Se hace patente, por otra parte -argumenta el demandante- , el abuso o desviación de las atribuciones del funcionario que dictó los actos acusados. Ello se desprende sin lugar a dudas, de la persecución desatada contra el señor Mora Ortega para desocupar un cargo que hace falta a los políticos y clientelistas. Obsérvese si no: siendo el demandante empleado de manejo como corresponde al Jefe de la División Administrativa, no obstante la advertencia del señor Mora Ortega de que el cambio provisional de funcionarios

en este cargo pone en peligro el buen servicio, por lo cual existe una reglamentación especial (Nota del 17 de julio de 1987 exactamente, fecha en que se cumplía el término de las vacaciones, fue declarado insubsistente. Además, existen los antecedentes de la acusación formulada ante la Procuraduría por los señores ARCESIO SANCHEZ y GILBERTO FLOREZ SANCHEZ, sin fundamento legal alguno, como así lo declara la citada entidad...".

Remata su exposición diciendo: "Lo anterior constituye, aún para el más desprevenido criterio, la explicación de la destitución (sic) del señor Mamuel Mora Ortega. O sea que la real y oculta motivación del acto que lo desvió del concepto que debe orientar toda actuación del Estado, vale decir, el buen servicio, en aras a motivos innobles y ajenos totalmente a aquella finalidad".

III.– DE LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La parte demandada dio contestación al libelo arguyendo que teniendo en cuenta que el acto acusado no fue motivado y que se basa unicamente en la facultad discrecional de nombrar y remover empleados que en este caso tiene el Jefe de la Seccional de Salud del Putumayo, y habiéndose, por tanto, expedido, de acuerdo con las disposiciones legales contenidas en las normas que establecen el estatuto de personal del Sistema Nacional de Salud, mal puede solicitarse, como lo hace el actor, la nulidad de ese pronunciamiento administrativo. Además, dice que el señor Mora Ortega no estaba amparado por ningún tipo de fuero por no estar inscrito en carrera administrativa, y por lo tanto, podía ser declarado insubsistente. Propone tres excepciones: la de inexistencia de otra norma no invocada en la demanda; carencia de acción y caducidad de la misma.

IV.– DE LA SENTENCIA APELADA

El fallo de primera instancia favorable, como se dijo, a las pretensiones del actor, se estructura en el hecho probado de que el señor Mora Ortega ocupaba un cargo técnico dentro de las escalas correspondientes que conforman el organigrama del Servicio de Salud a nivel de seccionales, máxime si se tiene en cuenta que realizó varios cursos de capacitación que le otorgaron su calidad de asistente administrativo y de tecnólogo en administración municipal. Por tanto, hubo, según el *a-quo*, abuso o desviación de poder, porque a lo anterior se aúna la circunstancia de que el actor era empleado de manejo, en la de que le concedieron vacaciones y que en la fecha en que concluyeron éstas, no obstante la advertencia del empleado de que el cambio –así fuera provisional afectaba el buen servicio, se produjo de la declaratoria de insubsistencia. Además, el Tribunal dice que la comunicación del Ministerio de Salud denunciando ciertos actos impropios de la Administración, amén de la investigación fallida de la Procuraduría ante queja

formulada por dos militantes de la política local, guardan estrecha relación entre los móviles y el acto impugnado.

Por otra parte, en el contrato de reestructuración del Servicio de Salud del Putumayo, suscrito entre la Nación –Ministerio de Salud– y la Intendencia del Putumayo, de 22 de junio de 1974, se determinó en la cláusula novena las funciones del Jefe del Servicio, fijándose ellas de la siguiente manera: "Son funciones del Jefe del Servicio de Salud, además de las consignadas en el decreto 706 de 1974, artículo 19, y demás vigentes... d) nombrar y remover y ejercer todas las funciones en relación con el manejo del personal del Servicio. PARAGRAFO. Los nombramientos y remoción (sic) del personal técnico, como son, médicos, odontólogos, veterinarios salubristas, arquitectos, con cursos de ingeniería hospitalaria, ingenieros sanitarios, enfermeras generales, licenciadas o con licenciatura en salud pública, estadísticos, necesitan para su validez el ulterior visto bueno del Ministerio, para su comprobación de que cumplen con los requisitos y estudios necesarios".

De lo anterior deduce el Tribunal que se halla probatoriamente demostrada la desviación de poder, hasta tal punto que desvirtúa la presunción de legalidad que cobija al acto, lo que lleva a su anulación.

Finalmente el *a-quo* hace un extenso estudio acerca del carácter del cargo que desempeñaba el actor, para concluir que se trataba de uno de los llamados "técnicos", por lo cual el acto debió ser remitido al Ministerio para la ulterior revisión. El adjetivo ulterior –explica– hace relación a lo que se dice, sucede o se ejecuta después de otra cosa, según el Diccionario de la Lengua Española; por tanto, la Resolución 5809 de 1968, proferida 9 meses después de la Resolución número 568 de 1987, por la cual aquella aprueba la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante del cargo de Jefe de la División Administrativa del Servicio Seccional, de Salud del Putumayo, contraviene la cláusula novena en su parágrafo, del contrato suscrito entre la Nación y la Intendencia Nacional del Putumayo...".

Por lo tanto, amén de la desviación de poder, el acto quebranta el decreto 650 de 1975 y el contrato interadministrativo a que se ha hecho alusión.

V.– SUSTENTACION DEL RECURSO

Tres son los puntos principales que la Intendencia del Putumayo esgrime para solicitar la revocatoria del fallo apelado. El primero consiste en el uso de la facultad discrecional de que goza la Administración para nombrar y remover libremente a los empleados que no pertenecen a la carrera administrativa o no están amparados por fuero alguno, y dado que éstas no eran las situaciones del actor, la decisión administrativa que se enjuicia fue tomada dentro de las pautas legales sobre la materia. En cuanto a la aprobación de la

declaratoria de insubsistencia por parte del Ministerio de Salud, sostiene que ella no se produce en forma inmediata, sino que por ser muy dispendioso su trámite, se viene a decidir mucho después, pero que la efectividad del nombramiento y de la remoción se retrotraen a la fecha en que ellos se presentan, es decir, que la aprobación del Ministerio acerca de los nombramientos y remociones, tienen efectos retroactivos... Y que el parágrafo de la cláusula novena del contrato no es aplicable, porque el señor Mora Ortega no desempeñaba cargo de carácter técnico, puesto que no tiene título universitario ni es especialista en salud pública, requisitos para ostentar tal calidad.

VI.– CONCEPTO FISCAL DE LA CORPORACION

La Fiscalía Quinta del Consejo de Estado ha emitido en su oportunidad la vista del caso, en la cual solicita la revocatoria del fallo. Dice:

"Son dos los cargos que la parte actora formula al acto atacado, a saber:

1o.– Falta de aprobación del Ministerio de Salud del acto en virtud del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Manuel Mesías Mora; y,

2o.– Desviación de poder en su expedición.

Con relación al primer punto, resulta procedente anotar que ninguna de las normas señaladas por el libelista como violentadas, vale decir, ni los artículos 4, 6, 7, 8 y 13 del Decreto 056 de 1975, ni los artículos 5, 11 y 12 del Decreto 350 de 1975, ni el artículo 17 de la Constitución Nacional, ni el artículo 18 del C.C.A. (Folio 2), consagran la obligación del Ministerio de Salud de aprobar nombramientos y remociones recaídos sobre los empleados del Servicio Seccional de Salud, por lo que, no pudiendo el juzgador rebasar el marco de actuación determinado por el demandante al enunciar las normas violadas y el concepto de la violación, ha de considerarse que este cargo no está llamado a prosperar.

En cuanto a la desviación de poder alegada, cabe precisar que la circunstancia de que hubiera sido declarado insubsistente el nombramiento del actor en la fecha en que se cumplía el término de sus vacaciones, no puede tomarse como causal que enerve en modo alguno la facultad discrecional de nombrar y remover libremente a empleados que como el actor ostentan la condición de libre nombramiento y remoción, no amparados por fuero alguno que les ofrezca relativa estabilidad en sus cargos, por lo que pueden ser removidos de los mismos en cualquier momento, en aras del buen servicio y, en verdad, no se acredita dentro del expediente que dicha facultad se hubiera ejercido con móviles diferentes.

Por lo expuesto, no habiéndose demostrado que con la expedición del acto acusado se hubiera quebrantado precepto constitucional o legal alguno, esta Agencia del Ministerio Público opina que el fallo apelado debe revocarse y, en su lugar, proferir decisión denegando las pretensiones de la demanda".

VII.– CONSIDERACIONES DE LA SALA

De modo, pues, que la providencia del Tribunal Administrativo de Nariño que ahora revisa la Sala, anuló los actos acusados y accedió a las demás peticiones de la parte actora en este juicio, adelantado dentro de los cánones de la acción de restablecimiento del derecho, estructurándose en dos supuestos jurídico-fácticos, que son:

1.– La desviación de poder, por cuanto, pese a que el hoy demandante hizo notar al Jefe del Servicio Seccional de Salud los peligros a que se exponía la Administración con la orden de que disfrutara de las vacaciones, éstas sí se dispusieron, para el término de ellas declarar insubsistente su nombramiento como consecuencia de la "persecución" desatada en su contra por algunos políticos, lo que vino a ser, "posiblemente", la causa de esa declaratoria, situaciones que son la motivación oculta del acto y desvío de la concepción del buen servicio público.

Ahora bien, como lo ha explicado la Corporación, el vicio llamado por la doctrina y por la ley "desviación de poder", "consiste en el hecho de que la autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto, ajustado en lo externo a las regularidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual ha sido investido para esa competencia, sino para otro distinto". Por lo tanto, cuando se pretenda la declaratoria de nulidad de un acto administrativo acusado de desviación de poder, el demandante está en el deber de demostrar plenamente que la autoridad administrativa proferidora del acto, lo dictó, no en beneficio del buen servicio –lo que se presume–, sino con un fin que se aparta de ese criterio.

La Sala no observa que las razones aducidas por la parte actora, ni las pruebas allegadas durante la primera instancia son suficientes para edificar la desviación de poder sostenida y alegada, y que acoge el *a-quo*, porque no se puede deducir de todo ello que las circunstancias dichas hayan apartado a la Administración de esa perspectiva ni que ellas afecten, *per-se*, la validez de los actos acusados.

2.– La ausencia del requisito de la aprobación del Ministerio de Salud para la plena validez de la resolución acusada fue tenida también en cuenta por el Tribunal de Nariño para su sentencia anulatoria del primero de los actos acusados, dado que la vinculación del señor Mora Ortega se produjo antes de que el Ministerio, al tenor de lo dispuesto en la cláusula novena

–parágrafo– celebrado entre la Nación y la Intendencia, conociese de la declaratoria de insubsistencia, bien para aprobarla, bien para revocarla.

Toca, por ende, este aspecto de la cuestión el tópico de la ejecutoriedad del acto administrativo, que, como lo ha enseñado la jurisprudencia del Consejo, encierra, no un carácter esencial del acto en sí considerado, sino algo enteramente contingente, puesto que sólo mira a su realización, a su "operatividad ejecutoria". Para decirlo en otras palabras aplicables al caso *sub-lite*, es necesario examinar si para la realización, para la plena eficacia del acto administrativo que nombra o que desvincula un empleado del Servicio Seccional de Salud del Putumayo, se requiera de esa ulterior aprobación del Ministerio del ramo.

Nuevamente se transcribe el parágrafo de la mencionada cláusula novena para mayor inteligencia del asunto:

> "Los nombramientos y remoción (sic) del personal técnico, como son los médicos, odontólogos, veterinarios salubristas, arquitectos con cursos de ingeniería hospitalaria, ingenieros sanitarios, enfermeras generales, licenciadas o con licenciatura en salud pública, estadísticos, *necesitan para su validez el ulterior visto bueno del Ministerio, para su comprobación de que cumplen con los requisitos y estudios necesarios*". (Se subraya).

Como es fácil observar, el cargo que desempeñaba el actor, es decir, el de jefe de la división administrativa, no se encuentra entre los enumerados en la norma transcrita. Por lo tanto, su remoción no requería, para su validez, del ulterior visto bueno del Ministerio de Salud.

En ese sentido, por ende, la Sala ha de revocar la sentencia apelada y denegar las peticiones de la parte demandante.

Quepa anotar que el apoderado del actor excedió las atribuciones a él conferidas al solicitar también la nulidad de la resolución por la cual se nombraba su reemplazo. El mandato sólo lo facultaba para demandar la declaratoria de la insubsistencia, del nombramiento del hoy actor.

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

FALLA:

Revócase la sentencia de 12 de noviembre de 1988, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en este asunto.

En su lugar deniéganse las peticiones de la parte actora, en el proceso originado en la demanda incoada por el señor Manuel Mesías Mora Ortega.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de diciembre 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.

CONSULTA

La sentencia de un Tribunal que imponga a la Administración una obligación a su cargo, amerita al no haberse interpuesto apelación en su contra, que se la someta a una nueva instancia que se entienda surtida en favor de la misma, o sea de la administración.

FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL/INSUBSISTENCIA/PROCESO DISCIPLINARIO

La obligación del ISS de nombrar en los empleos de la planta de personal que adoptase, a personas que estuviesen vinculadas al ISS por contratos individuales de trabajo, se circunscribía a que dichos contratos estuviesen en pleno vigor al momento de adoptarse la nueva planta de personal. Tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, no existe relación de dependencia entre el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y la obligación de adelantar la acción disciplinaria, razón por la cual no se entorpecen ni se obstaculizan entre sí, pudiendo el nominador perfectamente, habiéndose iniciado un proceso disciplinario o aún antes de que éste se inicie, declarar insubsistente el nombramiento del empleado inculpado.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 176 (12.560). Actor: Gabriel Roberto Rengifo Donado.– (Reconstrucción –D.e. 3825/1985–). (Consulta de la sentencia

de 8 de agosto de 1985, dictada por el Tribunal Administrtivo del Meta). Asuntos Nacionales.

Se decide la consulta del fallo calendado a ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) que profiriera el Tribunal Administrativo del Meta en el juicio que tuvo origen en la demanda que, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción (hoy "de nulidad y restablecimiento del derecho" –art. 85 C.C.A.; art. 15, decreto-ley 2304 de 1989–) y mediante apoderado, incoó el doctor Gabriel Roberto Rengifo Donado, médico, contra el Instituto de Seguros Sociales.

Quepa aclarar, en primer término, lo siguiente:

a) Originalmente llegó el presente asunto al conocimiento de esta Sala en virtud del *recurso extraordinario de anulación* (entonces existente al tenor de los arts. 194 a 205 del C.C.A., hoy derogados, por el art. 1o. del decreto-ley 597 de 1988) que, contra la mencionada sentencia había interpuesto la parte actora. El expediente condigno, cuando se hallaba en el trámite respectivo, desapareció a raíz de los sucesos acaecidos en el Palacio de Justicia de Bogotá, los días 6 y 7 de noviembre de 1985.

b) En forma oportuna, el interesado solicitó la reconstrucción del proceso a la luz del decreto extraordinario 3825 de 1985, y así estuvo adelantándose con algunos incidentes que se presentaron, culminando en auto de 23 de mayo de 1991.

c) A través de este último proveído, de Sala Unitaria, se anuló lo actuado a partir del auto de 13 de febrero de 1989 (el que había ordenado la diligencia del recurso extraordinario de anulación), en razón de la "falta de competencia del Consejo de Estado" para tramitarlo y decidirlo, por cuanto que el fallo lo dictó el *a-quo* en *primera instancia*, teniendo en consideración la cuantía y que el acto demandando es del orden nacional, imponiéndose *la consulta* porque la sentencia en cuestión gravó con obligaciones a cargo de la entidad pública demandada, como en efecto, fue resuelto y diligenciado por dicha Sala Unitaria.

Agotada, pues, la segunda instancia y para resolver en el grado de consulta (art. 184 C.C.A.), ha de partirse de las circunstancias que a continuación se especifican, así:

I.– DE LOS ANTECEDENTES

1.1.– Encamínase la demanda a lograr la declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en la resolución No. 801 de 1979 –16 de octubre–, emanada de la gerencia seccional del Instituto de Seguros en el Departamento del Meta, que dispuso la insubsistencia en el cargo del "médico

hospitalario" que venía desempeñando el doctor Gabriel Roberto Rengifo Donado, a fin de que, como consecuencia de esa nulidad, se ordene su reintegro al referido empleo, al pago de todos los sueldos, primas y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculado del servicio y hasta que se haga efectiva la reincorporación y que se tenga por servido ese tiempo para lo que atañe a las prestaciones del caso.

1.2.– El Tribunal accedió parcialmente a las peticiones del libelista, dado que no dispuso lo atinente al reintegro. Estimó que, habiéndose aprobado la nueva planta de personal, según las pruebas allegadas el 14 de febrero de 1980, cuya ausencia precisamente daba al actor una cierta estabilidad relativa a la que se supeditaba su condición de que su retiro debía ser motivado de manera expresa, a esa fecha se limitaba esa estabilidad y no podía extenderse más allá de esa fecha el derecho a permanecer en el empleo; por eso hasta ese día llega lo referente al pago de sueldos, prestaciones y demás emolumentos y lo que atañe al reconocimiento de que hasta el mismo "se considera que no existió solución de continuidad" en el desempeño del cargo y de su función pública.

1.3.– Fue esa solución parcial a las peticiones de la demanda lo que movió al actor a interponer el recurso extraordinario de anulación a lo que accedió el Tribunal, sin tener en cuenta que se trataba de un asunto del que había conocido éste en primera instancia, el error fue subsanado por el Consejo de Estado en Sala Unitaria como se ha explicado.

II.– DE LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA CONSULTADA

2.1.– Después de relatar brevemente los orígenes, el carácter y la naturaleza jurídica de la entidad demandada, el *a-quo* pasa a ubicar laboralmente al actor como empleado asistencial o funcionario de seguridad social a la luz del decreto-ley 1651 de 1977 (arts. 2o. y 3o.), porque sus tareas "hacen relación con la prestación de los servicios propios de la atención integral de la salud, cuyos titulares deben ser profesionales de la medicina o la odontología".

2.2.– Entra luego a analizar el caso particular del actor, quien se vinculó al ISS por resolución No. 0777 de 1978 (julio 31), como médico hospitalario de la Seccional del Meta, tomando posesión del empleo el día 17 de noviembre de ese año. Como se ha visto, su desvinculación ocurrió el 16 de octubre de 1979, a través del acto acusado. Anota que, al tenor de su status, no obstante ser tenido por el acto como empleado de libre nombramiento y remoción, a la verdad tenía derecho a ser incorporado a la nueva planta de personal y, por ende, ante los hechos de que se le acusó sin que se le siguiese el correspondiente disciplinario por las faltas que se le endilgaban, se engendra la nulidad de la resolución No. 0777 de 1979. Sin embargo, esa nulidad

sólo puede engendrar, como consecuencia, el restablecimiento del derecho hasta la fecha en que se produjo la conformación de la nueva planta de personal (decreto 318 de febrero de 1980). "La situación del demandante, entonces, era de naturaleza legal y reglamentaria (Art. 5o. Decreto 3135/68) es decir su carácter era el de empleado público, y por ende, sujeto al régimen de empleados de la rama ejecutiva del poder público y de sus normas generales como v/gr. los Decretos 2400/68 – 3135/68 – 1960/73... Pero en el caso de autos, cree la Sala que no se trata de un asunto en el cual el Instituto de Seguros Sociales hubiese hecho uso de la discrecionalidad, si no que, por el contrario, el demandante se le impuso fue (sic) una sanción, pese a que la providencia demandada no fue motivada... La razón de éste (sic) acerto (sic) se encuentra precisamente en el Acta No. 6 del Consejo Asesor I.S.S., que obra en el expediente dentro de las pruebas allegadas inicialmente, en la cual se lee, a la página sexta: "... Cada uno de los honorables miembros del Concejo (sic) Asesor fueron tajantes en el sentido de que el actor GABRIEL RENGIFO DONADO fuera declarado insubsistente mediante Resolución sin motivaciones ni considerando alguno, ya que consideraban que ésta era la medida justa y aplicable en toda su dimensión a la falta en que incurrió un profesional de la medicina que precisamente tenía como obligación fundamental de acuerdo a su cargo de médico hospitalario, el de brindar atención médica a cualquier asegurado hospitalario en el momento que se le requiera por causa de cual enfermedad fuere como fuere el estado de gravedad del paciente"... "El doctor HECTOR ROJAS MUÑOZ, en representación del Ministerio de Salud, el señor GONZALO MONROY, Representante del Ministerio de Trabajo y el señor FABIAN PALACIOS como delegado representante de los Patronos, fueron enfáticos en declarar que la Gerencia debía proceder inmediatamente a la declaratoria de insubsistencia del doctor GABRIEL RENGIFO DONADO...".

Por tanto –concluye el Tribunal– "al confrontar el Acta mencionada con el Decreto de insubsistencia del actor, encuéntrase que éstas dos declaraciones de voluntad, guardan íntima armonía y tienen relación de causa a efecto, pues lo resuelto en el Acta No. 006 no fue costa (sic) distinta que el acuerdo de una sanción que se plasmó en la Resolución de insubsistencia. Dicho en otras palabras, la Resolución de insubsistencia fue una sanción que se le impuso al actor de acuerdo a lo resuelto en el seno del Consejo Asesor, por una conducta imputable al demandado (sic), pero que sin éste hubiera tenido oportunidad de conocer cualquier informe o prueba en su contra y sin ser oído en descargos, pretermitiéndose en esta forma el Decreto 1950 de 1973, en su art. 131, el capítulo VII arts. 149 y ss. ibídem, y, en suma, su derecho inalienable a defenderse...".

III.– CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

3.1.- Expresa la Fiscalía Quinta de la Corporación que "el quid del asunto consiste en dilucidar si la Resolución No. 801 del 16 de octubre de

1979, proferida por el Gerente Seccional del Meta del Instituto de Seguros Sociales, mediante se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo del Médico Hospitalario, se ajusta a derecho".

3.2.– Sobre la situación específica del actor, como, según los autos, éste estuvo vinculado al ISS, en forma interrumpida desde el 8 de febrero de 1977 hasta el 16 de noviembre de 1978, en virtud de múltiples contratos individuales de trabajo, celebrados a término fijo menor de un año con aquélla. Pero a partir de la última fecha indicada pasó a ostentar el rango de empleado público o, más específicamente, de "funcionario de seguridad social" y como tal tomó posesión del cargo de "médico hospitalario" en una relación legal y reglamentaria, derivada del nombramiento que se efectuó por resolución No. 777 de 31 de julio de 1978, del Gerente Seccional en el Meta.

3.3.– Continúa argumentando la agencia del Ministerio Público que para esos días entraron en vigencia los decretos 1651, 1652 y 1653 de 1977, que reorganizaron la estructura administrativa del antiguo "Instituto Colombiano de los Seguros Sociales" que devino en "Instituto de Seguros Sociales". Esos decretos regulan la clasificación, remuneración y régimen de prestaciones sociales de los "funcionarios de la seguridad social", coincidiendo el cambio de situación con el término fijo de un año para la conclusión del último contrato de trabajo celebrado por el doctor Rengifo Donado con el ISS.

3.4.– Por eso, piensa el Ministerio Público, "la administración no estaba obligada a llamar al demandante a la nueva planta de personal...", porque "para que ello se pudiera llevar a cabo era necesario tener vigente el contrato individual de trabajo..." como se desprende del texto del art. 134 del decreto 1951 (sic: debió decir 1651) de 1977. "De suerte –concluye– que al entrar a regir el tantas veces mentado Decreto (1951 (sic) el doctor Rengifo Donado no tenía un contrato individual de trabajo vigente con el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, motivo por el cual no existía la obligación de vincularlo a la nueva Planta de Personal. Los contratos suscritos desde el 19 de julio de 1977 (fls. 37 ss. ibi.) contrariaron el art. 131 de 1851 (sic). Ahora bien, para la fecha en que fue proferida la Resolución No. 0777, por la cual se nombró al demandante para desempeñar el cargo de Médico Hospitalario, aún no se había reglamentado la carrera de Funcionarios de la Seguridad Social, ni se había estructurado la Planta de Personal de la Seccional del Meta del I. S. S., la cual se llevó a cabo tan sólo hasta (sic) el 14 de febrero de 1980. Así las cosas, ha de entenderse que su condición era la de un empleado de libre nombramiento y remoción, cuyo nombramiento podía ser declarado insubsistente por el nominador, cuando a bien lo tuviera, en uso de la facultad discrecional otorgada en aras del buen servicio".

3.5.– Entonces, termina la Fiscalía su concepto de fondo, si el doctor Rengifo no estaba amparado por fuero alguno que le ofreciera estabilidad relativa en su empleo, no obstante que el motivo real de su desvinculación radicase en ciertas faltas de las que hubiera podido derivarse una investigación y un proceso disciplinario, ya ha tenido la oportunidad el Consejo de Estado de ver cómo "no existe relación de dependencia entre el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y la obligación de adelantar la acción disciplinaria, razón por la cual no se entorpecen ni obstaculizan entre sí, pudiendo el nominador perfectamente, habiéndose iniciado un proceso disciplinario o aún antes de que éste se inicie, declarar insubsistente el nombramiento del empleado inculpado. Las razones esgrimidas por la administración, señaladas en el Acta atrás transcrita, para remover de su empleo al demandante, ciertamente son suficientes para llegar a la convicción a esta Fiscalía de que la permanencia en el mismo no favorecía para nada la efectiva prestación del servicio y, antes, por el contrario, perjudicaba y desacreditaba al Instituto y no ofrecía ninguna garantía a los asegurados". Por lo tanto, se impone la revocatoria del fallo llevado a consulta y denegar las súplicas de la parte actora.

Sentado lo anterior a manera de prolegómenos y no hallado en este momento defecto alguno que incida en la validez de lo actuado,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1o.– Ha de recordarse nuevamente que la Sala conoce de este asunto en *grado de consulta.* Es decir, la sentencia del Tribunal que impuso a la Administración una *obligación* a su cargo, amerita, al no haberse interpuesto apelación en su contra, que se la someta a una nueva instancia que se entiende surtida *en favor* de la misma, o sea de la Administración. Ese es el sentido de la norma que establece tal grado de jurisdicción, tanto a la luz del art. 134 del C.C.A. antiguo (ley 167 de 1941) como del art. 184 del vigente (decreto-ley 1 de 1984). Las disposiciones en cita, respectivamente, rezan:

a) art. 134 ley 167 de 1941:

> Si no se interpusiera apelación por el ministerio público, siendo procedente el recurso, deberán ser consultadas con el Consejo de Estado, cuando declaren una obligación a cargo del Estado, o de alguna otra entidad de derecho público o de una persona administrativa.
>
> La consulta se entiende interpuesta a favor de tales personas, y la sentencia a ella sujeta no se ejecutaría mientras no se surta ante el superior".

b) art. 184 C.C.A. (decreto-ley 1 de 1984):

Consulta.– Las sentencias y los autos sobre liquidaciones de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apeladas por la administración.

La consulta se tramitará y decidirá previo un término común de cinco (5) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado".

Bajo esas perspectivas ha de enfocarse el análisis del problema jurídico sometido a esta Sala del Consejo y las repercusiones que él tenga en la situación concreta del actor.

2o.– Cuando a raíz de la expedición de la ley 12 de 1977 –enero 25– por la cual se revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para determinar la estructura, régimen y organización de los seguros sociales obligatorios y de las entidades que los administran, y de los desarrollos que de tales facultades extraordinarias hizo el Jefe del Estado mediante los decretos-leyes 1650, 1651, 1652 y 1653 de 1977 –18 de julio–, con el fin de erigir un puente de transición entre el viejo sistema que había gobernado a las personas vinculadas laboralmente con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de acuerdo con las normatividades surgidas a partir de la ley 90 de 1946 –diciembre 26–, y el nuevo que lo sustituía, principalmente en cabeza del Instituto de Seguros Sociales que lo "heredó", se precisó en el art. 134 del decreto-ley 1651 mencionado, que a la letra dijo:

De la vinculación a la Planta de Personal.– Las personas *que al entrar en vigencia* el presente Decreto, *tengan* celebrados *contratos individuales* de trabajo con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, *serán* nombrados en los empleos de la Planta de Personal que *adoptará* el Instituto de Seguros Sociales. Si aceptaren la designación, procederán a tomar posesión de sus cargos. (se subraya por la Sala).

De allí se deduce que la obligación del ISS., de nombrar en los empleos de la Planta de Personal que adoptase, a personas que estuviesen vinculadas al ISS por contratos individuales de trabajo, se circunscribía a que dichos contratos estuviesen en pleno vigor *al momento* de adoptarse la nueva Planta de Personal. En otras palabras, la norma legal en cita quiso *garantizar* una continuidad entre los dos regímenes, o sea, el contractual y el legal reglamentario, lo que, obviamente no podía abarcar a aquellas personas que enantes hubiesen celebrado contratos individuales de trabajo con el ISS pero que, por cualquier causa, hubieran expirado *antes* de la conformación de dicha planta de personal.

No se puede pretender, entonces, que aquellas personas que estuviesen vinculadas con el ISS a través de una situación legal y reglamentaria y no escalafonadas en "carrera", gozasen igualmente de esa "garantía" de ser incluidos en la nueva Planta de Personal. Esa garantía, se repite, sólo fue establecida para las personas vinculadas por contratos individuales de trabajo con el *ICSS*, no son el ISS, dado que para éste se señaló un régimen semejante, aunque con algunas variantes, al que cobija a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

3o.– Como anota con indudable acierto la colaboradora fiscal del estrado, "... en forma coincidencial, el 18 de julio de 1977, fecha en que entró en vigencia el decreto 1951 (sic; debió decir "1651") de 1977, también venció el término de prestación de servicios personales del actor, como Médico de Consulta externa y Urgente, pactado en contrato individual de trabajo, sin que pudiera prorrogarse, en razón de que el mismo fue suscrito sólo en orden a llenar la vacante que se presentaba mientras la persona que se entraba a reemplazar duraba en comisión (folio 35 del cuaderno No. 4). De esta suerte que al entrar a regir el tantas veces mentado Decreto 1951 (sic; debe decir "1651") el doctor Rengifo Donado no tenía *un contrato individual de trabajo* vigente *con el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, motivo por el cual* no existía la obligación *de vincularlo a la nueva Planta de Personal...*". (Las subrayas no son del texto transcrito).

De allí que, al cambiar la situación jurídica del ente al cual estaba vinculado y la situación jurídica de sus servidores, el ISS se viera precisado a designar al doctor Rengifo en el cargo de "médico hospitalario", siendo su vínculo el "legal y reglamentario", y su fuente directa la resolución No. 0777 de 1977; en ese momento, como apunta la agente del ministerio público, "... aún no se había reglamentado la Carrera de Funcionarios de la Seguridad Social, ni se había estructurado la Planta de Personal de la Seccional del Meta del I.S.S., la cual se llevó a cabo tan solo... el 14 de febrero de 1980. Así las cosas, ha de entenderse que su condición era la de empleado de libre nombramiento y remoción, cuyo nombramiento podía ser declarado insubsistente por el nominador, cuando a bien lo tuviera, en uso de la facultad discrecional otorgada en aras del buen servicio....". La Sala acoge, por compartirlos, los anteriores planteamientos y los hace suyos.

4o.– En cuanto a que por los hechos constitutivos de falta de tipo disciplinario que aparecen en el expediente como atribuidos al actor según el acervo probatorio y que, según la demanda, debieron ser causa de que se siguiera el condigno proceso de esta índole, ha de decir igualmente la Sala, siguiendo el razonamiento del ministerio público, que tratándose de empleados de libre nombramiento y remoción, "... que ha sido clara la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, particularmente la de la Sección destinataria del presente concepto, en el sentido de considerar que no existe relación

de dependencia entre el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y la obligación de adelantar la acción disciplinaria, razón por la cual no se entorpecen ni se obstaculizan entre sí, pudiendo el nominador perfectamente, habiéndose iniciado un proceso disciplinario o aún antes de que éste se inicie, declarar, insubsistente el nombramiento del empleado inculpado. Las razones esgrimidas por la administración, señaladas en el Acta atrás transcrita son suficientes para llevar a la convicción a esta Fiscalía de que la permanencia en el mismo no favorecía para nada la efectiva prestación del servicio y, antes por el contrario, lo perjudicaba y desacreditaba al Instituto y no ofrecía garantía a los asegurados...".

5o.– Lo anterior es suficiente para que se revoque la sentencia consultada y que, en su lugar, se denieguen las peticiones de la parte actora.

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

FALLA:

PRIMERO: Revócase la sentencia de ocho (8) de agosto de mil novecientos ochenta y cinco (1985) dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, llevada en consulta.

SEGUNDO: Deniéganse las peticiones de la parte actora.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y EN SU OPORTUNIDAD, DEVUELVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 4 de diciembre de 1991.

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Aclara Voto; *Joaquín Barreto Ruiz, Clara Forero de Castro,* Aclara Voto; *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., veinticuatro (24) de enero de mil novecientos noventa y dos (1992).

Referencia: Expediente No. 176. Actor: Gabriel Roberto Rengifo Donado.

ACLARACION DE VOTO DE LOS DOCTORES CLARA FORERO DE CASTRO Y REYNALDO ARCINIEGAS BAEDECKER.

Aun cuando compartimos la decisión adoptada por la Sala, nos permitimos aclarar el voto en cuanto a la interpretación que del artículo 134 del Decreto 1651 de 1977 se hace en las páginas 87 y ss. de la sentencia.

Consideramos que ni esta norma, ni el artículo 35 del Decreto 1652 de 1977, confieren estabilidad a las personas que venían laborando vinculadas por contrato al Instituto, y no consagraron tampoco la obligación de nombrarlas en la nueva planta de personal.

Entendemos que esas disposiciones pretendieron solamente transformar la situación de quienes tenían contrato de trabajo, en forma acorde con la reestructuración del Instituto y con la denominación de funcionarios de la Seguridad Social que les dio la nueva reglamentación, dado que no podían continuar como trabajadores oficiales, en caso de que la Administración considerara conveniente para su buena marcha, el mantenerlos a su servicio. Es decir, que era potestativa de la entidad incorporarlos o no a la nueva planta de personal; pero si lo hacía, debía ser mediante nombramiento y posesión.

Clara Forero de Castro, Reynaldo Arciniegas Baedecker.

CARRERA ADMINISTRATIVA/CONGRESO– Atribución

Todo lo relacionado con la carrera administrativa de cualquier orden, nacional o territorial, está asignada en forma exclusiva al Congreso por el artículo 76-10 de la antigua Constitución Nacional, como igualmente lo señala la nueva en su artículo 125. En tal virtud, no pueden las Asambleas Departamentales como atribución propia, regular lo concerniente a la carrera administrativa de los funcionarios del departamento.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejera ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente No. 3603. Actor: José Felipe Rodríguez Suárez.– Autoridades Departamentales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de la Guajira, mediante apoderado, contra la sentencia de 26 de mayo de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en virtud de la cual se accedió a las pretensiones de la demanda en el proceso promovido por José Felipe Rodríguez Suárez contra esa entidad territorial.

ANTECEDENTES

El accionante, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, solicitó la nulidad del decreto 019 de enero 21 de 1987 expedido por el Gobernador del Departamento de la Guajira, por el cual se declaró insubsistente su nom-

bramiento en el cargo que desempeñaba y el consiguiente restablecimiento del derecho. (fls. 1-2).

Se invocaron como quebrantados los artículos 144, 147, 148 y 149 de la Ordenanza 018 de 1975 y Resoluciones 381, 382 y 464 de 1986 dictadas por el Gobernador del Departamento y se adujo que el demandante era empleado escalafonado en la carrera administrativa departamental, según se desprende de la Resolución 464 de 1986, por lo que al proferirse el acto enjuiciado, se violaron las normas citadas que regulan los concernientes a la carrera administrativa en el Departamento de la Guajira. (fls. 4-5).

El *a-quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que las disposiciones del decreto 1732 de 1960 sobre carrera administrativa a nivel departamental se encuentran vigentes, de acuerdo con lo previsto en el artícu-65 del decreto 2400 de 1968 y al respecto, afirma:

> "Con todo es de anotar que el decreto 2400 de 1968 tantas veces mencionado por el apoderado del Departamento de la Guajira en su artículo 65 dispone que, el mencionado decreto deroga las disposiciones que le sean contrarias y en especial el Decreto 1732 de 1960, *salvo*, los artículos 178 y 179 y *las disposiciones del mismo decreto que hacen relación a los empleados del orden departamental y municipal*". (fl. 91).

Por su parte, la Fiscalía Quinta de la Corporación en su concepto estima que todo lo relacionado con la carrera administrativa es de competencia del Congreso, según lo dispone el artículo 76-10 de la Constitución Nacional; que el artículo 178 ibídem no le otorga esa función a las Asambleas Departamentales; y que en consecuencia, la ordenanza 018 de 1875 que reguló la carrera administrativa en el departamento de la Guajira, excedió sus facultades y por lo mismo sería inaplicable a términos del artículo 215 de la Carta Política, como tampoco se aplicaría la Resolución 381 de 1986, reglamentaria de la ordenanza, porque el reglamento sigue la misma suerte del acto reglamentado.

Concluye la Fiscalía expresando:

> "La inscripción en la carrera administrativa en estas condiciones, fruto de violaciones a normas superiores por parte de los actos creadores de la misma, no le otorgaba ningún fuero especial al actor, pudiendo ser catalogado como empleado de libre nombramiento y remoción y ser declarado insubsistente del cargo en aras del buen servicio, de acuerdo con el artículo 194.2 de la Constitución Nacional". (fl. 109).

Agotado el trámite de rigor y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En primer lugar se debe precisar que todo lo relacionado con la carrera administrativa de cualquier orden, nacional o territorial, está asignado en forma exclusiva al Congreso por el artículo 76-10 de la antigua Constitución Nacional, como igualmente lo señala la nueva en su artículo 125.

En tal virtud, no pueden las Asambleas Departamentales como atribución propia, regular lo concerniente a la carrera administrativa de los funcionarios del departamento.

Por otra parte, a nivel departamental no ha sido posible la aplicación de lo concerniente a la carrera administrativa, por cuanto el artículo 78 del decreto 1732 de 1960 que la implantó en el orden territorial, no ha tenido el desarrollo legal, que permite su cumplimiento.

Lo anterior permite a la Sala inferir, que ni la Asamblea Departamental, ni el Gobernador del Departamento estaban legalmente facultados para expedir actos sobre carrera administrativa a ese nivel, como se hizo en la Ordenanza No. 018 de 1975 y en las Resoluciones 381 y 382 de 1986 dictadas por el Gobernador del Departamento, actos violatorios del artículo 76-10 de la Constitución de 1886 y como en la violación de estas normas se fundamenta la pretensión de nulidad del acto acusado, no es posible acceder a decretarla pues la jurisdicción estaría con ello dándole validez a una normatividad que no la tiene.

Sobre el señalamiento del régimen de carrera administrativa, dice el tratadista Diego Younes Moreno, lo siguiente:

> "... En primer término, no aparece dentro de las diversas funciones que a las Asambleas asigna el artículo 187 de la Carta, la de fijar el régimen de la carrera administrativa de los servidores departamentales. Sin embargo, si aparece expresamente asignada esa atribución al Congreso desde la reforma constitucional plebiscitaria, al disponer en su artículo 5o. del citado plebiscito, que los gobernadores, y en general todos los funcionarios que tengan la facultad de nombrar y remover empleados administrativos, "no podrán ejercerla sino dentro de las normas que expida el Congreso". Por lo tanto, es a la ley a la que corresponde determinar la forma como ha de ejercerse la facultad de nombrar, remover, ascender, o, en otros términos, de establecerse el estatuto de carrera administrativa".
>
> "Al mencionar en este caso la Carta a los gobernadores está haciendo obvia referencia a los departamentos, dejando al Congreso la potestad de regular la carrera administrativa en ellos". (Derecho Administrativo Laboral, cuarta edición; Temis; página 353).

De todo lo anterior se desprende que el vicio que se imputa al acto enjuiciado, decreto 019 de enero 21 de 1987, que declaró insubsistente al actor, no puede originar su nulidad por lo que habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira el veintiseis (26) de mayo de mil novecientos ochenta y ocho (1988) y en su lugar, DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE, COMUNIQUESE Y CUMPLASE.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintisiete (27) de noviembre 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.

VIA GUBERNATIVA– Agotamiento/ **RECURSO DE APELACION**

El recurso de apelación es menester interponerlo para agotar, conforme a derecho, la vía gubernativa. La Administración debe señalar los recursos que caben contra un oficio, si no exonera a la persona de hacerlo y acudir directamente ante la jurisdicción, toda vez que el numeral 2o. de artículo 135 del C.C.A. autoriza al particular para hacerlo cuando la autoridad no haya dado oportunidad de ejercer los recursos y una forma de privar al administrado de la oportunidad de ejercerlos, es no indicarle de qué recursos puede hacer uso para impugnar la decisión.

EMPLEADO PUBLICO DEPARTAMENTAL/SUPERNUMERARIO/SALARIO

Aun cuando el artículo 7o. del Decreto 2400/68, que consagra el derecho a la remuneración, es aplicable a los empleados, puede extenderse por analogía a los supernumerarios, y la irregular forma de vinculación del servidor que sólo es atribuible a la Administración, no sirve de excusa para privarlo de su derecho a percibir la remuneración que le corresponda por los servicios efectivamente prestados.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diez y seis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrada ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Referencia: Expediente Número 3445. Actor: Judith Pava Ramírez.– Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 29 de febrero de 1981 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso entablado por Judith Pava Ramírez con el fin de que se declare la ocurrencia del silencio administrativo negativo respecto de las peticiones que formuló al Ministerio de Educación Nacional con fecha 25 de octubre de 1985; se decrete la nulidad del oficio O.J. 5.3.641 de 5 de marzo de 1986 suscrito por el Jefe de la División de Escalafón y Carrera Docente de ese Ministerio y, consecuencialmente, se descarga el pago de los sueldos, recargos nocturnos, horas extras diurnas y nocturnas desde el 1o. de julio de 1984 al 31 de noviembre de 1985, con sus respectivos aumentos, y de las primas de navidad y de servicios y bonificaciones dejados de percibir por la demandante, sumas sobre las cuales deben reconocérsele intereses compensatorios.

Igualmente, apoyándose en los artículos 77 y 78 del C.C.A., la actora solicitó se condene a la doctora Liliam Suárez Melo, para la época Ministra de Educación Nacional, "a pagar a la entidad demandada todos los perjuicios que le hubiere ocasionado por hacer inefectivo el derecho de petición en interés particular, o sean los sueldos, primas, bonificaciones y prestaciones sociales, con el reajuste de valor y los intereses compensatorios y moratorios que se causen con posterioridad al 25 de enero de 1986, fecha en que vencía el término para resolver las reclamaciones de que trate la pretensión primera de la presente acción". (fl. 16).

Por último, pide "se compulse copia de lo pertinente con destino a la Honorable Cámara de Representantes, la Procuraduría General de la Nación y los jueces penales competentes para que se investiguen las conductas sancionables de la doctora LILIAM SUAREZ MELO, en su condición de Ministra de Educación Nacional y de los funcionarios del Ministerio que hubieren incurrido en responsabiliad penal o disciplinaria por razón del desconocimiento sistemático de los derechos y las reclamaciones de la demandante". (fl. 16).

Los hechos de la demanda se relacionan a folios 16 a 24.

El Tribunal del conocimiento, en sentencia de 29 de febrero de 1988, se declaró inhibido para fallar en el fondo el negocio por ineptitud sustantiva de la demanda, por cuanto la accionante no agotó la vía gubernativa, puesto que la administración sí se pronunció sobre la solicitud de reconocimiento y pago de los emolumentos que reclamó en escrito fechado el 25 de octubre de 1985, mediante el oficio No. O.J. 5.3.641 de 5 de marzo de 1986, sin que contra lo decidido en éste, interpusiera los recursos pertinentes. Por consiguiente, no podía recurrir válidamente ante la jurisdicción contencioso administrativa (fls. 136 a 144).

La parte actora interpuso contra este fallo el recurso de apelación, arguyendo que el oficio mencionado fue suscrito por el Jefe de la División de

Escalafón y Carrera Docente, quien respondió tardíamente su petición por delegación del Ministerio de Educación y como de acuerdo con el numeral 2) del artículo 5o. del C.C.A. las decisiones de los Ministros no son apelables, no puede exigírsele la interposición del recurso de reposición contra dicho acto, porque éste conforme a las previsiones del artículo 51 IBIDEM no es obligatorio.

Y agrega:

> "Y como no hubo actuación administrativa, salvo un oficio torpe contestado por funcionario incompetente, la vía gubernativa quedó agotada por el transcurso del tiempo, en relación con el silencio de la Ministra; y por el solo recibo del oficio, que no tuvo alcance de RESOLUCION susceptible de recursos. (fl. 146).

Finalmente, apoyándose en jurisprudencia de esta Corporación, la recurrente expresa que, por lo demás, la administración no cumplió con la obligación de indicarle los recursos procedentes contra el oficio O.J. 5.3.641 de 1956. De manera que, la culpa de que hubiera acudido directamente a la jurisdicción contencioso administrativa sin haber agotado la vía gubernativa, recae exclusivamente sobre aquélla, por lo cual no le es dable al juzgador colocarse en estado de inhibición para abstenerse de decidir las pretensiones de la demanda.

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria expresa que el Tribunal erró al declarar no agotada la vía gubernativa, porque lo indicado era proferir fallo de mérito puesto que:

> "Ciertamente, en el mismo libelo de demanda se pide (numeral tres en la solicitud de declaraciones) la declaratoria de nulidad del oficio en cuestión, luego mal se hizo al invocar silencio cuando se pide, precisamente, la nulidad de la respuesta a la solicitud hecha a la Administración. Sin embargo, como quiera que no se acudió al silencio para burlar mandato sobre caducidad ya que la demanda de todos modos fue presentada transcurrido poco más de un mes contado a partir de la fecha de expedición del acto acusado, y éste, por no ofrecer recurso no era susceptible de los mismos, debe aceptarse que al ser eliminada por la propia Administración sí se agotó la vía gubernativa. Además, por tratarse de asunto laboral sí se hizo la reclamación original, negada por acto en el que no se ofrecieron recursos y que, de tenerlo, sólo sería el de reposición que es facultativo. También: de todos modos, sí hubo un silencio por parte de la Administración durante más de cuatro meses". (fls. 160 y 161).

Además, estimó que el fallo debía ser favorable a las súplicas de la demanda "porque lo determinante en orden a la justificación legal moral del

salario es la comprobación del trabajo, y resulta subalterna la formalización del vínculo entre empleador y empleado: si éste labora al servicio del primero merece, a la luz de toda nuestra preceptiva constitucional y legal sobre protección al trabajo, un salario. Como en el *sub-lite* abundan las constancias procesales sobre la realidad del vínculo laboral alegado por la actora, su pretensión de que se le remunere por tal concepto es inobjetable". (fl. 161).

Cumplido el trámite de ley sin que se observe causal de nulidad procesal que invalide la actuación, se decide mediante las siguientes

CONSIDERACIONES:

De acuerdo con los documentos obrantes en el proceso, la accionante, efectivamente, presentó en el mes de octubre de 1985, ante el Ministerio de Educación Nacional una solicitud de reconocimiento de sueldos insolutos con recargos nocturnos y horas extras por el período comprendido entre el 1o. de julio de 1984 y el 31 de mayo de 1985, de la parte proporcional de las primas de navidad y de servicios y de las bonificaciones por servicios prestados a que, en su concepto, tenía derecho (fls. 46 y 47).

– Según se aprecia a folio 7, el Ministerio mencionado, por intermedio del Jefe de la División de Escalafón y Carrera Docente, responde la anterior solicitud mediante oficio No. O.J. 5.3.641 de 5 de marzo de 1986, en el sentido de que no era posible realizar el pago reclamado porque no había ninguna base legal para ello, toda vez que no existía resolución de nombramiento que vinculara a la actora a la administración y tampoco se encontraba prueba que certificara su vinculación como supernumeraria.

No hay pues duda que el Ministerio, aunque extemporaneamente, sí respondió las peticiones que la demandante le formuló. De ahí que carezca de sentido la pretensión de declaratoria de operancia de silencio administrativo frente a dicha solicitud, al igual que se torna irregular la contradictoria posición de la actora que de una parte, como se dijo, pide que se haga la aludida declaración y, de otra, que se decrete la nulidad del oficio O.J. 5.3.641 de 1986, es decir, que sostiene que la Administración no respondió sus requerimientos y al mismo tiempo, acepta que sí se pronunció sobre ellos.

Es evidente entonces, la ausencia de claridad en la accionante acerca de los alcances de la verdadera conducta del Ministerio de Educación Nacional, lo cual la condujo, a juicio de la Sala, a una inadecuada formulación de las pretensiones y, a no observar la plenitud de los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para acceder válidamente a esta jurisdicción, especialmente, la exigencia relativa al agotamiento de la vía gubernativa.

Sobre el particular, es preciso anotar que no aparece prueba en el expediente acerca de que el Jefe de la División de escalafón y Carrera Docente, al expedir el oficio No. O.J. 5.3.641 de 1986, actuara en virtud de delegación del Ministro de Educación Nacional y, por el contrario según el artículo 28, literal a) del Decreto 088 de 1976, él era el funcionario competente para resolver el asunto y por consiguiente, su decisión era impugnable ante el superior por la vía gubernativa a través del recurso de apelación, recurso éste que es menester interponer para agotar, conforme a derecho, la vía gubernativa, según voces del artículo 135 del C.C.A.

No obstante lo anterior, el apelante tiene razón en lo que respecta a que la omisión de la administración de señalarle los recursos que cabían contra el oficio, la exoneraba de interponerlos y le permitía recurrir direcramente a esta jurisdicción, toda vez que el numeral 2o. del artículo 135 del C.C.A. autoriza al particular para hacerlo cuando la autoridad no haya dado la oportunidad de ejercer los recursos y una forma de privar al administrado de la oportunidad de ejercerlos, es no indicarle de qué recursos puede hacer uso para impugnar la decisión.

Por esta razón no hay lugar a declarar la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa que planteó la entidad demandada, como tampoco la de caducidad de la acción, pues siendo el acto impugnado el Oficio No. 5.3. 641 de marzo 5 de 1986, la demanda presentada el 25 de abril siguiente, es oportuna.

En cuanto a la excepción de indebida acumulación de pretensiones por haberse pedido simultáneamente la declaración de ocurrencia de silencio administrativo y la nulidad del oficio que negó la solicitud elevada a la administración, ya expresó la Sala que ello constituye una impropiedad de la demanda, pero como aparece evidente que sí existió acto administrativo acusable, cabe un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión referente a la nulidad.

Ahora bien, impugna la accionante el Of. 5–3–641 de 1986 que negó el pago de salarios y prestaciones reclamados y pide se condene a la Nación a pagarlos, aduciendo que por culpa imputable a la Administración fue vinculado irregularmente al Instituto Tolimense de Formación Intermedia Profesional y que por esta razón no se le canceló lo devengado desde el 1o. de julio de 1984 hasta el 30 de mayo de 1985.

A folio 11 del expediente aparece una comunicación suscrita por el Rector del Instituto en mención, en donde acepta que a la señorita Judith Pava Ramírez no se le ha retribuido su trabajo desde el segundo semestre de 1984 y a folio 67, copia de la Resolución 14821 de 5 de octubre de 1984 del Ministerio de Educación Nacional, remitida por el mismo rector, en donde consta que la asignación mensual de la señorita Pava Ramírez por el 1er. semestre de 1984 era de $16.500.

Igualmente a folio 118 obra copia autenticada de la Resolución 4151 de abril de 1985 del Ministerio de Educación Nacional, mediante la cual se nombró a la demandante como profesora externa por el primer semestre del año lectivo de 1985.

Las pruebas relacionadas llevan a la Sala a concluir que la accionante tiene derecho al pago de sus servicios, no por todo el tiempo comprendido entre el 1o. de julio de 1984 y el 30 de mayo de 1985 como lo pide la demanda, sino sólo por el segundo semestre de 1984, pues para el año lectivo de 1985 fue vinculada regularmente por la Administración y no se comprobó que los emolumentos que se fijaron en el respectivo acto administrativo no se le hayan cancelado.

Por esta razón el acto acusado resulta violatorio del artículo 7o. del Decreto 2400 de 1968 como lo aduce la impugnante, toda vez que aun cuando esta disposición que consagra el derecho a la remuneración, es aplicable a los empleados, puede extenderse por analogía a los supernumerarios, y la irregular forma de vinculación del servidor que sólo es atribuible a la Administración, no sirve de excusa para privarlo de su derecho a percibir la remuneración que le corresponda por los servicios efectivamente prestados.

La Sala revocará por tanto la sentencia apelada y accederá a declarar la nulidad del oficio acusado.

Como restablecimiento del derecho, ordenará a la Nación el pago de la las asignaciones que la demandante devengó por el segundo semestre de 1984, y las prestaciones a que por este tiempo haya lugar, y denegará lo referente a recargos nocturnos y horas extras por no haberse probado su ocurrencia. También denegará la pretensión quinta referente a inscripción, permanencia etc. en carrera administrativa, por no tener fundamento de hecho alguno y los intereses compensatorios y corrección monetaria por no estar autorizados por la ley.

Se ordenará sí el ajuste de las sumas debidas conforme a lo dispuesto por el artículo 178 del C.C.A.

Las pretensiones séptima, octava y novena referentes a la declaración de responsabilidad de la Doctora Liliam Suárez Melo, entonces Ministra de Educación, y la solicitud para que se le investigue disciplinariamente, igualmente serán negadas, pues no se probó la violación al derecho de petición denunciada por la demandante.

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 apelada.

2.– Declárase la nulidad del Oficio No. O.J.5.3. 641 de 5 de marzo de 1986, del Jefe de División Escalafón y Carrera Docente –Ibagué, Tolima–.

3.– Como consecuencia de la anterior nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Nación, Ministerio de Educación Nacional, pagará a la señora Judith Pava Ramírez, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 65.692.545 del Espinal, los sueldos y prestaciones sociales correspondientes a los servicios prestados en el Instituto Tolimense de Formación Intermedia Profesional durante el segundo semestre lectivo de 1984. El tiempo en mención se tendrá para todos los efectos legales, como tiempo de servicio a la Nación.

4.– El valor total de sueldos y prestaciones se ajustará a la fecha de ejecutoria de esta sentencia en los términos previstos en el artículo 178 del C.C.A. y devengará intereses comerciales durante los seis meses siguientes y moratorios después de este término.

5.– De la suma que resulte a favor de la señora Pava Ramírez se descontará lo que hubiere recibido de entidades públicas por el mismo concepto.

6.– Niéganse las demás súplicas de la demanda.

7.– La Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público dará cumplimiento a la sentencia dentro del término señalado en el artículo 176 del C.C.A.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del día veintisiete (27) de noviembre 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.

VIA GUBERNATIVA ORDINARIA/VIA GUBERNATIVA– Agotamiento **/SILENCIO ADMINISTRATIVO** (Aclaración de Voto)

Hay dos maneras de entender como agotada la vía gubernativa como requisito previo para acudir a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Una de ellas, la ordinaria, para darle algún nombre, tiene lugar cuando elevada la petición en interés particular, con el cumplimiento de los requisitos especiales que haya o corregidas las anomalías observadas, la autoridad administrativa competente da la respuesta oportuna dentro del término legal (tres meses), y se interpongan los recursos que en esa vía sean posibles y necesarios una vez surtidas las publicaciones, notificaciones y comunicaciones que las leyes determinan; en ese caso la acción será obviamente, contra el acto o los actos expresos. La otra manera es la consistente en el agotamiento de la vía gubernativa a través de un fenómeno que es una garantía que la ley ha erigido para tutelar más eficazmente el derecho de petición y que se conoce como "silencio administrativo", que, bien llanamente abre las puertas de la jurisdicción, o cuando el fenómeno opere frente a los recursos interpuestos.

ACLARACION DE VOTO

EN LA SENTENCIA CALENDADA A DIECISEIS (16) DE DICIEMBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO (1991), ACOGIDA POR LA SALA EN SESION DEL VEINTISIETE (27) DE NOVIEMBRE DE IGUAL AÑO.

Magistrada ponente: *Dra. Dolly Pedraza de Arenas.*

Expediente: No. 3445. Actora: Sra. Judith Pava Ramírez.

Con todo respeto se separa el suscrito magistrado de algunos de los criterios sentados en las consideraciones formuladas por decisión de la mayoría como base para despachar favorablemente las súplicas de la actora, luego de revocar el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, son razones de la discrepancia, las siguientes:

Primera:

No existe ninguna incongruencia ni impropiedad por la circunstancia de que la demandante invocase la ocurrencia del silencio de la administración respecto a la petición que elevó al ministerio en el mes de octubre de 1985, pese a que, al momento de presentarse el libelo ante la jurisdicción, hubiese ya un pronunciamiento expreso plasmado en el oficio O.J. 5.3. 641 de 1986 de 5 de marzo de 1986, dado que esa demanda sea de 29 de abril de dicho año; ese acto administrativo expreso también fue demandado de nulidad (petición tercera).

Segunda:

Es norma bien conocida que hay dos maneras de entender como agotada la vía gubernativa como requisito previo para acudir a la jurisdicción en lo contencioso-administrativo en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, antes denominada "de plena jurisdicción", contra actos denegatorios de derechos subjetivos que el interesado crea que radican en él. Una de ellas, la ordinaria, para darle algún nombre, tiene lugar cuando, elevada la petición en interés particular al tenor de lo preceptuado en el art. 9o. del C.C.A. con el cumplimiento de los requsitos especiales que haya o corregidas las anomalías observadas (arts. 10 y 11 ibídem), la autoridad administrativa competente de la respuesta oportuna dentro del término legal (tres meses, conforme al art. 40 del C.C.A., vigente a plenitud para la época en que se inició este asunto, puesto que aún no se había expedido el decreto-ley de 1989 que lo subrogó ni su art. 1o. había sido declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia según sentencia de 21 de junio de 1990) y se interpongan los recursos que en esa vía sean posibles y necesarios una vez surtidas las notificaciones, publicaciones y comunicaciones que las leyes determinan (arts. 43 y ss.; 51 y ss.); en ese acto la acción será obviamente, contra el acto o los actos expresos.

La otra manera es la consistente en el agotamiento de la vía gubernativa a través de un fenómeno que es una garantía que la ley ha erigido para tutelar más eficazmente el derecho de petición (art. 45 de la Constitución de 1886; art. 23 de la Carta de 1991) y que se conoce como "silencio de la administración" o "silencio administrativo", que, bien llanamente abre las puertas de la jurisdicción como lo permite actualmente el art. 135 de conformidad a la modificación que le introdujo el art. 22 del decreto-ley 2304 de 1989, o cuando el fenómeno opere frente a los recursos interpuestos, como lo exigía el ordinal 3o. de ese canon en su concepción original.

Tercera:

El fenómeno del "silencio de la administración" o "silencio administrativo" es, no hay duda, desarrollo lógico del derecho de petición que tiene toda persona, conforme a las disposiciones constitucionales arriba mencionadas. Obsérvese que tanto el art. 45 de la vieja Carta como el 23 de la actualmente vigente, no hacen consistir ese derecho solamente en presentar "peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular", sino en "obtener pronta resolución". Y de allí que esa prontitud la ley la haya medido en un determinado término o plazo, que es un *máximo:* tres meses contados a partir de la presentación de la petición según el original texto del art. 40 del C.C.A., dos meses conforme al sustitutivo (decreto-ley 2304 de 1989, art. 1o.).

El fenómeno del "silencio administrativo", por ende, obra *opa lege*, por ministerio de la ley. Y no importa que ya vencido el término o plazo, la autoridad se pronuncie, pues aunque haya acto expreso que aparece en el mundo jurídico, demandable de nulidad a través de la acción señalada en el art. 85 del C.C.A., el otro acto, el tácito o *ficto* negativo ya emergió, por lo que puede también ocurrirse ante la jurisdicción para que se tenga en cuenta su aparición, pese a que, antes de presentarse la demanda, la autoridad administrativa se haya pronunciado sí, pero extemporáneamente.

Comparte sí, el suscrito las consideraciones acerca de la revocatoria de la sentencia recurrida y de que se hayan despachado favorablemente las pretensiones de la demanda.

Respetuosamente,

Alvaro Lecompte Luna.

Santafé de Bogotá, D.C., 20 de enero de 1992.

ESCALAFON DOCENTE/EXPERIENCIA DOCENTE

Los artículos 73 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 y 26 de su reglamentario el 259 de 1981, al hablar de los requisitos no utilizados para clasificaciones anteriores, ni para la asimilación regulada por las mismas disposiciones, determinan que dicha experiencia podrá ser acreditada en el momento de presentar el docente su primera solicitud de ascensos después de la asimilación, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10 del Decreto 2277 y señalan que una vez precluida tal oportunidad no se tendrá en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se desea ascender. Las promociones dentro del Escalafón Nacional Docente operan grado por grado en orden ascendente, para lo cual se debe acreditar tanto la experiencia requerida en el grado inmediatamente inferior, como los cursos pertinentes.

Consejo de Estado.— Sala de lo Contencioso Administrativo.— Sección Segunda.— Santafé de Bogotá, D.C., diciembre dieciseis (16) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Doctor Joaquín Barreto Ruiz.*

Referencia: Expediente No. 4518. Actor: Alba Lucía Narváez Vásquez.— Resoluciones Ministeriales.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de mayo 31 de 1989 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en el proceso incoado por Alba Lucía Narváez Vásquez en orden a obrener la nulidad y suspensión provisional de las resoluciones números 322 y 428 fechadas respectivamente el 1 de octubre y 26 de noviem-

bre de 1985, expedidas por la Junta Seccional de Escalafón del Departamento de Caldas.

Como restablecimiento del derecho la parte actora solicitó lo siguiente:

"B) **PARTE CONDENATORIA:**

PRIMERA.— Condenar a la *Nación* (Junta Seccional de Escalafón Docente de Caldas) a reconocer y pagar a mi poderdante los siguientes derechos:

a) Que se ASIMILE al Grado OCTAVO, en virtud del artículo Primero de la Resolución No. 4727 del 5 de julio de 1974 en concordancia con el artículo 71 del Decreto Extraordinario No. 2277 de 1979, con efectos fiscales a partir del 16 de octubre de 1980.

b) Que le reconozca la *Experiencia Docente* no utilizada anteriormente al tenor de lo dispuesto en el artículo 26 del Decreto 259 de 1981 y la reiterada Jurisprudencia de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo y H. Consejo de Estado, ascendiendo a mi poderdante en el escalafón Nacional al Grado IX, por acreditar 10 años de experiencia docente no utilizada anteriormente.

c) Que se le reconozca y pague el AUMENTO o ADEHALA SALARIAL, consagrado en el Decreto No. 624 de marzo 14 de 1980, a partir de la asimilación al Grado Octavo y de cada ascenso a que tenga derecho conforme a los efectos fiscales correspondientes.

d) Que se le NIVELE el sueldo para los años de 1984 y 1985 en los grados que le corresponda con los aumentos de Ley de 13.5% y 10% para cada uno, de los años respectivos, por habérsele congelado a 31 de diciembre de 1983.

SEGUNDA.— Que como consecuencia de lo anterior, se condene en razón a la nulidad de las providencias demandadas, a pagar a mi poderdante la diferencia salarial entre el mayor grado jerárquico que le asiste derecho por Asimilación y Ascensos por experiencia docente no utilizada anteriormente, adehala salarial y aplicación de los aumentos salariales generales decretados para los años de 1984 y 1985.

TERCERA.— Que las Declaraciones y Condenas aquí impetrados se disponga con cargo al Fondo Educativo Regional de esa Sección, por ser la Entidad pagadora, con la consecuencia de que la Nación, por intermedio de la Tesorería General de la República, está obligada a garantizar dichos pagos, si la Entidad demandada no provee a su ejecución

dentro del término legal que establece el Estatuto Contencioso Administrativo". (folio 71 cdno. ppal.).

En la demanda se citaron como disposiciones violadas:

"A LA PRIMERA PRETENSION

A) **RESOLUCION** No. 4727 del 5 de julio de 1974.

ARTICULO PRIMERO

B) **DECRETO EXTRAORDINARIO** No. 2277 de 1979, **ARTICULO** 71

A LA SEGUNDA PRETENSION

A) **CONSTITUCION NACIONAL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

B) **DECRETO LEY** No. 2277 de 1979

C) **DECRETO** No. 259

ARTICULO 26

A LA TERCERA PRETENSION

A) **DECRETO** No. 624 de marzo 14 de 1980
RESOLUCION No. 0687 de julio de 1978

A LA CUARTA PRETENSION

DECRETO LEGISLATIVO No. 046 de 1984

ARTICULO No.

B) **DECRETO LEGISLATIVO** No. 0134 de 1985

ARTICULO No." (folio 82).

El concepto de violación se desarrolló como aparece a folios 83 a 91 del cuaderno principal del expediente.

Mediante providencia de mayo 21 de 1986 (folios 101 a 108 ibídem) el *a-quo* admitió la demanda y negó la suspensión provisional impetrada.

El Tribunal del conocimiento en sentencia que obra a folios 125 a 162, luego de analizar los razonamientos expuestos por el Ministerio Público, concluye que no se produjo una indebida acumulación de pretensiones, por lo que era procedente proferir fallo de mérito.

En su pronunciamiento de fondo el *a-quo* denegó las súplicas de la demanda por considerar que no asiste razón a la parte actora en su pretensión de que se le asimile al grado 8 del escalafón, en virtud de lo estatuido en el artículo 1o. de la resolución No. 4727 de julio 5 de 1974, en concordancia con el artículo 71 del decreto extraordinario 2277 de 1979; que elementales principios de interpretación de las normas de derecho determinan la vigencia de las mismas hacia el futuro; que por ello no resulta inexacto el concepto dado por el Abogado Asesor de la Oficina de Escalafón en lo atinente a estimar derogada la resolución citada a raíz de la expedición del decreto extraordinario 2277 de 1979 o por lo menos inaplicable al caso *sub-lite*; que tampoco resulta viable conferir respaldo jurídico a la afirmación de quebrantamiento del artículo 5 del decreto 624 de 1980, ya que la educadora no fue designada como sicóloga en virtud de la resolución No. 4727 de 1974 sino con posterioridad al nuevo estatuto docente, mediante el decreto No. 797 de septiembre 24 de 1980; que la asimilación debió producirse y ser antes de la expedición del decreto 624 de 1980 y para quienes en esa época tuvieran los títulos universitarios de Sicólogo y Trabajador Social, y no para quienes a la fecha de la vigencia de esa disposición no hubiesen sido asimilados por la resolución en comentario o careciesen del respectivo título profesional, que fue lo que sucedió con la demandante; que la demandante fue asimilada al grado 6 por resolución No. 6420 de octubre 16 de 1980, la cual no fue cuestionada por aquélla, de donde se deduce su voluntad de aceptar dicho grado otorgado con la sola consideración del título de sicóloga obtenido; que esa circunstancia colocaba a la demandante en el escalfón sin posibilidad jurídica de aplicar la experiencia solicitada; que esta es la interpretación que en providencia de agosto 11 de 1988 hizo la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; que respecto de la pretensión sobre nivelación de sueldos para los años de 1984 y 1985, en la forma en que se plantea en la demanda, se encuentra que en ninguno de los capítulos se concreta un juicio de ilegalidad, una proposición de vulneración disposicional jerárquica, pormenorizando el por qué a la demandante se le conculcaron sus derechos subjetivos por el acto impugnado, que constituye el marco de acusación en el proceso; que sobre los decretos Nos. 456 de febrero 23 de 1984 y 0134 de enero 14 de 1985, integrados por 21 mandamientos con parágrafos, no se ha invocado en su concreción cuál o cuáles resultan infringidos por los actos enjuiciados; que el Consejo de Estado en reiterada interpretación ha destacado la imposibilidad de llevar a cabo la confrontación entre el acto cuya nulidad se suplica y la disposición superior presuntamente transgredida, sin la cita particularizada, individualizada del mandamiento cuya tutela objetiva se reclama; finalmente, explica las razones por las cuales desestima las excepciones propuestas por la parte oposito-

ra, relacionadas con la falta de cumplimiento del artículo 137 numeral 1 del C.C.A. por la parte demandante, incompetencia del *a-quo* para conocer y decidir el caso *sub-judice* y la falta de carácter de educadora de la accionante.

En el recurso de apelación, manifiesta el apoderado de la actora, entre otras cosas: que en cuanto a la relación jurídico-procesal, en el libelo se convocó y se impetró la responsabilidad de la Nación; que en lo referente a la acumulación de pretensiones se está frente a la acumulación concurrente o acumulativa; que en cuanto a la asimilación al grado 8 del Escalafón Nacional Docente no se comparte el criterio del Tribunal del conocimiento, toda vez que las condiciones o niveles que conceden un estatus están en proporción directa al estipendio económico; que el estatus de la primera categoría es lo que le reporta a la actora de pleno derecho la asimilación al grado octavo en la nueva estructura en el escalafón docente; que el cambio de toda la legislación docente obedeció justamente a la necesidad de incorporar todas las profesiones a la estructura docente, pues eran numerosos los casos de docentes con profesiones y especializaciones vinculados al sector sin la definición de su ubicación; que no está de acuerdo con la interpretación del *a-quo* al mecanismo de fijación de los grados por la entidad demandada, mas no a la asimilación, homologación o nivelación que de pleno derecho otorga el artículo 71 del decreto 2277 de 1979 al efectuar la integración de todo el personal docente; que de conformidad con la sentencia de noviembre 8 de 1985, expediente No. 6694, actor: Noé Ospina Agudelo, conlleva a sostener que ha desaparecido la limitación al nivel de experiencia docente y a la fecha en que se prestó el servicio laboral docente, ya que las normas anuladas y suspendidas (Resolución No. 6746 de 1981 y artículo 26 del decreto No. 259 del mismo año, respectivamente) imponían una limitación que en ningún momento se consigna en el artículo 73 del decreto 2277 de 1979; que por ende la suma de la experiencia docente no utilizada anteriormente por la demandante le implica el ascenso en el escalafón; que el derecho a la adehala salarial de un 15% sobre la asignación básica, según el artículo 5 del decreto No. 624 de 1980, no puede estar condicionado por razones de tiempo, máxime si el precepto no consigna tal situación, puesto que la norma le otorga el derecho no sólo a los ya vinculados, sino además a quienes ingresen, por elemental dinámica legislativa; que por consiguiente mal puede darse un sentido restrictivo a un principio de favorabilidad como el de a "trabajo igual salario igual"; que el aumento salarial en los grados que le corresponda a la demandante para los años de 1984 y 1985 del 13.5% y 10% respectivamente, por habérsele congelado los aumentos a 31 de diciembre de 1983, no es otro que el pago del típico aumento salarial que ordena el Congreso de la República anualmente para todos los funcionarios públicos, derecho que ha sido conculcado a la actora por no aplicársele comúnmente como se le aplica a todos los servidores del Estado sobre el salario básico y, porque siendo la jurisdicción contencioso administrativa rogada, el derecho se solicita como complemento a las pretensiones anteriores,

por cuanto concedida alguna de ellas, su base se modifica por la aplicación de estos reajustes (fls. 165 a 173 ibídem).

El señor Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, en su concepto de fondo de enero 30 de 1990, considera que la sentencia apelada debe ser confirmada (fls. 180 a 183 ibídem).

Admitido el recurso de apelación por auto de agosto 31 de 1989 (folio 177 ibídem), cumplido el trámite de ley y no observándose causal alguna de nulidad procesal, se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1) El caso *sub-lite* consiste en dilucidar si la Junta Seccional del Escalafón de Caldas, obró o no conforme a derecho al proferir las resoluciones Nos. 322 y 428 fechadas respectivamente el 1 de octubre y 26 de noviembre de 1985, mediante las cuales se negó a la actora tanto su solicitud de asimilación al grado octavo, como lo atinente al ascenso en el escalafón con fundamento en experiencia docente no utilizada, pago del 15% establecido en el decreto 624 de marzo 14 de 1980 y nivelación de sueldos para los años de 1984 y 1985 (fls. 64 a 68 del cdno. ppal.).

2) Ahora bien, la Sala comparte las consideraciones hechas por el *a-quo* en el fallo recurrido de mayo 31 de 1989, según el cual en el caso *sub-judice* no se produjo una indebida acumulación de pretensiones.

3) Acorde con el concepto de enero 30 de 1990 de la agencia del Ministerio Público, la Corporación comparte el planteamiento hecho por el Tribunal Administrativo de Caldas en el citado fallo, en cuanto la resolución No. 4727 de julio 5 de 1974 (fl. 37 y 38 ibídem), estableció una asimilación a las antiguas categorías del Escalafón de Secundaria, pero únicamente para efectos de pago de sueldos y demás prestaciones legales mientras se creaban los cargos en las plantas de personal de los correspondientes establecimientos educativos.

4) Sobre el particular, afirmó el *a-quo* en la sentencia apelada con indudable acierto jurídico, lo siguiente:

> "Clara en su intelección es la norma reproducida para significar el efecto exacto que se propuso su creador-"Para los fines de pago de sueldos y demás prestaciones legales...", como premisa, como base de la asimilación del psicólogo a la primera categoría del Escalafón Nacional de Enseñanza Secundaria, concreción de un fin económico bien diferente, en su contingente efectual al de reconocer una categoría académica. Ella no fue creada, no fue otorgada desde esa óptica al prenombrado profesional, como sí, inequívocamente, se itera, la referen-

cia en su fijación salarial a la categoría primera del también premencionado escalafón.

La hermenéutica de esa regla de derecho intentada por la parte opositora es lógica y de recibo, como para determinar su acogida por esta Corporación:

""Analizando la norma antes descrita encontramos que los Psicólogos nombrados con anterioridad a la expedición del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 no pertenecían al anterior Escalafón (considerando 5o. Resolución 4727/74 y como la asignación mensual de pago a los educadores se hacía con base a las categorías existentes cuatro (4) en primaria (4a., 3a., 2a. y 1a.) y ocho (8) en Secundaria (4a., 3a., 2a., 1a., 4a. Especial, 3a. Especial, 2a. Especial y 1a. Especial) a los psicólogos si no se les daba equivalencia o no se les igualaba o no se les asimilaba para pago a una de las categorías existentes no se les podría asignar sueldo alguno.

Fue por ello que se les asimiló única y exclusivamente para fines de pago de sueldo lo que devengaban los que se encontraban clasificados en la primera Categoría de Secundaria, sin que ello llegara a representar que adquirían automáticamente en propiedad tal categoría, ya que sería inequitativo e injusto con los educadores que sí reunieron los requisitos conforme al Decreto 30 de enero 1 de de 1984 para adquirirla; es por eso que el artículo primero de la Resolución No. 4727 de 1974 comienza diciendo: "Para los fines de pago de sueldos..."".

Y esa precisión interpretativa, esto es, la que ahora se reproduce, lo confirma el mismo considerando quinto de la Resolución que se invoca al puntualizar que "... psicólogos, trabajadores sociales y Terapistas no pertenecen al Escalafón docente...", motivación negativa, que a *fortiori* ha de excluir cualquier intento de extensión en su significado que quiera dársele a la regla condicionada por sus fines, los de sueldos y pago de prestaciones, como parece ser la dirección que el distinguido libelista imprime a su razonamiento sobre ese supuesto jurídico. Es decir, que si, por hipótesis, el legislador o autor de la disposición, hubiese tenido el *desideratum* de considerar al psicólogo como académicamente adscrito o titular de la categoría en el escalafón, considerando, como lo hizo, que no lo estaba sin más lo hubiese dispuesto, sin necesidad de expresar en el último considerando "... que es necesario remunerar adecuadamente, los servicios de estos profesionales" como lo fuera la razón o causa de la disposición subsiguiente". (folios 146 y 147).

5) A folio 37 del cuaderno No. 2 consta el certificado del registro de agosto 19 de 1980 del título de Psicólogo de la demandante, expedido en julio 25 del mismo año, posterior al decreto 2277 de 1979 y a lo dispuesto

en el decreto 624 de marzo 14 de 1980 (artículo 5), según el cual "Los profesionales con título universitario de Psicólogo y Trabajador Social, que fueron asimilados a la primera y segunda categoría de enseñanza secundaria en virtud de la Resolución No. 4727 del 5 de julio de 1974, para efecto del pago de sueldos, tendrán un reajuste del 15% de su asignación básica actual".

Por ende, habiendo obtenido la actora el título de Psicólogo con posterioridad al decreto 624 de 1980, mal podría verse beneficiada por el reajuste salarial consagrado en dicha disposición, cuando para la fecha de su vigencia no contaba la demandante con el referido título universitario.

6) Como lo señala el *a-quo* en el fallo apelado "la educadora accionante fue asimilada al grado 6 del Escalafón Nacional por Resolución 6420 de octubre 16 de 1980, la cual no fue insurgida o cuestionada por la inscrita, de donde ha de deducirse su voluntad de aceptar el grado mencionado, conferido con la sola consideración del título de Psicólogo obtenido. Esa particular circunstancia situaba definitivamente la posición inicial de la actora en el escalafón sin posibilidad jurídica de aplicar la experiencia docente a que se ha hecho referencia". (folios 152 y 153 ibídem).

7) Los artículos 73 del decreto extraordinario 2277 de 1979 y 26 de su reglamentario el 259 de 1981, al hablar de los requisitos no utilizados para clasificaciones anteriores, ni para la asimilación regulada por las mismas disposiciones, determinan que dicha experiencia podrá ser acreditada en el momento de presentar el docente su primera solicitud de ascenso después de la asimilación, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos exigidos en el artículo 10 del decreto 2277; y señalan que una vez precluida tal oportunidad no se tendrá en cuenta ninguna experiencia docente que no corresponda al grado anterior al cual se desea ascender. Las promociones dentro del Escalafón Nacional Docente operan grado por grado en orden ascendente, para lo cual se debe acreditar tanto la experiencia requerida en el grado inmediatamente inferior, como los cursos pertinentes.

8) Como lo anotó acertadamente la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 25 de agosto de 1983 "únicamente pueden computarse para ascenso en el nuevo escalafón los cursos de capacitación o actualización y la experiencia docente que siendo aptos para ascender dentro del antiguo régimen de escalafón o que pudiendo utilizarse válidamente para la asimilación al nuevo régimen no fueron utilizados por sus titulares en dichas oportunidades; para el ascenso dentro del nuevo escalafón deben igualmente reunirse los demás requisitos establecidos en el artículo 10 del Decreto-Ley 2277 de 1979".

9) En lo atinente a la nivelación de sueldos para los años de 1984 y 1985, de conformidad con lo planteado en el escrito introductorio (fl. 81 cdno. ppal.), comparte la Corporación lo dicho por el Tribunal Administra-

tivo de Caldas en la sentencia apelada (folios 154, 155 y 156 ibídem), según el cual:

> "Sobre la reclamación preinserta, al examinar la Corporación la causa *petendi*, como el concepto de quebranto que pretende cimentarla jurídicamente, halla que en ninguno de los respectivos capítulos se concreta un juicio de ilegalidad, una proposición de vulneración disposicional jerárquica, pormenorizando el por qué a la actora se le conculcaron sus derechos subjetivos por el acto acusado que es el marco de la acusación en el presente proceso.
>
> Y demostración de la vaguedad del cargo lo es la invocación de ordenamientos generales, como lo constituyen los Decretos 456 de febrero 23 de 1984 y 0134 de enero 14 de 1985, conformados por veintiún mandamientos con parágrafos, y de los cuales no se ha invocado en su concreción cuál o cuáles resultan conculcados por los actos administrativos acusados. Ya el Honorable Consejo de Estado, en reiterada interpretación ha resaltado la imposibilidad de llevar a cabal efecto la conformación entre el acto cuya nulidad de suplica y la norma superior presuntamente transgredida, sin la invocación particularizada, individualizada del mandamiento cuya tutela objetiva se reclama". (folios 154 y 155).

Los anteriores planteamientos, son más que suficientes para que se proceda a confirmar la sentencia dictada el 31 de mayo de 1989 por el Tribunal Administrativo de Caldas, en el proceso incoado por Alba Lucía Narváez Vásquez.

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 dentro de este proceso por el Tribunal Administrativo de Caldas el 31 de mayo de 1989.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 4 de diciembre 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.

LEY EN EL TIEMPO/IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY/REVISOR FISCAL DISTRITAL– Facultades/**SUSPENSION PROVISIONAL**– Improcedencia

Si, por regla general, la ley no es retroactiva y rige sólo hacia el futuro, los actos administrativos emitidos en un determinado momento deben analizarse a la luz del régimen legal vigente entonces. Salvo que existe directa y clara contradicción con la nueva Carta, las leyes anteriores conservan su vigencia hasta la expedición de las que las sustituyen, pues, de lo contrario, se produciría un vacío legal. Siendo una la facultad de proponer los cargos y otra, la de efectuar los nombramientos y remociones, no se ve protuberante y manifiesta la contradicción de la ley, respecto de las facultades del revisor fiscal del Distrito Especial de Bogotá.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciseis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Doctor Reynaldo Arciniegas Baedecker.*

Referencia: Expediente No. 6246. Actor: José Cipriano León.– Apelación interlocutorio.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, contra el auto de 5 de julio de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por el que se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del artículo 1o. de la Resolución No. 5 del 11 de febrero de 1974 emanada de la Junta Directiva, en cuanto dispone:

"El Revisor Fiscal está facultado para nombrar y remover libremente a todos los empleados de su dependencia". (Fol. 39).

Para tomar la decisión que se impugna el Tribunal estimó que "basta comparar el texto del artículo 1o. de la Resolución No. 5 de 1974 de la Junta Directiva de la Empresa", para deducir la violación del artículo 80 del Decreto 3133 de 1968 que invoca el demandante.

Luego de confrontar las disposiciones, discurre así el Tribunal:

"Al comparar la parte subrayada de la primera norma transcrita con el artículo 80 del Decreto Ley 3133 de 1968, se deduce sin mayor esfuerzo, que el artículo 1o. de la Resolución No. 5 de 1974 viola en forma manifiesta y protuberante el artículo 80 del Decreto Ley 3133 de 1968, en cuanto que al Revisor Fiscal, conforme a la Ley, sólamente está facultado para proponer los cargos que requiera el normal funcionamiento de la Revisoría Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ante la Junta Directiva, mas no para nombrar y remover libremente a todos los empleados de su dependencia". (Fols 36-37).

En la sustentación del recurso, la parte impugnadora sostiene que el Decreto 3133 de 1968 no tiene vigencia ya que no está dentro de las normas que señala el artículo 322 de la actual Carta Política. Advierte que en la anterior Constitución se trataba de un Distrito Especial que la actual erigió en Distrito Capital, sometido a las normas contenidas en ésta y a las que en el futuro se expidan e igualmente al Decreto 1333 de 1986.

Subsidiariamente manifiesta que el *a-quo* confundió el género con la especie al estimar que el artículo 80 del Decreto 3133 de 1968 establece que los cargos de la planta de personal "serán propuestos a la respectiva Junta Directiva para su *creación* y no significa –como entendió el *a-quo*–, que el *nombramiento de los empleados será propuesto por los respectivos revisores fiscales para su designación* por las Juntas Directivas". (Fol. 45).

Luego de referirse extensamente a tal aspecto, sostiene que el Decreto 3133 de 1968 asignó el control fiscal de las empresas del Distrito a las respectivas Revisorías y que su función va más allá de la simple auditoría pues por el artículo 10 del Decreto 3130 de 1968 se otorgaron facultades a las directivas para delegar funciones y es norma aplicable por analogía. Agrega que el Acuerdo No. 7 de 1977 se autoriza la delegación de éstas.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

Es argumento principal de la impugnación el que "el decreto 3133 de 1968 no se encuentra vigente ni es aplicable al Distrito Capital porque no

forma parte del régimen jurídico señalado por el artículo 322 de la Constitución, para la capital de la República".

La consistencia de este argumento se desvanece si se tiene en cuenta que la vigencia de la nueva Constitución Política no puede ser óbice para que se examine la legalidad de actos administrativos que se expidieron dentro de la vigencia de disposiciones legales expedidas, a su turno, bajo el régimen de la anterior Constitución y que expresamente no han sido derogadas o sustituidas.

Si, por regla general, la ley no es retroactiva y rige sólo hacia el futuro, los actos administrativos emitidos en un determinado momento deben analizarse a la luz del régimen legal vigente entonces, único que podía haberse tomado en consideración, como es obvio.

Es bien sabido, por lo demás, que los preceptos constitucionales logran su plena realización práctica a través de las leyes que los desarrollan, por lo que, salvo que exista directa y clara contradicción con la nueva Carta, las leyes anteriores conservan su vigencia hasta la expedición de las que las sustituyan, pues, de lo contrario, se produciría un vacío legal. En el caso concreto de la ciudad de Bogotá, tal es la situación por mandato expreso del artículo 41 transitorio de la Constitución de 1991, del siguiente tenor:

> "Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes".

Es procedente, por lo tanto, confrontar el texto enjuiciado con el estatuto del decreto 3133 de 1968, como lo hizo el Tribunal.

Ahora bien, la suspensión decretada por el *a-quo* afecta al artículo 1o. de la Resolución No. 5 de febrero 11 de 1974 en la parte que dice:

> "El Revisor Fiscal está facultado para nombrar y remover libremente a todos los empleados de su dependencia".

Cita el accionante, como fundamento de su petición, el artículo 80 del decreto ley 3133 de 1968 en cuanto expresa:

> "Los cargos que requiere el normal funcionamiento de las Revisorías Fiscales de las empresas descentralizadas de Energía Eléctrica de Bogotá... serán propuestos por el Revisor Fiscal a la respectiva Junta Directiva. Las funciones y atribuciones así como la vigilancia de los empleados de las Revisorías Fiscales estarán bajo la responsabilidad directa del respectivo Revisor".

Estimó el *a-quo* que bastaba la comparación entre la disposición acusada de la Resolución No. 5 de 1974 y el citado precepto del decreto ley 3133 de 1968 "para deducir su manifiesta contradicción" y, por ello, decretó la suspensión provisional de la primera en la parte correspondiente, explicando que "el Revisor Fiscal, conforme a la ley, solamente está facultado para proponer los cargos que requiera el normal funcionamiento de la Revisoría Fiscal de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, ante la Junta Directiva, mas no para 'nombrar y remover libremente a todos los empleados de su dependencia', como ilegalmente y en principio lo consagra el artículo 1o. de la Resolución...".

No comparte la Sala este criterio, pues, de una parte, no se ve que sea protuberante y manifiesta la contradicción, refiriéndose, como se refieren, a aspectos diferentes estas dos disposiciones: la una a la facultad de proponer *los cargos* y la otra a efectuar los nombramientos y remociones.

Destaca este aspecto la parte recurrente al señalar que el Tribunal confundió el género con la especie, lo que explica así:

> "El artículo 80 ibídem establece que los cargos de la planta de personal para el normal funcionamiento de las revisorías fiscales serán propuestos a la respectiva Junta Directiva para su *creación* y no significa –como entendió el *a-quo* que *el nombramiento de los empleados será propuesto por los respectivos revisores fiscales para su designación por las Juntas Directivas*". (Fols. 41-53).

Así es efectivamente pues son conceptos diferentes el de *cargo* y el de *nombramiento*, razón esta que es suficiente para desestimar el razonamiento del Tribunal, basado justamente en la confusión de tales conceptos.

Es el caso, por lo tanto, de revocar la providencia recurrida en lo que respecta a la suspensión provisional.

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

RESUELVE:

Revocar la providencia de julio cinco (5) de mil novecientos noventa y uno (1991) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en lo que respecta a la suspensión provisional allí decretada.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 11 de diciembre 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.

INFORMATIVO/ACTO ADMINISTRATIVO– Concepto/**ACTO ADMINISTRATIVO**– Ejecutoriedad/**JURISDICCION ROGADA**

Un informativo no es un acto administrativo. Es simplemente el registro de los antecedentes de un acto o una serie de actos; es lo que sirve de apoyo a la manifestación de voluntad que ha de tomar la decisión, de pronunciarse en uno u otro sentido, pero no expresa ni encierra esa manifestación de voluntad finalmente adoptada. Como no es "manifestación de voluntad" ni produce "efectos de derecho", mal puede solicitarse su nulidad y mucho menos accederse a ella por el juez contencioso administrativo. Si, como ocurre en el caso sub lite, la demanda sólo solicita la nulidad respecto de un acto administrativo y de algo que no lo es –los informativos– y dependiendo la nulidad de aquél de lo que hubiere resultado de unos actos cuya anulación no fue impetrada, es de concluir que, siendo inexaminables los actos de tipo disciplinario, la presunción de legalidad que ostenta el acto de ejecutoriedad se mantiene incólume.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de diciembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Magistrado ponente: *Dr. Alvaro Lecompte Luna.*

Referencia: Expediente No. 3336. Actor: Héctor Alberto Lindarte Uribe.– Decretos del Gobierno. (Apelación sentencia de 5 de agosto de 1988, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca).

Se procede a decidir acerca de la apelación interpuesta por el apoderado del actor Héctor Lindarte Uribe contra la sentencia de cinco (5) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988), dictada por el Tribunal Adminis-

trativo de Cundinamarca, a través de la cual declaróse inhibido para decidir en el fondo por encontrarse demostrada la excepción de inepta demanda.

El proveído en cuestión observa que el libelo sólo impetra la nulidad del acto de cumplimiento contenido en el decreto número 2528 de 6 de septiembre de 1983, expedido por el Presidente de la República y que dispone la separación absoluta de la Policía Nacional del capitán Héctor Alberto Lindarte Uribe, y no así de los actos de decisión, es decir, de los actos de fecha 30 de junio de 1983, originaria del Departamento de Policía Caldas (que resolvió declarar al hoy actor como responsable de unas faltas de carácter disciplinario y constitutivas de mala conducta, por los que se pidió su "separación absoluta" de la institución) y de 15 de agosto del mismo año, dictado por el Director General de la Policía, que lo confirmó, los que son, en verdad, las manifestaciones de voluntad administrativa antecedentes necesarios del primero, conformando con éste un acto complejo que debió ser acusado de nulidad en su totalidad, teniendo en cuenta el resto del *"petitum"* formulado en la demanda.

Sostiene el recurrente, tanto en el escrito sustentatorio de la apelación como en el alegato de conclusión en esta instancia, que él demandó de nulidad *todos los actos,* puesto que además de solicitar la anulación del decreto número 2528 del 8 de septiembre de 1983, también pidió se "ANULE DE LA HOJA DE VIDA LOS INFORMATIVOS ALLI CONSIGNADOS INFUNDADAMENTE CONTRA MI PODERDANTE". Y a continuación agrega: "Hubiera sido muy sencillo consignar las sentencias aportadas con la Demanda en texto de la misma, es decir, registrar que la Nulidad comprendía la sentencia de junio 30 de 1983 del Departamento de Policía de Caldas con la que se presume, se surtió la primera instancia, y la de agosto 15 de 1983, emanada de la dirección general de la Policía Nacional, mediante la cual confirma la anterior, *pero resulta que dichas providencias no son el sustentáculo jurídico, ni fáctico del decreto de separación absoluta del actor de la Policía Nacional, pues como se reseña en el contexto de la demanda a mi poderdante se le pretermitió el debido proceso y por consiguiente se le conculcó el derecho de defensa".* (Subraya la Sala). Explica el apelante que "las providencias de primera y segunda instancia no guardan correlación fáctica con los cargos sumariales, son contrapuestos al encarte inicial endilgado a mi poderdante y por tanto no pueden ser la antesala del decreto de separación absoluta del accionante, razón por la cual *no se consigna su nulidad,* pues si se hubiera tratado como tal, no sería el fundamento jurídico de las normas violadas; el artículo 26 de la Constitución Nacional sobre "La Imputación de los Actos" y sobre la "Observación de la plenitud de las formas de cada juicio" puesto que mal o bien planteados los cargos se estimarían surtidos en todas las instancias; pero en el presente caso lo que se pretende y se pretendía es llamar la atención respecto a la no observancia de "las formas propias de cada juicio", toda vez que no se pueden ajustar forzosamente dos

providencias a un fin, cuando tuvieron un origen totalmente diferente; *estamos virtualmente convencidos en cuanto que las dos providencias no se correlacionan* con los cargos originales y por consiguiente, no podían ser *como no son* partes de la demanda, en cuanto hace relación a la Nulidad del primero". (Nuevamente las subrayas no son del texto transcrito).

Pero en el alegato de conclusión sostiene que al deprecar que "se declare la nulidad del Decreto No. 2528 del 6 de septiembre de 1983, mediante el cual se separa en forma absoluta del servicio activo de la Policía Nacional a mi Mandante y se anule de la Hoja de Vida los informativos allí consignados infundadamente en contra de mi poderdante...", implica esa solicitud una expresión e individualización de un ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO con determinación y solicitud de la nulidad tanto de los actos finales de las instancias primera y segunda surtidas en el informativo que contra el actor finalmente conllevó un acto de cumplimiento de la investigación precedente, como lo fue el Decreto 2528 de 6 de septiembre de 1983. – En síntesis, significa de forma clara la petición transcrita, la solicitud de la Nulidad, como la actuación del Acto DECISORIO o INFORMATIVO, como del decreto 2528 del 6 de septiembre de 1983, actor final de EJECUCION. De manera que la petición o el pedido de Nulidad conforme al texto de la pretensión "NULIDAD DEL DECRETO No. 2528" –acto de cumplimiento, y de nulidad de "LOS INFORMATIVOS" consignados en la Hoja de Vida constituyen un auténtico e innegable pedido de Nulidad de un ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO. Resulta claro entonces, que no estoy incoando nulidad de un único o exclusivo acto Administrativo SIMPLE, AUTONOMO, SINO COMPLEJO. Y es que al pedirse la Nulidad del informativo, se enrostra Nulidad de fondo contra las sentencias "mal denominadas", o providencias o actos administrativos de junio 30 de 1983 del Departamento de Policía de Caldas y la providencia o acto administrativo de agosto 15 de 1983 proferido por la Dirección General de la Policía Nacional, que constituye la parte sustancial DEL INFORMATIVO, CUYA NULIDAD CLARAMENTE ESTA DEPRECADA EN LA DEMANDA INTRODUCTORIA DE LA LITIS. Formando todo ello, junto con el acto de ejecución, la DEMANDA DE NULIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO COMPLEJO, que abarca desde los actos decisorios, hasta acto final de cumplimiento".

A su vez, el apoderado de la parte demandada –La Nación– Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional–, impetra la confirmación de la sentencia inhibitoria dictada por el Tribunal de Cundinamarca. Afirma que las motivaciones que hace el *a-quo* para arribar a tal conclusión son suficientemente claras y evidentes, amén de que se apoyan en doctrinas sentadas jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, y específicamente por esta Sección Segunda.

De semejante criterio es el señor Fiscal 4o. de la Corporación, quien sostiene a este propósito: "En concepto de la Fiscal, los actos arriba mencio-

nados conforman una unidad jurídica inescindible, un acto complejo que debía ser demandado en su integridad, lo cual no se hizo, sino que se solicitó tan solo la nulidad del Decreto No. 2528, que en caso de accederse a tal petición subsistirían las providencias que imponen la sanción". Y termina: "Sin más razonamientos, y por compartir las consideraciones y decisión adoptada en la sentencia impugnada, esta Agencia del Ministerio Público conceptúa que amerita confirmación".

Así las cosas y cumplido el ritual señalado por las normas procesales para lo atinente a la segunda instancia y no observando que se haya incurrido en defecto que incida en la validez de lo actuado.

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

1o.) El asunto a dilucitar requiere, como punto de partida, de la transcripción de la pretensión consignada en el libelo demandatorio, el que a la letra dice:

"A) **PARTE DECLARATIVA**

UNICA.— Que se declare LA NULIDAD del decreto 2528 del 6 de septiembre de 1983, mediante se Separa en forma Absoluta del Servicio activo de la Policía Nacional a mi mandante y se Anule de la Hoja de Vida los informativos allí consignados infundadamente en contra de mi Poderdante.

B) **PARTE CONDENATORIA**

PRIMERA.— Condenar a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL) al REINTEGRO de mi Poderdante al Grado que obstentaba al momento de su retiro al grado que le corresponda en su mayor jerarquía dentro de la Fuerza Policial a la fecha en que quede debidamente ejecutoriado el fallo, así como el pago de Salarios y demás adehalas a partir de la fecha del retiro hasta que se opere el reintegro efectivo en el mayor grado que obstentasen sus compañeros de curso.

SEGUNDO.— Que para efectos de Ascensos y reconocimiento Prestacional se consideren que no ha existido solución de continuidad desde la fecha del retiro hasta la fecha en que se operó definitivamente el Reintegro al grado correspondiente.

TERCERO.— Que los derechos aquí impetrados se dispongan con cargo al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, por su efectividad dentro del término señalado en el artículo 121 del C.C.A., con la consecuencia de que la NACION está obligada a garantizar y hacer efectivo ese pago si la Entidad demandada no provee a su ejecución dentro del término legal".

2o.) Resulta, pues, incontrovertible que se ha demandado la nulidad de un acto administrativo –el decreto 2528 del 6 de septiembre de 1983, dictado por el Presidente de la República (aunque el libelista no lo expresa, como es fácil advertirlo), y de los operativos que aparecen consignados infundadamente en la hoja de vida del señor Héctor Alberto Lindarte Uribe. Unicamente, en consecuencia, se ha demandado que se declare nulo *un acto administrativo* y *un informativo*. Es más: todo parece indicar que la parte actora nunca quiso solicitar la nulidad de otros actos distintos, dado que en la sustentación del recurso asevera que lo que él llama "sentencia", o sea el proveído de 30 de junio de 1983 del Departamento de Policía Caldas y el de 15 de agosto del mismo año de la Dirección General de la Policía Nacional que confirmó el anterior, no son el sustentáculo jurídico ni fáctico del decreto de separación absoluta del actor de la Policía Nacional.

La denominada "acción de restablecimiento del derecho" (hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" y otrora "acción de plena jurisdicción") persigue "que se declare la nulidad" de un acto administrativo. Y por *acto administrativo* ha de entenderse, como lo enseñaba la versión del art. 83 del C.C.A., vigente para la época en que fue incoada la demanda, "las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia", o, para expresarlo mejor, de acuerdo a la doctrina y a las definiciones del Derecho Administrativo, "es la manifestación de voluntad del Estado que crea, modifica o extingue una situación jurídica" ("El acto administrativo", Gustavo Penagos, 3a. edición, "Librería del Profesional", pág. 47), o, como dice Waline, "todo acto jurídico unilateral de un administrador calificado, obrando en calidad de tal, y susceptible de producir efectos de derecho...".

De manera que sólo pueden demandarse de nulidad dentro de la esfera propia del medio de control que el Código denomina hoy "acción de nulidad y restablecimiento del derecho" (art. 85), "manifestaciones de voluntad" de una autoridad administrativa susceptible de "producir efectos de derecho", por lo que es fácil deducir que aquéllo que no encierra "manifestaciones de voluntad" ni es susceptible de producir por sí "efectos de derecho", no pueden ser objeto de demanda de nulidad a través de esta clase de acción, o mejor, de pretensión.

Un informativo *no es un acto administrativo*. Es, simplemente, el registro de los antecedentes de un acto o de una serie de actos; es lo que sirve de apoyo a la manifestación de voluntad que ha de tomar la decisión, de pronunciarse en uno u otro sentido, pero no expresa ni encierra esa manifestación de voluntad finalmente adoptada. Como no es "manifestación de voluntad" ni produce "efectos de derecho", mal puede solicitarse su nulidad y mucho menos accederse a ella por el juez contencioso-administrativo. Tal vez un informativo puede ser tenido como el acto mismo, máxime si no se olvida que no envuelve *per se* los caracteres de impugnabilidad, de estabilidad, de

ejecutoriedad ni de presunción de legitimidad que se distinguen como de la esencia del acto administrativo.

En algunos de los apartes dice el recurrente que él nunca quiso demandar las "sentencias" de 30 de junio de 1983 y de 15 de agosto de igual año, porque dichas "providencias no son el sustentáculo jurídico del decreto de separación" y aunque luego incurre en la contradicción evidente de que al pedir la nulidad de los informativos que aparecen en la hoja de vida del actor, implícitamente también estaba refiriéndose a la nulidad de "los actos finales de las instancias primera y segunda surtidas en el informativo que contra el actor finalmente conllevó un acto de cumplimiento de la investigación procedente", es obvio que este último no fue su propósito al redactar y presentar la demanda que dio comienzo a la presente *litis*.

3o.) De la demanda se ha dicho que es el fundamento del proceso; que su trascendencia es de tal magnitud que sin ella el juez le es imposible entrar a conocer de lo que pretende el actor: "*nemo judex sine actore*", proclaman los clásicos; y según Chiovenda, la demanda es el acto por el cual el actor, afirmando la existencia de una voluntad concreta de la ley que le garantiza un bien, pide que la ley sea actuada frente al demandado por el órgano judicial.

Y una vez admitida y notificada ésta, la demanda se convierte en la *litis pendentia*, porque se entabla con ella la relación jurídica y va a ser el fundamento de la decisión que finalmente pronuncie el juez; es la cosa que está en juicio. Por lo tanto, por la demanda se determina, se circunscribe qué es lo que quiere, qué es lo que busca la parte actora, la parte que ha presentado la demanda.

Resulta entonces suficientemente establecido que la demanda sólo pretendió la nulidad de un acto administrativo y la de unos informativos consigandos "infundadamente en contra de mi poderdante" en su hoja de vida, y ya se ha explicado que los dichos informativos no pueden ser objeto de nulidad en una acción de restablecimiento del derecho por no ser manifestaciones de voluntad de ningún órgano administrativo.

Corregir la anomalía que encierra la demanda al través del sofisma consistente en que al señalar en su alegato de conclusión, que en esos informativos están los actos finales de las decisiones del proceso disciplinario y que ello implica demandar "un acto administrativo complejo" integrado por esos actos finales y el decreto de ejecución, no agrega absolutamente nada a la circunstancia cierta de que unicamente fue impetrada la declaratoria de nulidad de *un acto* administrativo simple y no de varios, como ahora desea hacer creer.

4o.) El acto cuya nulidad se solicita –el decreto 2528 de 1983, de la Presidencia de la República– puede clasificarse como un *acto de ejecución.* Viene a ser así una especie de *coadyuvante,* de auxiliador de uno o de varios actos que debieron preexistir a la decisión que encierra, para que pudieran tener realización plena de los actos antecedentes, o, en otras palabras, para que se volvieran éstos plenamente ejecutorios.

Quepa recordar en este acápite que, por lo general, los actos administrativos de tipo particular, individual o concreto, necesitan para su plena realización de un elemento adicional conocido con el nombre de "ejecutoriedad". No porque el acto o los actos carezcan de una propiedad esencial al no obtenerla o antes de obtenerla, ni porque sin el coadyuvante sean imperfectos sino que sin él su operatividad no puede tener lugar. No es que esos actos antecedentes no sean presumiblemente perfectos, dado que gozan de los caracteres de la presunción de legalidad en cuanto hace a la competencia del organismo que los dictó, a la regularidad de su forma, de motivación cierta y ajustada a los presupuestos fácticos y en uso adecuado de las atribuciones propias de la autoridad respectiva. El acto de ejecutoriedad no hace parte del acto o de los actos a los que sirve de coadyuvante: es separable de ellos, pero guarda un nexo tan estrecho con éstos que su suerte, en sede jurisdiccional, depende en gran parte del devenir que corran los actos antecedentes. En el supuesto evento de que la jurisdicción declare nulo el acto de ejecutoriedad y se mantuviese incólume la vida jurídica de los actos que le sirvieron de antecedentes, ellos conservarían su existencia en el mundo jurídico y, como se presumen válidos, el Gobierno tendría que proferir otro acto de ejecutoriedad en reemplazo del declarado nulo, tomando como base, nuevamente, esos actos de tipo disciplinario. Es decir, los actos disciplinarios y el acto de ejecutoriedad son actos conexos, íntimamente imbricados los unos con los otros.

5o.) La jurisdicción de lo contencioso-administrativo es esencialmente rogada; o sea, que el juez administrativo sólo puede pronunciarse sobre las pretensiones del demandante. Si, como ocurre en el caso *sub-lite,* la demanda sólo solicita la nulidad respecto de *un* acto administrativo y de algo que no lo es –los informativos– y dependiendo la nulidad de aquél de lo que hubiere resultado de unos actos cuya anulación no fue impetrada, es de concluir que, siendo inexaminables los actos de tipo disciplinario, la presunción de legalidad que ostenta el acto de ejecutoriedad se mantiene incólume en virtud de que fue dictado por la autoridad competente, con motivos fundados en dichos actos de tipo disciplinario y sin que se haya argüído contra ellos tacha alguna en cuanto a desviación de poder. Si al demandante únicamente lo movió su pensamiento a debatir la legalidad del acto de ejecutoriedad y no de los actos disciplinarios que le sirvieron de apoyo, es algo que lleva a la denegatoria de las peticiones de la demanda y no a la inhibición como lo hizo el *a-quo*, dado que la acción de nulidad y de restablecimiento del derecho sólo obliga al demandante a designar como vulnerador de *su* derecho

al acto que él crea que lo ha lesionado, haciendo caso omiso de que sean otros los que lo hayan quebrantado. Como el demandante en el caso *sublite* señaló el acto de ejecutoriedad y olvidó indicar los otros que le sirvieron de antecedente necesario, a ello ha de atenerse el juzgador quien, por tanto ha de denegar las pretensiones del libelo.

La Sala ha de revocar, por ende, la sentencia inhibitoria del *a-quo* y, en su lugar, habrá de denegar las pretensiones de la demanda.

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

FALLA:

Revócase la sentencia inhibitoria de 5 de agosto de 1988 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el juicio iniciado con base en la demanda presentada por el señor Héctor Alberto Lindarte Uribe y, en su lugar, deniéganse las pretensiones de la parte actora.

Sin costas por no haberse causado.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN, SECCION SEGUNDA. CUMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 11 de diciembre 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/PENSION DE INVALIDEZ/INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA/SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

El Decreto Extraordinario 2728/68, preceptúa que de la vigencia del estatuto, el soldado tiene derecho a la pensión de invalidez, si es desacuartelado por tener una incapacidad absoluta y permanente, sin exigir que la causa de la enfermedad, se hubiera generado en el servicio. Como la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo, y el acto administrativo que dice negar las prestaciones sociales del actor, objeto de la demanda, fue expedido y notificado meses después, no podía exigírsele al demandante que acusara dicho acto y por lo mismo, el Ministerio de Defensa incurrió en silencio administrativo negativo.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 541. Actor: Idelfonso Gaitán Rodríguez.– Resoluciones Ministeriales.

ILDELFONSO GAITAN RODRIGUEZ, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicita se declare la nulidad y el consiguiente restablecimiento del derecho, por la negativa que surge del silencio administrativo, por parte del Ministerio de Defensa Nacional, de acuerdo con la solicitud presentada el 5 de octubre de 1977 sobre el otorgamiento a su favor de una pensión mensual de invalidez e indemnización.

Como hechos en que fundamenta su solicitud, expresa que ingresó a prestar el servicio militar el día 9 de febrero de 1976 y fue dado de baja a partir del primero de julio de 1977, a causa de "graves afecciones y lesiones adquiridas por el actor en el servicio", consistente en "Reacción depresiva ansiosa".

Expresa que como consecuencia de tales afecciones adquiridas en el servicio, quedó inválido en forma absoluta y permanente, y lo incapacitan para el desempeño de las funciones que venía ejerciendo.

Agrega que estas afecciones están consignadas en Actas de Junta y Consejo Médico Números 511 y 512 del 14 de abril y 8 de mayo de 1977, e historia clínica No. 307435 del Hospital Militar Central.

Como normas violadas transcribe y cita las relacionadas con la incapacidad absoluta y permanente e invalidez, contenidas en el Decreto 1378 de 1967 y los artículos 2o. y 4o. del Decreto 2728 de 1968, que regulan la misma materia y los artículos 17 y 169 de la C.N. de 1886.

El Fiscal 7o. del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, conceptúa que no debe accederse a las pretensiones de la demanda, por cuanto el actor no comprobó en el proceso que al momento de su retiro, estuviera afectado de una incapacidad absoluta y permanente, sino que la acreditada fue de una incapacidad relativa y temporal, según las actas de Junta Médica y Consejo Técnico Médico de las Fuerzas Militares (fl. 88).

El Tribunal Administrativo, mediante sentencia de 18 de noviembre de 1983, denegó las súplicas de la demanda, por considerar que el experticio de medicina castrense no fue desvirtuado por ningún medio probatorio en el proceso, y en lo atinente a los efectos por supuesta agresión física de su superior, no quedó debidamente comprobado este hecho.

Señala la sentencia que de acuerdo con los antecedentes, el actor fue tratado desde 1975 por trastornos de la personalidad, es decir desde antes de su ingreso al Ejército (fl. 119 y 120).

Apelada la sentencia ante el Consejo de Estado y practicadas las pruebas pedidas por el actor, relacionadas con la incapacidad laboral, el apoderado del Ministerio de Defensa Nacional en el alegato de conclusión, manifiesta que no se opone al otorgamiento de la pensión de invalidez, habiéndose comprobado que al momento de retiro del servicio del demandante, éste presentaba un índice de lesión 19 y un 82.0% de disminución de la capacidad laboral.

Textualmente expresa:

"El Ministerio de Defensa Nacional no se opone al otorgamiento de la pensión de invalidez, teniendo en cuenta que el actor a su retiro presen-

taba índice de lesión 19 y 82.0% de disminución de la capacidad laboral, requisitos que de acuerdo a la reiterada jurisprudencia dan lugar a la mencionada prestación.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que el artículo 4o. del Decreto 2728 de 1968 y normas concordantes ordenan que cuando se otorgue una pensión a un soldado, ésta debe ser "equivalente al *sueldo básico* que corresponde en todo tiempo a un *Cabo Segundo o Marinero* (el subrayado es mío).

En consecuencia, de ser favorable la petición de pensión de invalidez formulada por el actor, *ésta no podía ser otorgada en la forma pedida,* sino en la cuantía antes señalada". (fl. 62).

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, considera que deben despacharse favorablemente las peticiones del actor. La vista Fiscal, al respecto expresa:

"A folio 40 obra documental proveniente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Sección Medicina del Trabajo, contentiva del dictamen No. 102-MJ, en el cual se determina que el actor "para la época en que fue dado de baja al (sic) servicio de las F.F.M.M. le correspondía un índice lesional de diecinueve (19) correspondiente al OCHENTA Y DOS POR CIENTO (82%)"; y, a folio 61, en el alegato de conclusión de la apoderada de la parte demandada, Nación-Ministerio de Defensa Nacional, acepta que el actor a su retiro del servicio presentaba tal índice de disminución de su capacidad laboral, lo que da lugar a la solicitada prestación. Pero, la condena deberá efectuarse de acuerdo con lo estatuído en el art. 4o. del Decreto 2728 de 1968".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

Confrontando los hechos expuestos en la demanda, el material probatorio recaudado tanto en la primera como en la segunda instancia, con los motivos expuestos por el Tribunal en la sentencia que denegó las súplicas de la demanda, podemos concluir lo siguiente:

1) Efectivamente el actor en la primera instancia, no desvirtuó el dictamen y la incapacidad laboral fijada por sanidad militar al momento de su retiro del servicio militar, y en estas condiciones no era procedente otorgarle el derecho a ser titular de la pensión de invalidez que solicitó en el libelo.

2) Como la sentencia del Tribunal, plantea que el actor con anterioridad a su ingreso al ejército, presentaba novedades psíquicas, que se recrudecieron por su desadaptación a la vida militar, conviene analizar el documento probatorio que condujo a expresar estas ideas.

Textualmente el resumen de la historia clínica que suscribe el Subdirector científico del Hospital José Joaquín Vargas de 15 de mayo de 1979, dice lo siguiente:

"Sibaté, mayo 15 de 1979

Señora
GLORIA LOPEZ DE TORO
Secretaria Sección Primera
Tribunal Administrativo de Cundinamarca
Bogotá, D.E.
E.S.D.

En atención a su oficio No. 79-642, solicitando copia de la Historia Clínica del paciente HILDEFONSO GAITAN RODRIGUEZ No. 31591 para anexarla al juicio No. 78-B-486; muy atentamente me permito informarle lo siguiente:

Según consta en la Historia Clínica No. 31591 perteneciente a HILDEFONSO GAITAN RODRIGUEZ, dicho paciente ingresó el *26 de noviembre de 1975,* descuidado en su presentación, sucio, traído por su madre.

Relaciona su problema con el mal trato de su padrastro y por estar sin empleo. *Coherente, lógico no se aprecian alteraciones del pensamiento.* La madre lo califica de mal genio, que se ha acentuado en los últimos 3 meses, hijo natural, la madre contrajo matrimonio y en el momento se ha dañado la relación: padrastro, hijo.

I.– Diagnóstico: Trastorno de la personalidad?
Disritmia Cerebral? y
Reacción psicótica.

Se ordenó E.E.G. y estuio (sic) psicológico.

En diciembre 4 y 12 de 1975, no cumplió las citas de psicología.

En *junio 17 de 1978* viene por presentar problemas de agresividad y de insomnio. Viene del ejército donde estuvo 16 meses, *desorientado en el tiempo.* Le diagnosticaron Reacción *Esquizomorfa.* Se formula.

Junio 30 de 1978: la madre satisfecha con la mejoría alcanzada y exitación sexual marcada que reconoce el paciente como síntoma perturbador. Se formula.

Agosto 9 de 1978. Satisfecho con la medicación continúa tratamiento.

Noviembre 29 de 1978. La madre refiere que tuvo ictus e inconciencia, se insiste en la descripción de este episodio y no dá mayores detalles la madre ni el paciente. Se formula, no hay constancia en la Historia, si salió por mejoría o por fuga. FIRMA: DR. ENRIQUE ARGOTE MORON
SUBDIRECTOR CIENTIFICO - HOSPITAL JOAQUIN VARGAS".
(se subraya) (fl. 21)

El resumen clínico del Hospital Militar sobre el actor, desde el punto de vista psiquiátrico, lo muestra como afectado por una reacción depresiva nerviosa y de desadaptación. Textualmente expresa este documento, lo siguiente:

"Fecha de Ingreso. 10. Marzo. 77
Fecha de Egreso: 25. Marzo. 77

Paciente de 23 años quien ingresa por presentar dolores de cabeza, sensación de extrañeza, depresión y angustia.

Responde al tratamiento con tranquilizantes.
Impresión diagnóstica. Reacción de adaptación, Reacción depresivo-activo.
Fecha marzo 8.77. Psiquiatría. Consulta externa. El paciente informa haber sufrido castigos disciplinarios y malos tratos de sus superiores y achaca, especialmente, sus dolencias a una disciplinaria durante la cual llovió y se mojó, olvida lo que hace y en ocasiones se muestra desorientado y logorreico con posible fuga de ideas, sueño intranquilo, inquietudo (sic) motora, cefalea muy frecuente y no "localiza nada" dice la madre. Se ordena hospitalización para estudio y tratamiento, ya que se considera peligroso con el porte de armas por su irritabilidad y explosividad y falta de control de sus actos". (Fl. 140).

4) Con posterioridad a estos dictámenes médicos, se produjeron las actas de junta médica del día 14 de abril de 1977 y del Consejo de Técnico Médico del día 7 de mayo de 1977.

5) Decretada y practicada la prueba en la segunda instancia, sobre la incapacidad laboral del actor, la Sección de Medicina del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, de fecha 22 de abril de 1985, dijo lo siguiente:

"Bogotá, D.E. abril 22 de 1985

Doctor
MIGUEL A. PERILLA P.
Secretario Sección Segunda

HONORABLE CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Ciudad.

Respetado doctor:

Muy comedidamente, me permito poner en su digno conocimiento que en relación al proceso A-11314 instaurado por el Sr. ILDEFONSO GAITAN RODRIGUEZ venido en apelación de la sentencia de fecha 18 de noviembre de 1983, proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca le informe que, una vez realizado un estudio minucioso y exhaustivo del total del informativo puesto a consideración de esta Jefatura así como también de la anamnésis y argumentos médico-clínicos que obran en el mismo y practicada la correspondiente evaluación personal del actor ya mencionado junto con las interconsultas que se consideraron necesarias practicar me permito dictaminar que el cuadro clínico actual que presenta denominado BROTE PSICOTICO AGUDO acompañado de epidosios de autismo, insomnio, trastornos de conducta y agresividad, le determina un índice lesional de veinte (20) correspondiente a una disminución de la capacidad laboral del NOVENTA Y UNO PUNTO CERO POR CIENTO (91.0%) correspondiente al OCHENTA Y DOS PUNTO POR CIENTO (82.0%). Es importante anotar que el cuadro clínico actual es el mismo al encontrado durante su servicio a las FF.MM. y necesita de cuidados médicos permanentes.

FIRMA:

Dr. CARLOS H. MURCIA GONZALEZ, M.D.
Médico Sección Medicina del Trabajo". (Fl. 110)

6) El derecho sustancial, consagratorio de las prestaciones sociales para los soldados y grumetes, vigente para la época del desacuartelamiento del actor, estaba consagrado en el Decreto Ley 2728 de 2 de noviembre de 1968. Los artículos 3o. y 4o., regulan con exactitud, el contenido, alcance y consecuencias de la incapacidad laboral absoluta y permanente como ocurre con la enfermedad mental diagnosticada al actor y que le ocasiona en la actualidad, un índice lesional de 20, correspondiente a una incapacidad laboral del 91% y del 82% para la época de su retiro del ejército, con un índice lesional del 19.

Textualmente dicen los artículos citados:

"Artículo 3o.:

El soldado o grumete de las Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad relativa y permanente, tendrá derecho a que por el

Tesoro Público se le pague, *por una sola vez una indemnización* que fluctuará entre uno (1) y treinta y seis (36) meses del sueldo básico que corresponda a un Cabo Segundo o Marinero, según el índice de lesión que fije la Sanidad Militar. (se subraya).

(...)

Artículo 4o.:

A partir de la vigencia del presente Decreto, el soldado o grumete de las Fuerzas Militares que sea desacuartelado por incapacidad absoluta y permanente para toda clase de actividades, tendrá derecho a que por el Tesoro Público se le pague una *pensión mensual* equivalente al *sueldo básico que corresponda en todo tiempo a un Cabo Segundo* o Marinero *y a las prestaciones unitarias* a que se refiere el artículo anterior". (se subraya).

7) Como en las actas de Junta Médica y del Consejo Técnico Médico se dice que la enfermedad mental diagnosticada, apareció durante el servicio pero no por causa ni por razón del mismo, debe señalarse que examinado el expediente administrativo No. 1570/78 elaborado por las Fuerzas Militares y correspondiente al exsoldado GAITAN RODRIGUEZ ILDEFONSO, no consta que dicha enfermedad se hubiera detectado al actor al ser examinado por Sanidad Militar, cuando ingresó a prestar su servicio militar, ni que éste haya renunciado a las prestaciones que surgirían de esta incapacidad.

El Decreto Extraordinario 2728 de 1968, preceptúa que a partir de la vigencia de tal estatuto, el soldado tiene derecho a la pensión de invalidez, si es desacuartelado por tener una incapacidad absoluta y permanente, sin exigir que la causa de la enfermedad, se hubiera generado en el servicio.

En términos similares, esta Sala se pronunció al respecto, mediante sentencia de 21 de junio de 1991, expediente No. 1795, actor GERMAN RODRIGO ALEMAN LOPEZ.

8) No existiendo causal que exonere al Ministerio de Defensa Nacional al pago de la pensión de invalidez y a la indemnización, la Sala considera que al actor debe otorgársele la pensión consagrada para los Soldados del Ejército Nacional, en el artículo 4o. del Decreto Extraordinario 2728 de 1968 y a la indemnización por una sola vez, con base en el índice lesional número 19, de acuerdo con el Decreto 1378 de 1967, en armonía con el artículo 3o. del citado Decreto 2728 de 1968, normas vigentes en la época en que se ordenó el desacuartelamiento del demandante.

9) Quedó debidamente probado en el expediente, que el demandante solicitó al Ministerio de Defensa, las prestaciones sociales objeto de la deman-

da, según memorial de fecha 14 de septiembre de 1977, pero presentado hasta el día 5 de octubre de 1977, y que el citado Ministerio no dió oportuna respuesta a dicha petición.

Obra sí al folio 5 del expediente, copia de la resolución No. 2467 de 14 de noviembre de 1979 expedida por el Ministerio de Defensa Nacional, la cual fue notificada al apoderado del actor, el día 23 de noviembre del mismo año, y mediante la cual se declara que el actor no tiene derecho a la pensión de invalidez y a la indemnización, con base en las actas de Junta Médica y Consejo Técnico Médico. En dicho acto no se dice que resuelve la petición del demandante.

Como la demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo, el día 5 de mayo de 1978, y el acto administrativo que dice negar las prestaciones sociales del actor, objeto de la demanda, fue expedido y notificado 18 meses después, no podía exigírsele al demandante que acusara dicho acto y por lo mismo, el Ministerio de Defensa incurrió en el silencio administrativo negativo.

De otra parte, aunque no se declara la nulidad de esta resolución, por no haberse demandado, tampoco tendrá efectos de ninguna naturaleza, ni podrá oponerse al demandante, en todo aquello que sea contrario a lo dispuesto en esta sentencia.

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,

FALLA:

PRIMERO: REVOCASE LA SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1983 PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA DE CONFORMIDAD CON LO EXPUESTO EN LA PARTE CONSIDERATIVA DE ESTA PROVIDENCIA.

SEGUNDO: Declárase que la Nación –Ministerio de Defensa Nacional– incurrió en el silencio administrativo negativo, por cuanto no resolvió oportunamente la solicitud del actor de fecha 5 de octubre de 1977 y mediante la cual solicitaba el otorgamiento de la pensión de invalidez e indemnización.

TERCERO: La Nación –Ministerio de Defensa Nacional–, pagará al exsoldado ILDEFONSO GAITAN RODRIGUEZ, una pensión mensual de invalidez, equivalente al sueldo básico que corresponda en todo tiempo a

un Cabo Segundo o Marinero, efectiva a partir del 1o. de julio de 1977, fecha de baja del servicio.

Igualmente, pagará la indemnización a que se refieren los artículos 3o. y 4o. del Decreto Extraordinario 2728 de 1968, por una sola vez y con base en el índice lesional grado 19, de acuerdo con la certificación médica expedida por el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y acorde con las normas que regulan la materia para la época de retiro del servicio militar del actor.

TERCERO: En aplicación del artículo 128 de la Constitución Política de 1991, se ordena el descuento de sumas de dinero provenientes del Tesoro Público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado y que haya llegado a devengar el actor, como consecuencia de vinculación laboral, a partir de la fecha de separación de las Fuerzas Militares.

CUARTO: Niéganse las demás súplicas de la demanda.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

La anterior providencia se estudió y aprobó por la Sala en sesión celebrada el día veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991).

Dolly Pedraza de Arenas, Reynaldo Arciniegas Baedecker, Joaquín Barreto Ruiz, Salvamento de Voto; *Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Diego Younes Moreno.*

Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.

PERSONAL MILITAR/PENSION DE INVALIDEZ/INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA (Salvamento de Voto)

Si el Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, aplicable al caso, clasificadas las incapacidades e invalideces con la condición común de que las lesiones o enfermedades hayan sido adquiridas durante el servicio militar o policial, considero que este punto no puede dejar de tenerse en cuenta sólo porque el artículo 4o. del Decreto 2728/68 no se refiera a él, pues, es suficiente, a mi juicio, que el reglamento al cual se remite la ley, lo contenga.

SALVAMENTO DE VOTO

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C., enero veintiuno (21) de mil novecientos noventa y dos (1992).

Expediente No. 541. Actor: Ildefonso Gaitán Rodríguez.– Resoluciones Ministeriales.

Con todo respeto, expongo a continuación las razones por la cuales me aparté de la decisión adoptada mayoritariamente por mis distinguidos compañeros de la Sección.

Con fundamento en el artículo 4o. del decreto extraordinario 2728 de 1968, la sentencia admite que la invalidez que presente el personal militar a quien se aplica dicho estatuto, tenga por causa lesiones o enfermedades que no se hayan adquirido durante el servicio.

Ocurre, sinembargo, que el mismo decreto en su artículo 2o. establece que "Para efectos de determinar, *clasificar* y evaluar las aptitudes, incapacidades, invalideces e indemnizaciones los soldados y grumetes quedan sometidos al "Reglamento General de Incapacidades, Invalideces e Indemnizaciones para el personal al servicio de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional". (Se subraya). Reglamento, que precisamente en su capítulo I, que trata de la *clasificación* de las incapacidades e invalideces, luego de definir lo que se entiende por tales afecciones, determina o clasifica según su gravedad los diferentes grados de lesión, desde la incapacidad relativa y temporal hasta llegar a la invalidez, pasando por la incapacidad absoluta y permanente, lesiones y enfermedades todas que deben ser "adquiridas durante el servicio en las Fuerzas Militares o en la Policía Nacional", según se lee en la aludida norma.

Nótese que el artículo 4o. del decreto 2728 de 1968 no entra a determinar qué se entiende por incapacidad absoluta y permanente, y antes por el contrario, en ello se remite al aludido reglamento. Siendo ello así, mal puede a mi juicio hacerse caso omiso de un precepto, al cual remite expresamente la ley, para determinar si el soldado estaba afectado de incapacidad y, si el grado de dicha incapacidad era absoluto y permanente.

Si el reglamento mencionado aplicable al caso (Decreto 1378 de 1967, modificado parcialmente por el Decreto 382 de 1968) clasifica las incapacidades e invalideces con la condición común de que las lesiones o enfermedades hayan sido adquiridas durante el servicio militar o policial, considero que este punto no puede dejar de tenerse en cuenta sólo porque el artículo 4o. no se refiera a él, pues, es suficiente, a mi juicio, que el reglamento al cual se remite la ley, lo contenga.

De otro lado, la legislación que se expidió posteriormente al decreto 2728 de 1968, los decretos extraordinarios 1836 de 1979 y 94 de 1989 mantienen aquella condición. Además, no hacen cosa diferente que continuar la trayectoria que, por lo menos, desde la ley 2a. de 1945 se ha consignado al respecto, cuyo artículo 60 establece que los soldados son acreedores a una pensión vitalicia cuando sean retirados de la actividad por inhabilidad absoluta, *contraída en el servicio.* Lo propio ocurre, en el artículo 61 respecto de la inhabilidad relativa *adquirida en el servicio,* sólo que la cuantía de la pensión es menor.

Posteriormente, mediante el decreto legislativo 991 de 1951 se reguló el mismo tema, exigiéndose en el artículo 1o. que la inhabilidad absoluta fuera *adquirida en el servicio* y en las condiciones allí establecidas y en el artículo 2o. respecto de la inhabilidad relativa también se reclamó que fuera *adquirida en el servicio.*

Finalmente, como está plenamente demostrado (fl. 21) que la enfermedad del actor se había tratado antes de ingresar al servicio militar, es intrascendente que en el examen médico de ingreso aquélla no se hubiera detectado.

Joaquín Barreto Ruiz.

INSUBSISTENCIA/DESTITUCION

Dentro de la función pública colombiana y en lo que respecta al régimen disciplinario y de administración de personal, la causal de retiro del servicio, dentro de la modalidad de insubsistencia, constituye una figura autónoma e independiente de la sanción disciplinaria, denominada destitución. Tratándose de empleados ajenos al fuero de carrera administrativa, la declaratoria de insubsistencia procede a pesar de que el funcionario haya cometido una falta disciplinaria, pues la tipificación de ella no puede conferir estabilidad laboral. Los retiros de personal, producidos con ocasión del cese de actividades en el Ministerio de Hacienda, no son contrarios a derechos.

Consejo de Estado.– Sala de lo Contencioso Administrativo.– Sección Segunda.– Santafé de Bogotá, D.C. diciembre diecinueve (19) de mil novecientos noventa y uno (1991).

Consejero ponente: *Dr. Diego Younes Moreno.*

Referencia: Expediente No. 3694. Actor: Nelly Reyes Martínez y Otros.– Resoluciones Ministeriales.

NELLY REYES MARTINEZ, CARMEN PIEDAD NOGUERA SUAREZ, MARIA VICTORIA PELAEZ FRANCO, CECILIA GUTIERREZ PENAGOS, JUAN BUENO VILLAMIZAR, MARTHA CECILIA ÑUSTES ORTEGON, JOSE AGUSTIN LEON HUERFANO, GONZALO ARIAS LIZARAZO, ERNESTO ARTURO GARCIA SUAREZ Y EDNA LUCIA LEGUIZAMON DE BELTRAN, en ejercicio de la acción de plena jurisdicción, solicitan se declare la nulidad de las resoluciones números 7680 de 18 de

octubre de 1979, 472 de 1o. de febrero de 1980, 1083 de 13 de marzo de 1980, 9294 de 10 de diciembre de 1979, 1068 de 13 de marzo de 1980, 388 de 30 de enero de 1980, 6998 de 13 de septiembre de 1979, 1096 de 13 de marzo de 1980, 6855 de 31 de agosto de 1979 y 9292 de 10 de diciembre de 1979, proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y mediante las cuales fueron declaradas insubsistentes del nombramiento en los empleos que desempeñaban en esta entidad.

Como hechos en que fundamentan su solicitud, expresan que con ocasión del cese de actividades iniciado el 13 de agosto de 1979, en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y luego de una rápida investigación adelantada por parte de la Administración, y cuyos resultados desconocen, fueron declarados insubsistentes en sus nombramientos.

Atacan los actos, porque a su juicio se disfrazó esa forma de retiro del servicio, con una verdadera destitución, pero sin que se hubiera agotado el correspondiente proceso disciplinario.

Como normas violadas, citan los siguientes artículos: 2o., 16, 17, 26 y 30 de la C.N. (1886), 62 y 66 del C.C.A., 6, 8a. 13, 25 y 26 del Decreto 2400 de 1968 y Decreto 3074 de 1968, 30, 105, 107, 129, 130 a 144, 149 a 157, 160 y 161 del Decreto 1950 de 1973.

No hay constancia de que una vez notificada la demanda al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el apoderado judicial designado por el Ministro, en cada uno de los procesos que luego se acumularon, haya presentado memorial de oposición a la demanda correspondiente.

Decretada la acumulación y en el término del traslado común para alegar de conclusión, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con base en las sentencias del Consejo de Estado, de 6 de septiembre de 1985 y 30 de septiembre de 1982, expediente 6428, ambas con ponencia del Dr. JOAQUIN VANIN TELLO, solicita se denieguen las súplicas de la demanda, por cuanto no se desvirtuó en el proceso, la presunción de legalidad, que ampara a los actos administrativos, pues si bien en algunos casos las pruebas demostraron, la participación en la huelga de algunos de los actores, en ningún caso se comprobó la "relación de causalidad entre dicha participación y el acto administrativo impugnado".

La Fiscal Quinta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con base en jurisprudencia del Tribunal Administrativo, considera que las súplicas de las demandas no están llamadas a prosperar, por cuanto la administración pública tenía que decidir sobre la actuación de unos funcionarios que participaban en un cese ilegal de actividades, para garantizar el buen servicio público y respecto de empleados que no se encontraban amparados por ningún estatuto de carrera. Dijo al respecto la Fiscalía, lo siguiente:

"Además esta Fiscalía reitera su concepto ya conocido sobre la facultad legal de que gozaba el Ministerio de Hacienda demandado por virtud del Decreto 2132 de 1976 y ante el evento del cese ilgel (sic) de actividades que lo afectó a partir de agosto de 1979 evento en el cual podía sanear su crítica situación con medidas de emergencia, tal como lo aceptó ya ese H. Tribunal en el fallo del proceso cuyo actor fue Bernabé Ortiz Cifuentes".

El Tribunal Administrativo, mediante sentencia, denegó las súplicas de a demanda, por considerar que en el proceso no se establecieron los cargos contra los actos acusados, tales como la violación del derecho de defensa, ni el abuso o desviación de poder, pues la insubsistencia no constituye una sanción disciplinaria y el ánimo que inspiró las decisiones, fue la del mantenimiento del servicio público. Concluyó el Tribunal lo siguiente:

"Por el contrario, aún aceptando como fehacientemente establecida la relación de causalidad entre el cese de los nombramientos de algunos de los demandantes, habría que concluir, dentro de la sana lógica, que justamente en esos casos la emisión de voluntad del nominador estuvo inspirada en razones del buen servicio público, que es el objetivo fundamental de la administración, al cual tenía que atender de manera prioritaria evitando la parálisis de la gestión de la entidad pública".

La sentencia fue apelada en nombre del actor GONZALO ARIAS LIZARAZO, por estimar que la insubsistencia constituyó una destitución, y no existe prueba de su participación en el cese ilegal de actividades, que afectara a la administración.

En el término del traslado para alegar de conclusión ante el Consejo de Estado, las partes no presentaron ningún alegato.

El Fiscal Cuarto del Consejo de Estado, con base en la jurisprudencia de esta Corporación, elaborada sobre casos parecidos a los que se debaten en el presente proceso, y con transcripción del fallo de 29 de junio de 1989, solicita se confirme el fallo apelado, por considerar que la decisión tomada por el Tribunal, se ajusta a derecho.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) Los cargos que los actores efectúan a los actos acusados, básicamente consisten en que la declaratoria de insubsistencia constituye una destitución y como tal, no se adelantó el correspondiente proceso disciplinario que debía culminar con la sanción pertinente o su absolución.

La apelación de la sentencia por parte de GONZALO ARIAS LIZARAZO, la fundamenta, en virtud de que no existe prueba alguna de que él haya participado en el cese de actividades.

2) Reiteradamente esta Corporación ha sostenido que dentro de la fi ción pública Colombiana y en lo que respecta al régimen disciplinario y administración de personal, la causal de retiro del servicio, dentro de la m dalidad de insubsistencia, ella constituye una figura autónoma e independie te de la sanción disciplinaria, denominada destitución.

La insubsistencia, cuando se produce respecto de funcionarios que c recen de estabilidad laboral, por tratarse de empleados de libre remoció o designados provisionalmente, constituye una facultad de que está invest do el nominador, para separar del cargo a un empleado, por razones del bue servicio público o por vencimiento de la provisionalidad.

La destitución, procede como sanción máxima en caso de que la grave dad de la falta disciplinaria, debidamente comprobada en el proceso, as lo requiera.

Tratándose de empleados ajenos al fuero de carrera administrativa, la declaratoria de insubsistencia procede a pesar de que el funcionario haya cometido una falta disciplinaria, pues la tipificación de ella, no puede conferir estabilidad laboral.

3) En el caso que nos ocupa, la Jefe de División de Selección del Departamento Administrativo del Servicio Civil, certificó que los actores no se encontraban en carrera administrativa, y por este motivo no puede concluirse que la declaratoria de insubsistencia para ellos, tuviera que estar precedida del adelantamiento de un proceso administrativo en el cual se debiera escuchar previamente al funcionario, pues dicha insubsistencia tenía el carácter de acto condición, carente de recursos en la vía administrativa (Fl. 49).

4) Conforme al artículo 18 de la C.N. de 1886, vigente en los años de 1979 y 1980, la Carta en su artículo 18 garantizaba el derecho de huelga, pero con exclusión de los servicios públicos, como el que sin lugar a dudas presta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Los empleados de ese organismo que tomaron parte en el cese ilegal de actividades, dificultaron la adecuada prestación de los servicios que la ley le asignó a dicho Ministerio, y por lo tanto, cuando el nominador ejercitó la facultad de libre remoción, no hacía otra cosa que adecuar su conducta a la norma que lo habilitaba para tomar las medidas que condujeran a obtener el restablecimiento del servicio público indebidamente interrumpido.

La anterior medida podía tomarla el nominador, aún sin perjuicio de ejercer la acción disciplinaria, mediante la iniciación del proceso correspondiente, oportunidad que tenía la administración para efectuar las imputaciones pertinentes, y el empleado o exempleado si este hubiera sido retirado, para ejercer el derecho de defensa, todo lo cual conduciría o bien a la impo-

sición de una sanción, o a la absolución, por falta de méritos en los cargos imputados.

En este caso, si no se brindara la oportunidad de ser oído en descargos, bien podría alegar la violación al derecho de defensa, que no es el caso que nos ocupa.

5) Como en el presente proceso se debatió el retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia de quienes no estaban amparados por la estabilidad del funcionario de carrera, no puede alegarse la violación del derecho de defensa, por cuanto los actores no fueron retirados en virtud de la calificación de servicios, figura que sí habría exigido, el ejercicio del derecho a impugnar la insubsistencia.

6) Es cierto que cuando se produce un cese ilegal de actividades, el nominador o el patrono según el caso, debe abstenerse de retirar del servicio, a quienes si bien cesaron de prestar el servicio, lo hicieron determinados por circunstancias ajenas a su voluntad, creadas por las circunstancias mismas del paro.

Sin embargo, como en el proceso estas circunstancias no fueron probadas en el expediente, no le asiste razón tanto al apelante GONZALO ARIAS LIZARAZO, como a los demás actores.

7) La falta de prueba en el expediente, de la iniciación de los correspondientes procesos disciplinarios, no puede conducir a que mediante la prueba indiciaria, se dé por probado que la declaratoria de insubsistencia sustituyó al proceso disciplinario.

8) Reiteradamente la Sala ha considerado en numerosos casos que los retiros de personal, producidos con ocasión del cese de actividades en el Ministerio de Hacienda, no son contrarios a derecho. En uno de los últimos pronunciamientos, esta Sala, en sentencia de 23 de agosto de 1991, expediente 674, dijo:

> En el supuesto de que evidentemente la suspensión de actividades tuviera relación de causa a efecto con la declaración de insubsistencia, no se concibe cómo el colocarse el empleado en una situación evidentemente ilegal le otorgaría estabilidad en el servicio o lo pondría a cubierto de la facultad discrecional de la administración, tratándose de un funcionario de libre nombramiento y remoción. Conviene recordar, por otra parte, como tantas veces se ha dicho, que la declaración de insubsistencia no constituye de suyo una sanción, sino que es un mecanismo de la administración para el movimiento de personal por razones del buen servicio. Corresponde al empleado desvinculado el demostrar que no fueron éstas las reales motivaciones de la decisión, sino factores

de otra naturaleza. La prueba, a este respecto, ha de ser necesariamente plena, pues no basta la simple afirmación del interesado".

Por consiguiente, estima la Sala que no están llamadas a prosperar las súplicas de las demandas y debe confirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA.

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 once (11) de diciembre 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.

CONSEJO DE ESTADO
INDICE ALFABETICO DE ACTORES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

A

ALBA LUCIA NARVAEZ VASQUEZ 85
ALBA LUCIA OROZCO DE TRIANA 559
ALBERTO BRAND MILLAN 336
ALBERTO MONTOYA MONTOYA 272, 379, 460
ALVARO BELTRAN CELEMIN 91
ALVARO ROJAS DURAN 66
ANA EMILCE VEGA DE GUINEA 580
ASOCIACION NAL. DE JUBILADOS DE ECOPETROL 758

B

BERNARDO CARREÑO VARELA 261
BERNARDO LONDOÑO GOMEZ 280
BLAS ENRIQUE GIL 486

C

CAJA POPULAR COOPERATIVA LTDA. – DANCOOP– 435
CAMILO ANTONIO GACHARNA FEDRAZA 711
CARLOS MANRIQUE VAN DAME 186
CARLOS ALBERTO BARRERO RUBIO 525
CARLOS ADOLFO MORA PARRA 588
CITROAUTOS INTERNACIONAL LTDA. 41
CONSUELO CHAVARRO GARZON 232
CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA 405

D

DEPARTAMENTO DE SANTANDER 467

E

ELIAS JAIMES CASTILLO 584
ERNESTO REY CANTOR 696

F

FEDERICO GARCIA TORRE 537
FELIX JOSE ALMANZA GALLEGO 510
FERNANDO CASTRILLON MUÑOZ 571
FERNANDO A. TREEBILCOCK BARRO 268
FRANCISCO RESTREPO PALACIO 662

G

GABRIEL MESA ZULETA 306, 501
GABRIEL ROBERTO RENGIFO DONADO 781
GAVASSA Y CIA. LTDA. 245
GENARO IZAQUITA BARRERA 670
GREGORIO ALVAREZ BUSTAMANTE 256
GRUPO FINANCIERO DEL ESTADO 416
GUILLERMO SALAS TORO 394

H

HECTOR ALBERTO LINDARTE URIBE 819
HERNANDO OSORIO DELGADO 730
HUGO ALBERTO GUTIERREZ HOLGUIN 327

I

IDELFONSO GAITAN RODRIGUEZ 827
INSTITUTO DISTRITAL PARA LA PROTECCION
DE LA NIÑEZ Y LA JUVENTUD 635
INSTITUTO COLOMBIANO DE LA JUVENTUD Y EL DEPORTE 59
INTERCONEXION ELECTRICA S.A. –ISA– 552
ISABEL OVALLE VDA. DE SALCEDO 9

J

JAIME IVAN ECHANDIA BOTERO 399

JAIRO RODRIGUEZ DURAN 94
JAMES CAICEDO REYES 641
JESUS LAVERDE OSPINA 133, 492
JESUS MARIA GIRALDO Y OTROS 75
JORGE ENRIQUE MOLANO MORENO 687
JOSE CABRERA ESCORCIA 703
JOSE ANTONIO PEDRAZA PICON 114
JOSE CIPRIANO LEON 814
JOSE FELIPE RODRIGUEZ SUAREZ 791
JOSE IGNACIO VIVES ECHAVARRIA 130
JOSE JAMES CHAVEZ MUÑOZ 298
JOSE YESID BONILLA GUZMAN 652
JOSE MANUEL OSPINA CORTES 682
JUAN CLAUDIO MORALES GONZALEZ 425, 477
JUDITH PAVA RAMIREZ 795

K

KUMIAI CHEMICAL INDUSTRY CO. 366

L

LUIS ALBERTO GHITIS MERA 628
LUIS CARLOS SACHICA APONTE 314
LUIS EDUARDO BECERRA B. 54
LUIS FELIPE ARANA MADRIÑAN 544
LUIS JORGE MARTINEZ MOTTA 768
LUIS JOSE GONZALEZ ANAYA 495
LUZ AMPARO TORO BERNAL 373
LUZ EDILMA MUÑOZ MARTINEZ Y OTROS 566

M

MANUEL MESIAS MORA ORTEGA 772
MARIA IDALBA BETANCURT RESTREPO 616
MARIA TERESA GARCES LLOREDA 20
MARIO ENRIQUE PAEZ RIVERA 657
MARTHA CRISTINA CARVAJAL MOLINA Y OTRO 598
MAURICIO LITMAN CELEN 227
MILAN DIAZ GARCIA Y OTROS 610
MINISTERIO DE AGRICULTURA 146, 158
MINISTERIO DE GOBIERNO 176, 180, 182
MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS Y TRANSPORTE 171, 186
MINISTERIO DE SALUD 139
MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL 152

N

NELLY REYES MARTINEZ Y OTROS 839
NEMESIO CAMACHO RODRIGUEZ 303
NEMESIO EDMUNDO PAZOS GONZALEZ 603

P

PEDRO PABLO CAMARGO 754

R

RICARDO ALVAREZ MOSQUERA 320
RICARDO BENJAMIN PATIÑO CORAL 676
RUDESINDO ROJAS ROBLES 320

S

SINDICATO DE TRABAJADORES CENTRAL HIDROELECTRICA DE ANCHICAYA 646
SINDICATO TRABAJADORES HILANDERIAS MEDELLIN 721
STELLA PINZON DE ACUÑA 531

T

TRANSPORTES "LA VELOZ" – MOISES PINILLA E HIJOS S.C.A. 430

V

VINICIO SOTOMAYOR MACEA 623

CONSEJO DE ESTADO
INDICE TEMATICO POR SECCIONES
CUARTO TRIMESTRE
AÑO DE 1991

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A

ACCION: 41
ACCION DE REPARACION DIRECTA: 75
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: 20
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (Salvamento de Voto): 24
ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE– Naturaleza (Salvamento de Voto): 37
ASIGNACION DE RETIRO: 9
ASIGNACION DE RETIRO (Salvamento de Voto): 18

C

CADUCIDAD: 75
COMPETENCIA: 130
COMPETENCIA (Salvamento de Voto): 124, 126
CONCEPTO DE SALA DE CONSULTA– Naturaleza: 133
CONGRESISTA: 130
CONSEJERO DE ESTADO– Intervención: 91
CONSEJERO ELECTORAL– Confirmación: 20, 31
CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades: 20
CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades (Aclaración de Voto): 35

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades (Salvamento de Voto): 24, 31, 37
CONSEJERO ELECTORAL– Elección: 31
CONSEJERO ELECTORAL– Requisitos (Salvamento de Voto): 37
CONSEJO DE ESTADO: 130
CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de Voto): 124, 126
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: 20
CONTROL JURISDICCIONAL– Improcedencia: 133
CORPORACION POPULAR: 20
CORPORACION POPULAR (Salvamento de Voto); 24, 37

D

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento: 121
DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento (Salvamento de Voto): 124, 126, 128

E

ERROR ARITMETICO: 41

F

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 75

I

INTERPRETACION ERRONEA: 54

J

JUEZ– Facultades (Aclaración de Voto): 73

L

LEY EN EL TIEMPO: 75
LEY POSTERIOR: 9

M

MAYORIA CALIFICADA: 31
MAYORIA SIMPLE– (Salvamento de Voto): 31

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A

ACCION: 41

ACCION DE REPARACION DIRECTA: 75

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE: 20

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (Salvamento de Voto): 24

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE– Naturaleza (Salvamento de Voto): 37

ASIGNACION DE RETIRO: 9

ASIGNACION DE RETIRO (Salvamento de Voto): 18

C

CADUCIDAD: 75

COMPETENCIA: 130

COMPETENCIA (Salvamento de Voto): 124, 126

CONCEPTO DE SALA DE CONSULTA– Naturaleza: 133

CONGRESISTA: 130

CONSEJERO DE ESTADO– Intervención: 91

CONSEJERO ELECTORAL– Confirmación: 20, 31

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades: 20

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades (Aclaración de Voto): 35

CONSEJERO ELECTORAL– Inhabilidades (Salvamento de Voto): 24, 31, 37
CONSEJERO ELECTORAL– Elección: 31
CONSEJERO ELECTORAL– Requisitos (Salvamento de Voto): 37
CONSEJO DE ESTADO: 130
CONSEJO DE ESTADO (Salvamento de Voto): 124, 126
CONSEJO NACIONAL ELECTORAL: 20
CONTROL JURISDICCIONAL– Improcedencia: 133
CORPORACION POPULAR: 20
CORPORACION POPULAR (Salvamento de Voto); 24, 37

D

DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento: 121
DESPACHO COMISORIO– Incumplimiento (Salvamento de Voto): 124, 126, 128

E

ERROR ARITMETICO: 41

F

FALLA DEL SERVICIO DE POLICIA: 75

I

INTERPRETACION ERRONEA: 54

J

JUEZ– Facultades (Aclaración de Voto): 73

L

LEY EN EL TIEMPO: 75
LEY POSTERIOR: 9

M

MAYORIA CALIFICADA: 31
MAYORIA SIMPLE– (Salvamento de Voto): 31

MINISTERIO PUBLICO– Competencia (Salvamento de Voto): 128

O

OSCILACION DE PENSIONES: 9

P

PENSION DE JUBILACION– Régimen aplicable: 9

PERJUICIOS MORALES A HERMANOS: 75

PERDIDA DE INVESTIDURA: 130

PRETENSION: 41

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SUTANTIVOS (Aclaración de Voto): 73

PRINCIPIO DE PRECLUSION: 66

PRUEBA RECOBRADA: 59

Q

QUORUM: 31

R

RECURSO DE RECONSIDERACION: 41

RECURSO DE SUPLICA: 66

RECURSO DE SUPLICA (Aclaración de Voto): 70

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION: 54

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION– Improcedencia: 41

RECURSO EXTRAORDINARIO DE ANULACION– Técnica: 41

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION: 91

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION– Causales: 59

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia: 66, 94

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA– Procedencia (Aclaración de Voto): 70

RECURSOS– Interpretación (Aclaración de Voto): 73

RENUNCIA: 54

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO– Régimen aplicable: 94

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO– Régimen aplicable (Salvamento de Voto): 107

RESPONSABILIDAD INDIRECTA– Improcedencia: 94
REVISION DE SENTENCIAS: 114

S

SALA DE DECISION: 66
SALA DE DECISION (Aclaración de Voto): 70
SANCION PECUNIARIA: 121
SANCION PECUNIARIA– Improcedencia (Salvamento de Voto): 124
SENTENCIA– Técnica (Aclaración de Voto): 52
SUBROGACION (Salvamento de Voto): 31
SUSTITUCION PENSIONAL– Régimen aplicable: 9
SUSTITUCION PENSIONAL– Régimen aplicable (Salvamento de Voto): 18

T

TRANSITO CONSTITUCIONAL (Aclaración de Voto): 35
TRANSITO CONSTITUCIONAL (Salvamento de Voto): 31
TRANSITO DE LEGISLACION: 75

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

A

ALCALDE: 162
APUESTAS EN JUEGOS DEPORTIVOS: 139
AUTORIDAD ADMINISTRATIVA: 186
AUTORIDAD CIVIL: 186
AUTORIDAD MILITAR: 186
AUTORIDAD POLITICA: 186

B

BIEN INMUEBLE– Adquisición: 158
BIEN INMUEBLE– Avalúo: 182

C

CAJA AGRARIA– Naturaleza Jurídica: 146
CATASTRO: 182
COMPETENCIA: 139, 158, 162, 176, 182, 206
CONGRESISTA– Incompatibilidades: 195
CONGRESISTA– Incompatibilidades (Aclaración de Voto): 195
CONGRESISTA– Inhabilidades: 186, 195
CONGRESISTA– Inhabilidades (Aclaración de Voto): 195
CONTRALOR DEPARTAMENTAL: 176
CONTRALOR DEPARTAMENTAL– Período (Aclaración de Voto): 180
CONTRALOR MUNICIPAL– Elección: 176
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION: 210
CONTRATO DE CONCESION DE ESPACIOS DE TELEVISION (Salvamento de Voto): 215, 220
CONTRATO DE OBRA PUBLICA– Revisión (Salvamento de Voto): 171
CONTROL DE TUTELA (Salvamento de Voto): 171

D

DECRETOS– Firma: 201
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DEL SERVICIO CIVIL– Director: 201
DESTITUCION: 146, 162

E

ECOSALUD: 139
EXPROPIACION: 158, 182

F

FONDO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL ARTISTA COLOMBIANO– Liquidación: 152

G

GOBERNADOR– Elección: 206
GOBERNADOR– Inhabilidades: 186

I

INCORA: 158

J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES: 139

M

MONOPOLIO DE JUEGOS: 139

P

PARENTESCO: 186
PLIEGO DE CONDICIONES: 210
PLIEGO DE CONDICIONES (Salvamento de Voto): 215, 220
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA (Salvamento de Voto): 171
PROCESO DE EXPROPIACION: 182
PROCURADOR GENERAL DE LA NACION: 162

R

RECURSO DE REPOSICION (Salvamento de Voto): 171
REFORMA AGRARIA: 158
REGIMEN DISCIPLINARIO: 146
REVISION DE CONTRATOS: 210
REVISION DE CONTRATOS (Salvamento de Voto): 215, 220

S

SANCION DISCIPLINARIA: 162
SANCIONES: 139
SECCION QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO: 206
SENADOR SUPLENTE– Inhabilidades: 195
SENADOR SUPLENTE– Inhabilidades (Aclaración de Voto): 195
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA: 146
SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD: 139
SUSPENSION: 162

T

TRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL: 176

SECCION PRIMERA

A

ACCION CAMBIARIA: 280
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 227
ACCION DE NULIDAD– Improcedencia: 492
ACTO ADMINISTRATIVO: 298
ACTO DE TRAMITE: 452, 477
ACUERDO MUNICIPAL– Irregularidad: 510
AGENTE DEL GOBERNADOR: 467
ALCALDE MAYOR– Facultades: 399
ALCALDE METROPOLITANO– Facultades: 486
ANEXOS: 268
APROPIACION PRESUPUESTAL: 256
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL– Facultades: 379
AUTORIDAD MARITIMA NACIONAL: 306, 501

B

BANCO DEL ESTADO– Nacionalización: 416

C

CADUCIDAD: 280
CAJA POPULAR COOPERATIVA– Vigilancia: 435
COMPETENCIA: 327, 336, 405, 467
COMPETENCIA RESIDUAL: 314
CONCEPTOS– Naturaleza: 492
CONGRESO: 405
CONSEJO DE ESTADO: 314
CONSEJO DE JUSTICIA DE BOGOTA: 399

CONSTITUCION POLITICA: 320
CONTRATO DE FLETAMIENTO MARITIMO: 306, 501
CONTRAVENCION CAMBIARIA: 280
CONTROL CONSTITUCIONAL– Improcedencia: 320
CONTROL FISCAL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA: 405
COPIA DEL ACTO: 495
CORREDOR: 306, 501
CORREDOR DE CONTRATOS DE FLETAMIENTO MARITIMO: 306, 501
CORRETAJE: 306, 501
COSA JUZGADA– Improcedencia: 510

D

DANCOOP– Facultades: 435
DAS: 327
DECAIMIENTO DEL ACTO: 327
DECRETO ESPECIAL: 314
DEMANDA: 268
DEMANDA– Retiro: 430
DEMANDA– Sustitución: 430
DEPORTACION: 327
DERECHO DE PETICION: 314
DIMAR: 336
DIVISAS: 280
DOBLE NACIONALIDAD: 327
DOCTRINA SUAREZ: 327

E

EJERCICIO DE PROFESIONES: 306, 501
ENTIDADES PUBLICAS– Representación: 303
EXENCION TRIBUTARIA: 272
EXPROPIACION: 261

F

FACULTAD IMPOSITIVA MUNICIPAL: 272
FACULTADES EXTRAORDINARIAS– Inexistencia: 405

G

GOBERNADOR: 467

I

INDEMNIZACION PREVIA: 232
INSPECCION JUDICIAL: 495
INTERPRETACION PREJUDICIAL: 366
INTRA: 394

J

JUEGO DE APUESTAS PERMANENTES: 379, 460
JUNTA METROPOLITANA– Facultades: 486

L

LEGITIMACION PROCESAL: 303
LEGITIMACION POR PASIVA: 510
LEY MARCO CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA: 405

M

MONOPOLIO DE LICORES: 232

N

NACIONALES: 327
NACIONALIDAD: 327
NACIONALIZACION DE LA BANCA: 416
NORMA LOCAL: 268
NOTIFICACION: 298

O

ORDENANZA DE FACULTADES: 232

P

PARQUE AUTOMOTOR: 394
PARTES– Representación: 510

PERMISO DE FUNCIONAMIENTO: 245
PERSONAS DE DERECHO PUBLICO– Representación: 303
POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites: 261, 373
PRESUPUESTO DEPARTAMENTAL: 256
PRODUCCION PRIMARIA: 272
PRUEBA ANTICIPADA: 495
PUBLICACION: 298

R

RECURSO DE REPOSICION: 261
RECUSACION: 452, 477
RESERVA DE CARGA: 336
RUTAS Y HORARIOS: 314

S

SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA: 416
SOCIEDADES MERCANTILES– Vigilancia: 245
SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES– Facultades: 245
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 256, 268, 298
SUSTRACCION DE MATERIA: 227

T

TRANSPORTE MARITIMO: 336
TRIBUNAL DE JUSTICIA ANDINO: 366

SECCION SEGUNDA

A

ABANDONO DEL CARGO: 662
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO: 721

ACCION DISCIPLINARIA: 730
ACTO ADMINISTRATIVO– Concepto: 819
ACTO ADMINISTRATIVO– Eficacia: 623
ACTO ADMINISTRATIVO: Ejecutoriedad: 772, 819
ACTO ADMINISTRATIVO– Inoponibilidad: 584
ACTO COMPLEJO: 598, 646
ACTO DE TRAMITE: 670
ASIGNACION DE RETIRO: 670
ASIGNACION DE RETIRO– Compatibilidad: 703
ASIGNACION JURISDICCIONAL: 670
ASOCIACION DE PENSIONADOS– Integración: 610

C

CAPACIDAD PARA SER PARTE: 721
CARGA DE LA PRUEBA: 772
CARRERA ADMINISTRATIVA: 791
CARRERA JUDICIAL: 687
CEDELCA: 571
CESANTIA– Régimen Especial: 544
COMPETENCIA: 531, 537, 552, 623, 646, 754
CONFEDERACION DE PENSIONADOS DE COLOMBIA– Integración: 610
CONFIANZA DEL PUBLICO– Afectación: 559
CONGRESISTA: 696
CONGRESO– Atribución: 791
CONSULTA: 781
CONTENCIOSO SUBJETIVO IMPROPIO: 721
COSA JUZGADA: 531

D

DEMANDA– Ineptitud: 598
DERECHOS ADQUIRIDOS: 711
DERECHOS ADQUIRIDOS (Salvamento de Voto): 718
DESTITUCION: 628, 839
DESVIACION DE PODER: 525, 641, 772

E

EMPLEADO PUBLICO DEPARTAMENTAL: 795
EMPLEADOS DEL CONGRESO– Estabilidad: 711
EMPLEO– Clasificación: 646
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS INDIRECTAS: 646
ENTIDADES DESCENTRALIZADAS– Directivos: 657
EQUIVALENCIA DE CARGOS: 662
ESCALAFON DOCENTE: 580, 616, 805
ESTATUTO INTERNO: 646
EXPERIENCIA DOCENTE: 805
EXPERIENCIA DOCENTE– Utilización: 616

F

FUNCIONARIO DE HECHO: 682
FUNCIONARIOS DE SEGURIDAD SOCIAL: 781

G

GASTOS DEL PROCESO: 768
GOBERNADOR: 623

H

HOJA DE SERVICIOS MILITARES: 670

I

INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA: 827
INCAPACIDAD LABORAL ABSOLUTA (Salvamento de Voto): 836
INFORMATIVO: 819
INSPECCION DE TRABAJO: 552
INSUBSISTENCIA: 525, 676, 781, 839
INSUBSISTENCIA TACITA: 623
IRREGULARIDAD– Saneamiento: 623
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY: 814
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY (Salvamento de Voto): 718

J

JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: 531, 537
JURISDICCION ORDINARIA: 531, 537
JURISDICCION ROGADA: 819

L

LEGITIMACION POR ACTIVA: 721
LEY EN EL TIEMPO: 814
LEY EN EL TIEMPO (Salvamento de Voto): 718

N

NOTIFICACION: 584

P

PENSION DE INVALIDEZ: 827
PENSION DE INVALIDEZ (Salvamento de Voto): 836
PENSION DE JUBILACION– Compatibilidad: 652
PENSION DE JUBILACION– Liquidación: 652
PERENCION DEL PROCESO– Improcedencia: 768
PERSONAL DOCENTE: 652, 730
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO– Régimen aplicable: 588.
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO– Régimen aplicable (Aclaración de Voto): 594
PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO– Régimen aplicable (Salvamento de Voto): 596
PERSONAL MILITAR: 827
PERSONAL MILITAR (Salvamento de Voto): 836
PODER DE POLICIA: 758
POTESTAD REGLAMENTARIA– Límites: 544, 696
PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*: 603
PROCESO DISCIPLINARIO: 588, 781
PROCESO DISCIPLINARIO (Aclaración de Voto): 594
PROCESO DISCIPLINARIO (Salvamento de Voto): 596

PROCESO DISCIPLINARIO– Agravantes: 730
PUBLICACION: 584

R

RECURSO DE SUPLICA– Improcedencia: 754
RECURSOS DE APELACION: 795
REINTEGRO– Naturaleza: 662
REVISOR FISCAL DISTRITAL– Facultades: 814
REVOCACION DIRECTA DEL ACTO: 552, 758

S

SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO: 754
SALARIO: 795
SALARIO– Compatibilidad: 652
SANCION DISCIPLINARIA: 559, 603
SENTENCIA CONDENATORIA: 703
SENTENCIA– Cumplimiento: 531
SILENCIO ADMINISTRATIVO (Aclaración de Voto): 802
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO: 827
SINDICATO: 721
SINDICATO DE BASE: 635
SINDICATO DE TRABAJADORES OFICIALES: 635
SINDICATO MIXTO– Improcedencia: 635
SINDICATO– Directivos: 552
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA– Directivos: 571
SOCIEDAD DE ECONOMIA MIXTA INDIRECTA– Régimen Legal: 571
SUPERNUMERARIO: 795
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia: 814
SUSPENSION PROVISIONAL– Procedencia: 544
SUSPENSION PROVISIONAL– Improcedencia (Salvamento de Voto): 544
SUSTRACCION DE MATERIA: 580

T

TRASTORNO MENTAL: 628

U

ULTIMO AÑO DE SERVICIOS: 652

V

VACACIONES: 696
VACANCIA DEL CARGO: 662
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento (Aclaración de Voto): 802
VIA GUBERNATIVA ORDINARIA (Aclaración de Voto): 802
VIA GUBERNATIVA– Agotamiento: 795
VIATICOS: 657

CONSEJO DE ESTADO
INDICE DE NORMAS DEMANDADAS
CUARTO TRIMESTRE
DE 1991

DECRETOS DEL GOBIERNO

DECRETO REGLAMENTARIO 2000 DE 1966; artículo 1o. (Anulado) 373

DECRETO EJECUTIVO 1258 DE 29 DE ABRIL DE 1983 416

DECRETO 2666 DE 1984; artículos 24 y 336 (Anulado) 405

DECRETO 2480 DE 31 DE JULIO DE 1986; aparte del inciso 2o. artículo 6o., artículos 16, 23, 27 literal a) y aparte del artículo 76 (Anulados) 730

DECRETO 510 DE 23 DE MARZO DE 1988, por el cual se aprueba una modificación al estatuto orgánico de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia 598

DECRETO 1347 DE 8 DE JULIO DE 1988, (Anulado) 696

DECRETO REGLAMENTARIO 2107 DE 1988; apartes del artículo 44 inciso 2o. (Anulado) 261

DECRETO 0755 DE 1990; artículo 10 (Anulado) 405

DECRETO REGLAMENTARIO 501 DE 2 DE MARZO DE 1990; artículos 1o., 2o., 3o., 4o., 9o., 10, 12 inciso 2 y 13 336

DECRETO 1176 DE 1991; aparte del artículo 1o. y los artículos 4o. y 6o. (Suspendido) 379

DECRETO 1753 DE 4 DE JULIO DE 1991, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Decreto Ley 2324 de 1984 y el Código de Comercio sobre corredores de contratos de fletamiento marítimo; varios artículos (Suspendido) 272, 306, 501, 544

DECRETO 1927 DE 6 DE AGOSTO DE 1991, por el cual se dicta el estatuto de transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera; artículos 105 y 106 (Suspendidos) 314

RESOLUCIONES

RESOLUCION 01229 DE 16 DE AGOSTO DE 1988, expedida por el Director General del Intra 394

ORDENANZAS DEPARTAMENTALES

ORDENANZA 08 DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1976, expedida por la Asamblea Departamental de Santander; artículo 1o. (Confirma Anulación) 467

ORDENANZA 022 DE 1987, expedida por la Asamblea Departamental del Huila 298

ORDENANZA 12 DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1988, expedida por la Asamblea Departamental del Caquetá (Confirma Anulación) 232

DECRETOS DE GOBERNADORES

DECRETOS 508 Y 514 DE ABRIL 5 Y 8 DE 1981, expedidos por el Gobernador del Departamento del Huila (Revoca Suspensión) 256

DECRETO 1562 DE 15 DE AGOSTO DE 1984, expedido por el Gobernador del Departamento de Antioquia; artículos 107 a 110 (Anulados) 460

DECRETO 1187 DE 1988, dictado por el Gobernador del Departamento del Huila 298

DECRETO 154 DE 19 DE ABRIL DE 1989, expedido por el Gobernador del Departamento del Caquetá (Confirma Anulación) 232

ACUERDOS METROPOLITANOS

ACUERDO 006 DE 9 DE MARZO DE 1988, (Confirma Anulación) 486

ACUERDOS MUNICIPALES

ACUERDO 8 DE 1o. DE FEBRERO de 1985, expedido por el Concejo Municipal de Cali; artículo 1o. y su parágrafo 1o. (Confirma Anulación) 272

ACUERDO 001 DE 17 DE AGOSTO DE 1988, expedido por el Concejo Municipal de San Marcos-Sucre (Confirma Anulación) 495

DECRETOS DE ALCALDES

DECRETO 0247 DE 1989, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, D.C.; artículos 22 y 24 (Revoca Suspensión) 268

DECRETO 16 DE 22 DE ENERO DE 1990, expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, D.E. (Suspendido) 399

Este libro se terminó de imprimir
en el mes de diciembre de 1993
en los Talleres Gráficos de
CANAL RAMIREZ ANTARES LTDA.
Cra. 4a. No. 25B-50
Santafé de Bogotá, D.C. - Colombia